Entre el control social y los derechos humanos

Los retos de la política y la legislación de drogas

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Entre el control social y los derechos humanos

Los retos de la política y la legislación de drogas

Juan Pablo Morales Viteri y
Jorge Vicente Paladines
Editores

MINISTERIO DE JUSTICIA
Y DERECHOS HUMANOS

Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Avila
Danilo Caicedo
María Belén Corredores
Carlos Espinosa
Camilo Pérez
Nicole Pérez
Tatiana Hidalgo Rueda
Carolina Silva

ISBN: 978-9978-92-784-7
Derechos de autor: 032425
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no se hace responsable por las versiones de los autores.

Contenido

Presentación vii
Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Prólogo xi
Ramiro Ávila Santamaría, Subsecretario de Derecho Normativo
Introducción xxi
Jorge Vicente Paladines
Juan Bustos Ramírez xxv
Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia de Chile
Llueven peces xxix
Alejandro W. Slokar,
Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de Argentina

I. El concepto del delito de drogas

La legislación anti-droga latinoamericana:
Sus componentes de Derecho Penal Autoritario 3
Eugenio Raúl Zaffaroni
La sociedad del riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas 17
Jorge Vicente Paladines
Legislación Antidrogas: ¿Una Amenaza para el Estado de Derecho? 55
Diego Camaño Viera

II. Drogocriminalización y Política Criminal

Cárcel y droga en la política criminal 89
Massimo Pavarini
La legalización de las drogas frente a los estereotipos
y la victimización 113
Elías Neuman
Control de drogas en el derecho penal máximo
y el derecho penal mínimo 141
Alex Valle

III. Hegemonía y resistencia del discurso de drogas

Globalización del control penal, sistema penal y drogas en Venezuela 163
Elsie Rosales
La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo 187
David Cordero Heredia
Los daños colaterales de la "guerra contra las drogas" impulsada por Estados Unidos 217
Coletta A. Youngers
La no criminalización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas: sistemas comparados y derechos humanos en perspectiva 243
Efrén Guerrero S.

IV. Tensiones y tendencias para una nueva legislación de drogas

El fracaso de la política antidrogas y los conflictos institucionales que genera en Colombia 273
Mauricio Martínez
Un nuevo esquema legal para las drogas 303
Juan Pablo Morales Viteri
El principio de igualdad como eje transversal de la nueva legislación sobre drogas en el Ecuador 323
Javier Dávalos

Epílogo

Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas 351
Juan Bustos Ramírez

Nota biográfica de autoras y autores 369

Presentación

La discusión sobre la política y la legislación de drogas ha generado diversas posiciones en América Latina. En cuanto a las políticas, los Estados de nuestra región han fortalecido sus instituciones policiales, han realizado planes y programas de prevención y disminución del consumo, han firmado convenios internacionales, han creado instituciones específicas y, en fin, han movilizado recursos para alinearse a la "lucha" contra las drogas. En cuanto a la legislación, Ecuador aprobó una ley en el año 1990 (Ley 108) que estableció un régimen de excepción penal, que provocó un aumento de las penas, disminuyó las garantías procesales y, como resultado, incrementó la población carcelaria por drogas.

La Asamblea Nacional Constituyente realizó una primera lectura al impacto de la aplicación de estas políticas y leyes. En julio del 2008 se dispuso un indulto general en beneficio de las personas condenadas por ciertas cantidades de drogas. El mensaje fue claro: el sistema penal procesó y condenó a las personas más vulnerables en la cadena del tráfico de drogas. Esto se convirtió en un imperativo categórico sobre la política criminal en materia de drogas, basado fundamentalmente en la necesidad de repensar este problema desde lo jurídico y lo político con una perspectiva diferente. El fenómeno en la región no fue ajeno a los cambios y cuestionamientos. Las reformas de México, Brasil y Argentina tienen un punto de encuentro con la posición de la Asamblea, en cuanto a la necesidad de mantener la pregunta de si es legítimo mantener un régimen legal de excepción y de polítcas desvinculadas del resto del sistema penal y jurídico.

Estas políticas y esta legislación, a la luz de la Constitución del 2008, nos han obligado a cuestionarnos sobre su legitimidad y permanencia. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no ha evadido la discusión ni la propuesta normativa sobre drogas. Este año el Ministerio ha lanzado un proyecto de reforma integral al sistema jurídico penal. En cuanto a las drogas se ha propuesto dos tipos de cambios: Uno institucional y otro normativo. En lo institucional se propone retomar las políticas públicas desde las carteras de Estado especializadas; así, por ejemplo, el tema de salud vuelve al Ministerio del ramo; en lo jurídico, se elimina el régimen de excepción y se hacen propuestas de tipos penales proporcionales, que distinguen, por ejemplo, la tenencia para el tráfico, el transporte y el consumo.

El Ministerio está consciente que los fenómenos que trae la globalización, como la expansión de la criminalidad del poder en el que se encuadra el tráfico internacional de drogas, no sólo se constituyen en una amenaza para la seguridad ciudadana, sino además para la existencia misma del Estado. Por esto, la propuesta de reforma penal no es ajena al fenómeno criminal complejo. A la par de la reforma, como ya es usual en las publicaciones de este Ministerio, nos hemos propuesto difundir doctrina, pensamientos y debates actuales que giran alrededor de los temas tratados por los anteproyectos de leyes.

En esta obra se presentan ensayos críticos que no necesariamente representan la posición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pero que contribuyen a pensar y valorar las actuales políticas y normas vigentes en el Ecuador y en la región. El serio escrutinio investigativo de sus autores siembran en el país una de las mejores compilaciones sobre la crítica y reflexión en materia de drogas. Así, intervienen en la filosofía y la coyuntura del problema de las drogas profesores que gozan de un gran posicionamiento en América, como Eugenio Raúl Zaffaroni, Elías Neuman, Massimo Pavarini y Juan Bustos Ramírez, a quien esta cartera de Estado ha decidido rendir un justo homenaje por sus obras y trayectoria inclaudicable en la defensa de los Derechos Humanos, en un franco saludo al pueblo chileno y americano.

En esta obra se plasman los mejores deseos de aportar con pistas para resolver el conflicto en materia de drogas. Estado y sociedad civil están invitados a su lectura, como una forma de comunión que disminuya la impu-

nidad y la violencia ejercida a través de este conflicto. El Ecuador no es distante de los efectos políticos, institucionales y normativos de la "guerra" contra las drogas, que preocupa tanto al Estado como a la sociedad. El trabajo para minimizar y contener el conflicto es arduo, no dudamos entonces que esta publicación contribuya a ello.

Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Prólogo
La penalización de lo irrazonable

Ramiro Ávila Santamaría

Despenalizar todas las conductas que tienen que ver con las drogas, como se hizo en la primera mitad del siglo pasado con relación al alcohol —también droga—, es un deseo y hasta una necesidad fácil de decir. Los beneficios serían muchos y desde cualquier perspectiva: el estado podría recibir un ingreso adicional por impuestos provenientes del comercio de drogas ahora ilícitas, los consumidores tendrían control de calidad de las sustancias que ingieren, la sociedad podría luchar decente y eficazmente contra la adicción mediante la inversión en el tratamiento a las personas adictas y de campañas disuasivas para el consumo en los medios de comunicación: de igual manera como efectivamente se ha hecho con el problema del cigarrillo. Así mismo, hay que reconocer, existirían perjudicados, que representan intereses gremiales o de grupos particulares, y a quienes les conviene la ilegalidad y los beneficios económicos que este mercado genera. Entre los perjudicados también están ciertos estados, que tienen un discurso moral en el tema drogas para legitimar su presencia e influencia en el mapa geopolítico internacional. El tema drogas, sin duda, es un tema sensible políticamente. Los estados contemporáneos, hoy en día, no tienen libertad absoluta para regular o desregular sobre las drogas. Hay múltiples condicionamientos, que van desde los compromisos internacionales plasmados en instrumentos jurídicos, hasta presiones de carácter económico. En este contexto ¿qué sentido tiene publicar un libro sobre drogas y dentro

de una coyuntura en la que se están promoviendo reformas normativas coherentes con la Constitución?

Este libro tiene varios sentidos: (1) homenajear al profesor Juan Bustos Ramírez, (2) actualizar y difundir el debate sobre las drogas y (3) sus exponentes, y (4) vincular la reflexión crítica a una posible reforma normativa.

(1) El profesor Juan Bustos Ramírez — como ser humano y penalista— ha sido una fuente de inspiración para el trabajo de la subsecretaría de desarrollo normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Como ser humano tiene dos características que nos han llamado la atención y que son dignas de emulación. Primera: es una persona que ha estado siempre comprometida con los derechos humanos, la transformación social y con el pensamiento crítico. El maestro ha sido víctima de gobiernos autoritarios y hasta el final de sus días no dejó de luchar contra la impunidad por violaciones a los derechos. Segunda: es un penalista profundo y actual. En nuestra "biblioteca básica", que utilizamos como fuente de consulta cotidiana para la elaboración del anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, no podía faltar *Obras completas, Derecho Penal. Parte General, Control Social y otros cambios*, publicados por Editorial Jurídica del Ecuador, en el 2008. Juan Bustos literalmente nos ha iluminado.

(2) Los ensayos abordan algunos aspectos comunes entre sí, que los podría resumir en los siguientes: a) paradigmas para abordar, desde el estado, la problemática de la droga, b) influencia de la regulación internacional, c) adaptación nacional de los estándares internacionales para el control y represión de las drogas ilícitas, d) evaluación del impacto del control de drogas, y e) alternativas y propuestas.

a) Hay dos paradigmas en los que se insertan las regulaciones jurídicas sobre drogas, que se los distingue entre el estado policial y el estado democrático (Zaffaroni), el primero tiene rasgos autoritarios, y el segundo es más adecuado a un estado constitucional de derecho. En el primero el énfasis está en el control y la represión, por lo que con propiedad podría denominarse derecho penal máximo (Valle), y, en el segundo, la emancipación y la tutela de derechos, que responde a un derecho penal mínimo. El primer modelo amplía el poder punitivo al introducir la idea de una sociedad de riesgo, en

la cual existen personas peligrosas a las que hay que controlar por lo que "son", que es el conocido derecho penal de autor (Paladines); en el segundo modelo, en cambio, el estado es garantista y se sanciona a las personas por lo que "hacen". La política internacional sobre las drogas ha promovido el primer paradigma de control de drogas por parte del estado y, por tanto, choca con el reconocimiento, ejercicio y protección de derechos. La clave de la crítica que presentan los autores se encuentra en mirar las políticas, las leyes y el funcionamiento del derecho penal desde un modelo alternativo basado en derechos.

b) El fenómeno jurídico, sea este de vertiente liberal o comunitarista, conservador o progresista, como se quiera llamar, siempre ha sido globalizado. No existe materia jurídica, desde las revoluciones liberales del siglo XVIII en el mundo, que no responda a olas de influencia internacional. Quizá el ejemplo por excelencia sea el Código Civil y, en nuestros días, las reformas procesales penales y las innovaciones constitucionales en los derechos humanos. La regulación sobre las drogas no escapa a este fenómeno. Llama la atención, desde una mirada superficial, que el órgano que promueve el control de drogas, Naciones Unidas, sea al mismo tiempo el que promueva las libertades y los derechos de las personas. La historia del control internacional mediante el derecho se origina en 1961, se perfecciona en 1988 y se actualiza el discurso en el 2000 (Rosales y Valle); podríamos afirmar que va desde la creación del peligro de las drogas, pasando por el daño a la salud pública y acabando con la asociación de las drogas con el crimen organizado y el terrorismo. Estas normas internacionales generaron leyes "hermanas" en toda la región.

c) Las leyes sobre drogas, y esto se puede apreciar en los distintos ensayos que abordan regulaciones nacionales de distintos países, tiene algunas coincidencias. En primer lugar son leyes especiales, en el más estricto sentido peyorativo que tiene la palabra "especial" en el derecho penal. Se establece un régimen de excepción al sistema penal ordinario que va en desmedro de garantías penales. En segundo lugar, se crean tipos penales abiertos que pretenden regular absolutamente toda actividad relacionada con las drogas ilegales (Zaffaroni), atentando contra el principio de legalidad y contra toda técnica legislativa (Bustos); no se miente si se afirma que la misma conducta podría estar encuadrada en más de tres tipos penales (tenencia, tráfico, asociación ilí-

cita, venta...), lo que ha permitido una intolerable discrecionalidad que ha llevado —como siempre— a una arbitrariedad del uso del sistema penal. En tercer lugar, las penas han sido desproporcionadas con relación al bien jurídico lesionado (que —entre paréntesis— es difícil de encontrarlo) y con relación a otros delitos (Bustos). No es difícil encontrar en cárceles de nuestros países pequeños traficantes o "mulas", que se encuentran atrapados en el sistema penal de drogas por las mismas razones por las que estarían robando. Alguna vez uno de mis primeros clientes, que se encontraba por un gramo de cocaína que tenía en su talón, y a quien, con atenuantes, le pusieron 8 años de reclusión, me reclamaba diciendo que tiene la misma pena que su compañero de celda, que estaba preso por haber matado a una persona. Las leyes de drogas fueron pensadas en los grandes traficantes y en los carteles internacionales y fueron aplicadas a los traficantes minoristas y a los consumidores (Neuman). En cuarto lugar, se crearon bienes jurídicos abstractos, como la salud pública, que no resistían el análisis desde el principio de lesividad (Paladines). En sexto lugar, se aumentaron las agravantes (Camaño), que es una forma sutil de expandir el poder punitivo del estado. En quinto lugar, en términos procesales, se "pervirtieron" los procedimientos y se provocaron injusticias inaceptables (Bustos), las leyes sospecharon de los operadores de justicia, en particular de los jueces, y creyeron que los grandes traficantes a quienes se iba a juzgar iban a corromperlos, entonces se eliminó la libertad provisional por caución, se dispuso que todas las órdenes de libertad antes de ejecutarlas debían ser consultadas por el superior y se instituyó una práctica por la que se presumía la culpabilidad (*in dubio pro* sociedad, Zaffaroni) con el parte policial, que era prácticamente la sentencia. Los recursos de hábeas corpus, en los casos de drogas, se tornaron inadecuados e ineficaces. En cuanto a los consumidores, como se penalizó la tenencia y no se puede consumir sin tener droga, se presumió que eran traficantes y, en juicio con privación de libertad, debían probar que la droga la tenían para el consumo; es decir, sutilmente se penalizó el consumo. Se podría afirmar, como conclusión, que la regulación de drogas representó una involución al orden jurídico y, por tanto, una amenaza al estado constitucional de derecho (Camaño).

Esos estándares internacionales para el control y represión de drogas se hicieron a espaldas de los estándares de derechos humanos que, paralelamente, se fueron desarrollando a nivel internacional y nacional. Lo que quiere

decir que el régimen de excepción no sólo fue en términos de leyes penales sino hasta de instrumentos internacionales.

d) El impacto de la regulación sobre las sustancias estupefacientes consideradas ilícitas podría ser evaluado como negativo. El énfasis en controlar y reprimir la oferta de drogas ilegales, que se concentra en los países del tercer mundo (y no en la demanda, que derivaría el control al primer mundo), ha generado mucho más problemas que el que pretende resolver: al crear nuevos tipos penales se crea nueva delincuencia, el sistema penal agudiza e incrementa los problemas, las formas de destruir los cultivos ilícitos destrozan el medio ambiente, el tráfico ilegal distorsiona los mercados locales y se hace trizas el tejido social; también se puede enunciar y cuantificar daños colaterales por la lucha contra las drogas: confusión de roles entre las fuerzas armadas y la policía, endurecimiento del aparato represivo del estado, restricción de libertades, inestabilidad política, debilitamiento de la capacidad decisiva del estado, falta de transparencia y rendición de cuentas (Youngers). En suma, por medio de las políticas y regulaciones de drogas se genera un estado favorable a la violación de derechos (Rosales). Un caso paradigmático en la región es Colombia, donde encontramos en su máxima expresión la política y la guerra contra las drogas ilícitas; se sostiene que uno de los efectos es el desplazamiento forzado de más de tres millones de personas, que ha sido considerado por la Corte Constitucional de ese país como un estado de "cosas inconstitucional", al cerciorarse que hay una compleja violación a los derechos y a la Constitución por parte del estado, que se ha calificado como "populismo punitivo" y se ha evaluado como un fracaso de la política antidrogas (Martínez y Guerrero). Por otro lado, la ilegalidad al generar clandestinidad de una actividad humana, provoca corrupción, sobornos, acumulación de riquezas, armamentismo (Cordero) y, de parte del sistema penal, formas poco garantistas y transparentes, como la delación, los agentes encubiertos, la flexibilización del debido proceso.

En cuanto a la salud pública, efectivamente, al igual que el exceso de consumo de alcohol o de comida "chatarra", el consumo de drogas podría generar un problema de salud pública el cual hay que abordarlo; sólo que hacerlo desde la perspectiva penal podría ser contraproducente y hasta absurdo (Guerrero): contraproducente porque los consumidores son las víctimas y absurdo porque la adicción no se soluciona con una pena. De igual modo resulta ab-

surdo despenalizar el consumo cuando toda la actividad para que se pueda consumir es penalizada, al final siempre acabará sancionándose al consumidor porque tiene que comprar (acto de comercio), tiene que poseer (tenencia ilícita) y tiene que transportar al lugar donde consumiría. En suma, no se puede curar castigando ni castigar curando, las cifras demuestran el fracaso del uso de cárcel y además de su selectividad a las personas más débiles de la sociedad que, no casualmente, son las más pobres (Pavarini). Nadie podría creer ya, si atiende a los datos, que la legislación de drogas protege la salud (Rosales).

e) El libro no se queda en las críticas y avanza hacia los retos, las propuestas y las alternativas al control y represión de las drogas ilícitas. El reto es generar nuevos discursos, normativas e instituciones (Morales). El discurso tiene que centrarse en los derechos humanos y en la promoción de equidad (Rosales). Una de las ideas es la de "reducción del daño" (Guerrero y Youngers), que ha sido ya efectivamente implementada en países como Holanda, que parte de la tutela de los derechos en lugar de la represión, en el que a las personas se les garantiza la posibilidad de elegir y, cuando tienen problemas, de protegerlos; con la batería de derechos se puede afrontar el tema: igualdad y no discriminación, educación, salud y hasta el buen vivir (Dávalos). En el aspecto normativo el desafío es la despenalización, que en las circunstancias actuales debe ser progresiva (Camaño) y la aplicación estricta del derecho constitucional en lo penal, aplicando principios tales como el de lesividad, debido proceso, necesidad, presunción de inocencia, defensa, *in dubio pro* reo (Bustos y Cordero), que excluirían el bien jurídico abstracto y la supuesta tutela penal de bienes difusos, como la salud pública (Paladines). En lo institucional pasar de los órganos especiales concentradores de poder y con énfasis en lo punitivo, a órganos ordinarios y divididos, uno encargado de la salud, otro de la represión y otro al control (Morales). Reformas, en el sentido sugerido, no sólo que generarían más respeto a los derechos de las personas, equilibrarían y transparentarían los mercados y el comercio, promoverían la salud pública, no estigmatizarían al consumidor sino también que serían menos costosas para el estado (Valle).

(3) Las autoras y autores tienen algunas cuestiones en común. Todas se alejan de los condicionamientos de la política internacional que pesan sobre los estados y, con seriedad académica, abordan la temática de las drogas.

Algunas lo hacen desde las ciencias sociales y otras desde el derecho, aspecto que enriquece enormemente el debate. Encontramos, entre las ensayistas, personas de varios países de la región y del mundo (Argentina, Chile, Colombia, Estados Unidos, Italia, Uruguay, Venezuela) y también ecuatorianas. La perspectiva desde la que se aproximan es crítica, manifiestan evidentemente su inconformidad en lo que está pasando y plantean fundamentadamente paradigmas alternativos. Tenemos, pues, un panorama global y hasta me atrevería a decir, desde la perspectiva en que se aproximan, completo: diversos países, diversas disciplinas, diversas aristas. Una coincidencia: la política, el discurso, las normas y las instituciones que se dedican al problema de las drogas, deben cambiar para beneficiar a las personas y a los estados.

(4) Ecuador está atravesando un momento de cambios profundos en términos políticos y jurídicos, no exento de críticas, en la búsqueda de una sociedad más equitativa e inclusiva. En lo jurídico, tenemos una nueva Constitución y un mandato para adecuar el sistema jurídico secundario a sus derechos y postulados. El tema de las drogas no podía ser ajeno a la reflexión y a la necesidad de proponer cambios. La actual ley que controla las sustancias estupefacientes está en franca contradicción con la Constitución. Algunos lineamientos, que deben guiar una propuesta normativa, y que se justifican con los ensayos presentados en este libro, deben apuntar a los siguientes cambios:

a. La función ejecutiva es la encargada de definir y dirigir las políticas públicas (Constitución, Art. 147.3), en consecuencia, no puede existir un órgano autónomo encargado de políticas específicas como el actual Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP).
b. Las políticas de salud deben ser concentradas en el Ministerio encargado de la Salud pública y no confundirse con las políticas de control y represión.
c. La Ley de Drogas no debe ser una ley especial sino que debe incorporarse, en la parte punitiva, al Código Penal.
d. Los tipos penales no deben ser abiertos sino que deben respetar el principio de estricta legalidad.
e. Los tipos deben estar redactados de tal forma que no puedan utilizarse varios tipos para las mismas conductas.

f. El principio de proporcionalidad debe utilizarse para distinguir, según la gravedad, las distintas conductas. En función de este principio, las penas deben ser más leves cuando la actividad sea menos perjudicial. Así, las penas más graves deben estar reservadas para el tráfico internacional y las más leves para el microtráfico.
g. La presunción de tenencia para el consumo en función de cantidades mínimas y la prohibición de criminalizar a estas personas deben instituirse a nivel legal.
h. El restablecimiento de todas las garantías del debido proceso, sin excepción, a las personas procesadas por drogas.
i. La determinación parlamentaria, y no administrativa, de las sustancias sujetas a control penal.

Una reflexión final, basado en lo que sostiene Juan Bustos Ramírez en su ensayo, sobre el problema de las drogas. El profesor se pregunta si realmente es un problema. A veces, en algunas clases, suelo preguntar a los estudiantes si es que —legalizando las drogas— las consumirían. La mayoría afirma que no y los pocos que consumen sostienen que seguirían haciéndolo. Cuando, en los mismos espacios, pregunto si alguien ha sentido inseguridad ciudadana, del mismo modo que los robos, con relación al tráfico de drogas. Todas las personas sostienen que no. El problema de las drogas realmente es un problema más ficticio que real. No tengo memoria —como sí he visto en Estados Unidos y en Europa— de caminar o ciclear por las calles de Quito y ver personas drogadas (borrachas sí). El problema de las drogas es una construcción social, política y cultural. El profesor Bustos sostiene que este problema desvía la atención y aleja la preocupación social de problemas reales que tenemos en nuestros países. Nuestro problema real es la inequidad y la pobreza, la falta de satisfacción de los derechos sociales que se produce por una sociedad que concentra la riqueza en pocas manos. Los problemas que se consideran sociales y reales —afirma Bustos— integran las energías de las comunidades y los recursos para combatirlos. Esto sucede con las drogas. Tenemos inteligencia policial y militar, entrenamiento, equipamiento, cárceles abarrotadas con "mulas" y microtraficantes, noticias todos los días de los éxitos en los operativos militares, conferencias internacionales, acuerdos de cooperación, jueces y juezas temerosas, gente que cree que si no hay represión le van a vender drogas a

nuestros hijos en las puertas de las escuelas... Sin embargo, toleramos a los pordioseros en las esquinas de las calles, somos indiferentes a la mortalidad infantil por falta de vacunas, nos quejamos cuando se intenta cobrar más impuestos a quienes más tenemos (que es el mecanismo por excelencia para la distribución de riqueza). El problema de las drogas, al igual que la sobredimensión de la seguridad ciudadana focalizado en la criminalidad torpe, tiene una función enmascadora, que degrada la construcción de un estado constitucional de derechos y justicia y que incrementa la segregación social. Por eso, no tiene sentido la penalización de lo irrazonable.

Introducción
Control Social o Derechos Humanos

Jorge Vicente Paladines

La propuesta de este libro se inscribe en el estudio de las drogas como forma *control social*. Aquella expresión, nacida de Von Liszt y retomada por Baratta en los 80´s[1], además de ser una aspiración de investigación pueda que nos lleve a interpelar crudas formas ontológicas de nuestra política criminal. De ahí que la única manera de contener los posibles desbordes de la irracionalidad penal, que pervive en el entramado de la política y la legislación de drogas, sea la urgente aplicación del sentido común de los Derechos Humanos. Su papel por ende es subvertir el estado de cosas y proponer alternativas que contengan los desbordes del poder punitivo del Estado. No se trata de una aspiración utópica sino constitucional. Los Derechos Humanos han dejado de ser un discurso ético para convertirse en realidades que brindan de dignidad el sentido de la vida. Por consiguiente, la lucha en los temas intitulados bajo la tensión Control Social y Derechos Humanos será, precisamente, partir de este estado de cosas –en la aplicación de la normativa y la política de drogas– para integrarlo bajo una perspectiva donde el ser humano sea el fin y no su instrumento en la Guerra contra las Drogas.

Un hecho político que abrió nuevamente la discusión en materia de drogas, y que a su vez se convirtió en un *deber ser* que puede llegar a *ser*[2], se suscitó el

1 Lolita Aniyar de Castro, "Derechos Humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas. Temas para investigar en la criminología crítica latinoamericana de los próximos años", en Elsie Rosales y Lolita Aniyar de Castro (comps.), *Cuestión criminal y derechos humanos: la perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, p. 21.

2 Es posible cambiar la criminalización secundaria y contenerla más bajo el ideal del Estado Consti-

cuatro de julio del 2008 –doscientos treinta y dos años después de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. La Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador indultó –bajo ciertos parámetros en cuanto a cantidades– a las personas encerradas por tráfico ilícito, transporte, tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que fueron condenadas por haber sido instrumento como "mulas" del narcotráfico. Por primera vez se consideró la posibilidad que los delincuentes sean también víctimas de la Guerra contra las Drogas[3], propiciada precisamente por la primera potencia económica de América, en su misma fecha de independencia.

Aquello sin duda marcó un hito en la historia de nuestra política criminal, pues reveló el imperativo de repensar su legislación y política debido a la existencia de una realidad insostenible: el encarcelamiento masivo de pequeños traficantes y consumidores. Y es que más de un tercio de las personas privadas de la libertad provienen de la tramitación de indebidos procesos penales[4], donde la demonización al derecho a la defensa y la aplicación desproporcionada de penas se constituyen en parte de su *status quo* legal, por ahora vigente para tratar de reducir al menos la incertidumbre de este problema. No obstante, la incertidumbre en la aplicación de los derechos y garantías de las personas procesadas y condenadas por drogas aún pervive, a la vez que su política criminal de "mano dura" ha generado precisamente el efecto contrario. Así, la pérdida tanto de la presencia –como de la capacidad de respuesta– del Estado en la Colombia de los 80´s se reproduce en el México de nuestros días para enfrentar la expansión de la criminalidad organizada, con efectos donde la ética del Estado ha sido desfigurada por la ética del narcotráfico, que incluso se vende como estereotipo de vida en algunas de las telenovelas como *Sin tetas no hay paraíso, Las muñecas de la mafia* o *El Cartel* [5].

tucional de Derechos y Justicia, precisamente mirando desde el ser, como en efecto ha ocurrido en el requerimiento que el gobierno solicitó de la Asamblea Nacional Constituyente para el indulto de las "mulas" del narcotráfico en julio del 2008. La norma (deber ser) tiene que diseñarse observando su aplicación por parte de las agencias ejecutivas (ser), de lo contrario cualquier pretensión de cambiarla sencillamente no llegaría a ser. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 21-22.

3 *Op. cit.*, Lolita Aniyar de Castro, "Derechos Humanos…", p. 26.

4 Censo penitenciario, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, julio de 2008.

5 Omar Rincón, "Narco.estética y narco.cultura en Narco.lombia", en revista *Nueva Sociedad,* 222,

Aquel problema se refleja con mayor énfasis en la norma, que olvida una de las conquistas nucleares del *derecho* penal: aquella que consagra la separación entre la moral y el derecho. Mientras la ley 108 en el Ecuador cohesiona y mantiene estos dos elementos, México y Argentina han emprendido modificaciones legislativas y fallos jurisprudenciales que perfilan una cruzada crítica y reformista en la materia. Ahí la necesidad de retomar el debate de las drogas en esta obra, cuyo objetivo –a partir de cuatro capítulos– es poner en cuestión la normativa, institucionalidad y política de uno de los delitos más polémicos de estos últimos veinte años[6].

El primer capítulo (*El concepto del delito de drogas*) condensa aspectos generales y especiales del derecho penal de drogas. Se trata ensayos críticos que enfocan el delito y la institucionalidad de las drogas construidas a partir del decisionismo político, los que luego de un profundo análisis plantean la necesidad de defender el Estado de Derecho. Se observa si la norma penal de drogas falsea la realidad y contribuye a la ruptura de principios como el de legalidad y lesividad; por ende, el planteamiento de los autores no vacilará en dudar sobre los vacíos ónticos del derecho penal de drogas y la emergencia de su reforma, e incluso, su abolición.

El segundo capítulo (*Drogocriminalización y Política Criminal*) comienza con un clásico ensayo de la criminología crítica italiana, que pone en relieve el urgente proceso de descarcelización en materia de drogas. Se denuncia también la delgada frontera entre moral y derecho, por ende, el salto del poder punitivo hacia la criminalización del consumo. A su vez, la inscripción del Estado ecuatoriano en un nuevo orden jurídico permite replantear la posición del derecho penal en la necesidad de minimizarlo, sin dejar de observar las grietas de la política criminal de drogas en el constante vaciamiento de la praxis del garantismo penal.

Buenos Aires, julio-agosto de 2009, p. 159.

6 El dos de octubre de 2009 se reunieron en la ciudad de Quito representantes del WOLA (Washington Office on Latin America) y el TNI (Trasnational Institute), además del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Gobierno, para discutir sobre los impactos, alternativas y propuestas en materia de drogas. Agradezco la colaboración de Ricardo Soberón, Coletta Youngers, Martin Jelsma, Sandra Edwars, Kristel Muciño, Pien Metaal, Carolina Haber, Paul Corda, Diego Giacoman y Diana Guzmán por su iniciativa y participación en este taller.

El tercer capítulo (*Hegemonía y resistencia del discurso de drogas*) interpela –bajo la imprescindible categoría "hegemonía" de Antonio Gramsci– el fenómeno mundial de las drogas, producido por los procesos discursivos construidos desde la superestructura del Estado. Se trata de observar el rol del Estado y sus instituciones en su desplazamiento por la política criminal de "Guerra contra las Drogas" de los Estados Unidos de América, sin dejar de referirse a experiencias en el contexto latinoamericano que expresan una tragedia en común.

El cuarto capítulo (*Tensiones y tendencias para una nueva legislación de drogas*) es la propuesta y a su vez el reto para la transformación de la política y legislación de drogas. Propone sin duda la construcción de confianza en nuestras democracias a través de una ciudadanía crítica y un Estado con rostro humano. Su desafío no se basa en la ilusión, sino en posibilidades reales y concretas de replantear una alternativa institucional y normativa.

La síntesis de este libro se contiene a su vez en su homenaje[7]. Todos los autores que componen este libro nos hemos encontrado en Juan Bustos Ramírez como el maestro que constantemente nos enseña a pesar de su partida física. La presencia de Bustos es trasversal, tanto en el estudio del derecho penal como la criminología. Su formación como penalista junto a Hans Welzel le permitió una posición privilegiada en el contexto latinoamericano, que desembocó en una incesante guerra sin cuartel por la restitución por los Derechos Humanos en Chile. Es la única guerra que hay que declarar –y por la que vale la pena enrolarse– frente a la ejecución de un poder punitivo sin frenos. A la Guerra contra las Drogas –control social– se la contiene con otra guerra, la de los Derechos Humanos, que hoy más que nunca encuentra en el profesor Juan Bustos Ramírez su abanderado, y en nosotros sus eternos seguidores.

Quito, diciembre de 2009

7 Sin lugar a duda este libro no hubiera sido posible sin la participación como coeditor de Juan Pablo Morales Viteri. El agradecimiento también por su desinteresada cortesía a Elsie Rosales y al Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, al igual que a Editorial Jurídica del Ecuador y a los Ministerios de Justicia de Chile y Argentina, en las personas de Carlos Bellei; y Juan Martin Mena respectivamente.

Juan Bustos Ramírez

Carlos Maldonado Curti
Ministro de Justicia de Chile

Con mucha satisfacción he recibido la invitación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador para formar parte de este merecido homenaje a quien fuera uno de los más grandes juristas y políticos chilenos del siglo XX, Juan Bustos Ramírez. Del mismo modo, quisiera destacar y celebrar la idea de publicar un texto que de cuenta de la inmensa contribución de este célebre jurista nacional, reconocido más allá de nuestras fronteras por su valioso aporte a las ciencias jurídicas, especialmente al derecho penal.

Juan Bustos Ramírez nos dejó el 7 de agosto del 2008, a la edad de 72 años, después de una larga trayectoria académica, profesional y política. Son precisamente éstas las tres principales esferas a las cuales quisiera referirme de manera sucinta en estas líneas.

En el ámbito académico, Juan Bustos cursó sus estudios secundarios en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, una de las más prestigiosas del país, destacándose desde sus primeros años universitarios como ayudante de diversas cátedras, y finalizando su carrera con su aplaudida tesis sobre el "Concurso Ideal de Delitos" en 1954. Posteriormente se doctoró en la Universidad de Complutense de Madrid, en donde también destacó con sus teorías sobre "Los Elementos Objetivos y Subjetivos en la Teoría de la Acción". En la década del sesenta continuó con sus estudios de posgrado en Europa esta vez en la Universidad de Bonn, Alemania, luego

de adjudicarse la prestigiosa beca de Deutsche Akademische Austauschdients, bajo la dirección del destacado ius penalista alemán Hans Welsel, quien revolucionó la dogmática penal con su teoría de la acción finalista. El principal resultado de estos años fue su trabajo sobre el delito culposo, publicado en Chile con el título "Culpa y Finalidad: Los Delitos Culposos y la Teoría Final de la Acción".

En 1968, ya de regreso en Chile, se integró como profesor titular de derecho penal en la Universidad de Chile, luego de un riguroso concurso público. Dos años más tarde es elegido por las autoridades de la Universidad como Director del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de esa Casa de Estudios.

Es durante estos años en donde se escribe uno de los principales hitos de su carrera académica: en 1970, en coautoría con el profesor de derecho penal Sergio Yáñez, publica la traducción al castellano del libro "Derecho Penal Alemán", de Hans Welsel, lo que contribuyó decisivamente a la difusión de la obra del penalista alemán en todo nuestro continente.

La dureza del exilio marcó sus años venideros, y repercutió decisivamente en su quehacer académico. Una vez producido el Golpe de Estado de 1973, se asila en la Embajada de Honduras en Santiago, y viaja a ese país en el cual se desempeña como profesor titular en la Universidad Central de Tegucigalpa. Un año después, se traslada a Argentina en donde ejerce como profesor en las Universidades de Belgrano y de Buenos Aires. La Junta Militar trasandina encabezada por el General Videla, ordena su detención un 10 de octubre de 1975, en el marco de la Operación Cóndor, la que se prolongó por largos seis meses. Logró su libertad gracias a la desinteresada gestión del profesor alemán Armin Kaufmann y a las autoridades alemanas de la época, enteradas de la preocupación de la comunidad jurídica internacional por su situación de encarcelamiento.

Instalado nuevamente en Alemania, dicta clases de Derecho Penal Comparado en la Universidad de Bonn y en el Instituto de Criminología de la Universidad de Colonia junto con Hilde Kaufmann. De este período data la publicación de otro reconocido trabajo, efectuado en coautoría con R. Bergalli: "El Poder Penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann".

Años más tarde, gracias a una invitación del académico Juan Córdoba Roda, destacado catedrático derecho penal, abandona Alemania y se integra

como profesor adjunto en la Universidad de Barcelona, en España. En ese país desempeñó una prolífica carrera académica en diferentes centros de estudio como la Universidad de Laguna y la Universidad Autónoma de Barcelona, en donde llega a ser Director del Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público, y responsable de un programa de Maestría en Criminología. Adicionalmente, es nombrado en el año 1986 como Ministro Suplente de la Audiencia de Barcelona.

Con el naciente retorno de la democracia en Chile, decide regresar a su patria en 1989, enrolándose como profesor de derecho penal en las Universidades de Chile, Diego Portales, y Andrés Bello. En estos años realiza una serie de publicaciones entre las que destacan "El Derecho Penal de Menores"; "Victimología, Presente y Futuro. Hacia un Sistema penal de Alternativas"; "Política Criminal y Estructura del Delito"; "La Abolición del Sistema Penal: Inconvenientes Latinoamericanos"; "Lecciones de Derecho Penal"; y "El Delito Culposo".

En materia política, Juan Bustos Ramírez se integró a temprana edad al Partido Socialista de Chile, en el año 1955, en donde ocupó los cargos de Secretario Político de la 1° Comuna de Santiago. Entre 1970 y 1973, ejerció como Secretario Regional Centro, y más tarde, desde 1996 en adelante, fue miembro del Comité Central del Partido. Su destacada trayectoria y su reconocido peso intelectual le posibilitó optar por un cupo en la Cámara de Diputados, siendo electo en las elecciones de 1997 por el Distrito N° 12 que agrupa un conjunto de comunas de la V región. En diciembre de 2001 obtuvo su reelección por el mismo Distrito, lo que se repitió en las votaciones de 2005. Instalado en el Congreso, fue miembro de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de Familia, y de las especiales sobre Seguridad Ciudadana, y sobre Libertad de Expresión y Medios de Comunicación. Como corolario de su valioso aporte parlamentario, el 13 de marzo de 2008 fue designado por sus pares como Presidente de la Cámara de Diputados, cargo que desempeñó hasta el día de su desafortunado deceso.

Finalmente, en el ámbito profesional fue un destacado defensor de los derechos humanos, conculcados a una gran cantidad de chilenos en tiempos de la dictadura militar. Resalta su representación de la familia del ex Canciller Orlando Letelier, en juicio seguido contra el general Manuel Contreras, responsable de los servicios secretos de inteligencia en tiempos de Pinochet, lo-

grando una histórica sentencia condenatoria. Adhirió también a las querellas interpuestas en contra del propio Pinochet, y de varios ex oficiales de las fuerzas armadas.

Como se aprecia, ese 7 de agosto del 2008, no sólo nos abandonó un destacado abogado, sino además un hombre de gran valía, de firmes convicciones, y por sobre todo, un chileno que con su sobresaliente capacidad intelectual, logró contribuir decisivamente al progreso de las ciencias penales, dejando un considerable legado de aportes y de pensamientos crítico.

Para concluir, agradezco nuevamente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador por permitirme ser parte de este proyecto, al tiempo en que transmito a cada uno de los lectores mis más sinceros parabienes y sentimientos de consideración y estima.

Llueven peces*

Alejandro W. Slokar
Secretario de Política Criminal
del Ministerio de Justicia de Argentina

Cuando en la tristeza y desazón del exilio hondureño llovieron peces vivos en la cabeza de nuestro querido Juan Bustos Ramírez, Eduardo Galeano buscó encontrar en su asombro una misteriosa señal que le indicaba el destino. Ocurrió ello cuando no había podido con él aquel Estado terrorista que para practicar cautiverios, torturas y desapariciones había usurpado La Moneda y extendido su plan genocida en todo el Cono Sur. Entonces, gracias al oportuno auxilio de sus colegas de generación en nuestro país, la burocracia no tuvo más remedio que despacharlo sin rumbo, para que prodigara lo que su temprana formación de Bonn le facilitó divulgar sin deformación: los límites a la arbitrariedad pública derivados del finalismo penal.

Los años de su forzado reingreso europeo proyectan una década más tarde el desarrollo de su singular modelo teórico integrado, en donde a la rígida estrechez técnico-normativa supo sumar el compromiso de la crítica criminológica. La melancólica evocación de su recuerdo me devuelve a su visita en la primavera democrática de entonces, cuando recién graduados fuimos permeados por sus ideas de progreso del Derecho y de la sociedad a través de sus lecciones y aportes a la más ambiciosa reforma procesal públicamente encarada desde el que fuera Consejo para la Consolidación de la Democracia, tan necesario entonces como quizás en los días que corren.

* Artículo de opinión publicado el viernes 8 de agosto de 2008 en el Diario Página /12, Buenos Aires, Argentina.

A partir de ese encuentro, y merced a su inmensa generosidad, tuve el privilegio de recibir sus enseñanzas doctorales durante los imborrables años de Barcelona, en las que el profesor evitaba cualquier grandilocuencia o alarde retórico, y hasta aceptaba humilde y cordialmente algunos desvaríos de becarios sudamericanos, para quienes su presencia –más allá de guía y conducción en el rumbo jurídico– era testimonio de trayectoria y compromiso con los derechos humanos y los valores democráticos.

No fue sino esa responsabilidad la que tras el largo destierro lo devolvió a su país para emprender como abogado del foro el reclamo tenaz de verdad y justicia por las atrocidades de la feroz dictadura pinochetista, y así procurar impedir que la muerte y el atropello nunca más volvieran a su tierra. Aunque, sabedor de que para ello un Estado de derecho necesita del mayor fortalecimiento a través de la gestión militante, como buen tributario de las lecciones de Goethe -para quien "pensar es fácil, actuar es difícil, y actuar siguiendo el pensamiento propio es lo más difícil del mundo"- se comprometió para resultar electo tres veces diputado por el Partido Socialista y distinguido en marzo pasado como presidente de la Cámara de Diputados. Desde allí rechazó el embate de la siempre autista derecha securitaria y se empeñó en estimular toda reforma constitucional de la legislación para recuperar en clave contemporánea los dictados del Código Penal tipo en Latinoamérica.

Desde luego que para quien tanto pensó e hizo pensar y actuó e hizo actuar, sus ideas y obra trascienden los límites de lo que se empeña –fatalmente, sin éxito– en no ser una sentida necrológica. Hace escasas horas Juan falleció en su Santiago de Chile natal, y no exagero si afirmo que todos cuantos lo admiramos, dondequiera que hayamos estado, nos detuvimos a mirar al cielo para ver llover peces y evocar la memoria de su sereno y luminoso progresismo.

I

El concepto del delito de drogas

La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario*

Eugenio Raúl Zaffaroni

Sumario:

I. Panorama general. **II.** La nueva ideología y el derecho penal autoritario. **III.** La multiplicación de los verbos. **IV.** La punición del usuario o el tipo de autor. **V.** La lesión a la racionalidad y humanidad de las penas. **VI.** Las jurisdicciones especiales. **VII.** Procedimientos especiales. **VIII.** Las penas ocultas. **IX.** Conclusión.

I. Panorama general

La presente relación podría titularse "Observación de los signos de destrucción del derecho penal liberal en América Latina". En líneas generales, la década de los años sesenta —en su segundo lustro— y los setenta, se caracterizan por el ataque al derecho penal liberal o de garantías mediante la apelación a un "derecho penal de seguridad nacional". En el marco de una ideología de "guerra permanente" se sustentó la tesis de la subordinación de todos los principios del derecho penal más o menos clásico a las necesidades de esa guerra y, en este marco, la legislación "anti-droga" fue sólo un apéndice

* Publicado en el Anuario No. 13-14 del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995-1996.

de esta "ideología". Como consecuencia, el consumidor de cualquier tóxico prohibido era proyectado públicamente como un "subversivo", hasta llegarse a una identificación del "guerrillero" y el "drogadicto". El traficante no era más que el agente de los "orientales" que introducía el tóxico para minar el poder de "occidente". Las leyes "anti-droga" eran parte de la legislación contra la subversión. Tales conceptos se hacen expresos en los mensajes que acompañan varias de estas leyes.

A medida que fue avanzando la década de los años ochenta, se fue abandonando el discurso de "seguridad nacional" y el tráfico de cocaína pasó a ocupar el lugar de "oriente", con calidad de primer enemigo. Los acontecimientos que se precipitan en el mundo en los últimos años y meses, llevan a una distensión de la "guerra fría" y, por ende, desaparece "oriente" como enemigo y su lugar lo ocupa el tráfico de cocaína. Detrás de este discurso surge una nueva agencia internacional que lucha por su inmenso presupuesto y que presiona a todos los países del área, que se enrolan detrás de la nueva ideología de "guerra", sancionando apresuradamente leyes acordes con el nuevo discurso: Venezuela en 1984, República Dominicana en 1988, Argentina en 1989, Colombia en 1986, Paraguay en 1988, Perú en 1982, Chile en 1985, Bolivia en 1988, Costa Rica en 1989, etcétera

II. La nueva ideología y el derecho penal autoritario

La consecuencia lógica de todo planteo ideológico de "guerra" es un deterioro del derecho penal liberal y, por ende, un fortalecimiento de los caracteres que se conocen como "derecho penal autoritario". En realidad, no sabemos si puede afirmarse la existencia de "un" derecho penal autoritario, pero lo cierto es que cada vez que se deteriora el derecho penal liberal o de garantías, surge un discurso penal que acude a las mismas prácticas y a los mismos recursos tecnocráticos, más o menos marcados, según el grado de deterioro del derecho penal liberal. La ideología que rige este proceso no es unitaria en cuanto a la proclamación de sus fines políticos, es decir, que puede ser la "construcción del comunismo" o la "defensa de la nación como unidad biológica y espiritual" o del "Estado como organismo económico-social", de "occidente" o de lo que fuere. Lo único que tienen en común es una "lucha", una "guerra" y una "necesidad"

de defensa en función de un principio superior al que queda sometido el hombre que con su dignidad de persona desaparece, ya sea porque discursivamente se niega su calidad de tal o porque se proclama su supresión temporal en función de un resurgimiento "mejor" de su personalidad en el "futuro".

Este mecanismo, asentado en una administración del miedo, es reiterativo. De allí que todas las leyes penales autoritarias sean siempre leyes de "defensa": defensa del Estado y de la "estirpe" en el derecho penal fascista, defensa del pueblo conforme al *Führerprinzip* en el derecho penal–nacional-socialista, defensa del socialismo en el stalinismo, defensa de "occidente" en el planteo de seguridad nacional. A medida que la "guerra" lo requiere, van cayendo más "obstáculos" y, finalmente, como no es posible tipificar todos los actos del satánico enemigo de turno, caen los propios límites de la legalidad y resulta delito todo acto contrario al "gesundes Volksempfinden des deutschen Volkes", toda persona peligrosa para el socialismo, o cualquiera a quien se quiera someter a privación de libertad por tiempo indeterminado por el dictador de turno en función del estado de emergencia que proclamó antes.

En este sentido, los signos anti-liberales muy marcados de la legislación anti-droga latinoamericana no tienen nada de originales: son meras reiteraciones de fenómenos de deterioro y destrucción del derecho penal liberal, de los que existen múltiples ejemplos en los dos últimos siglos: se crea (inventa en el plano de lo real) o se magnifica un peligro social existente, se lo extrae de contexto y se lo hace "penal", se absolutiza la "lucha" o la guerra contra ese peligro y se subordina todo a esa "guerra". A la larga, la absolutización se desploma en perspectiva histórica y la falsedad del discurso queda en evidencia, pero los poderes en juego buscan un nuevo "enemigo" y los enemigos del derecho penal liberal (que parece haberlos por constitución orgánica o de estructura de personalidad) retoman los viejos procedimientos dentro del nuevo discurso de "guerra".

III. La multiplicación de los verbos

Dentro de la técnica legislativa latinoamericana en materia penal, a nadie se le ocurre tipificar conductas de homicidios, por ejemplo, por medio de una previsión con abuso increíble de verbos, como serían "apuñalar", "prestar el

arma", "facilitar la casa", "prestar el vehículo para el homicidio", "transportar el cadáver", "ocultar los rastros", "engañar a la víctima", "quemar el cadáver", "instigar a matar", "comenzar a matar", "preparar una trampa", "pagar para matar", "colaborar en la emboscada", etc. En nuestra técnica, basta con tipificar el homicidio y prever la tentativa, y la participación como fórmulas generales. Menos aún se nos ocurriría definir cada una de esas acciones y establecer reglas diferentes de pena para la tentativa y la participación en cada tipo legal. Un código redactado en esta forma sería para nosotros un monstruo técnico y resultaría prácticamente inmanejable por los tribunales.

Sin embargo, esta técnica legislativa —o mejor, esta grave falla de técnica legislativa— se generaliza en las leyes latinoamericanas. La ley dominicana define legalmente "adicción", "adicto", "fármaco-dependiente", "administrar", "adormidera", "comercialización", "comercialización ilícita", "comercialización ilegítima", "consumo", "controlar", "cultivo", "dependencia física", "dependencia psicológica", "dispensar", "dispensador", "distribuidor", "distribuir", "droga", "drogas alucinógenas", "drogas deprimentes o estimulantes", "drogas narcóticas", "entregar", "entrega o suministro", "fabricación", "fabricante", "grupos alucinógenos", "grupos excitantes o estimulantes", "grupos hipnóticos y barbitúricos", "grupos opiáceos", "marihuana", "opiato", "paja de la adormidera", "persona", "plantación", "posesión", "posesión culposa", "posesión ilícita", "preparado", "precursor", "precursor inmediato", "prescripción o receta", "producción", "producción ilícita", "producción ilegítima", "sustancia controlada", "sustancia falsificada", "sustancia psicotrópica", "tráfico ilícito", "tráfico internacional", "uso consumo". Largos enlistados por orden alfabético se encuentran en otros textos: de la "a" a la "o" del art. 3 de la ley colombiana, etc. Otras son más sobrias en definiciones, pero se compensa su sobriedad con la multiplicación de los verbos: "comercie, venda, suministre, transporte, almacene, importe, exporte, fabrique, industrialice, extraiga, refine, posea o distribuya" (art. 2 de la ley paraguaya). En sentido análogo puede verse el art. 5 de la ley argentina, los 57 y 58 de la peruana, el 31 de la venezolana, etc.

Es obvio que la expuesta técnica legislativa es ajena a nuestra modalidad legislativa, pero, además, y dentro del contexto de nuestra doctrina, cabe que nos preguntemos cuál es su significado. Ante todo, está revelando un afán por no dejar ningún hueco de punibilidad: quien tenga "algo" que ver con un tóxico prohibido comete delito. En este aspecto, no debe pensarse que

las definiciones son cuidadosas, en el sentido de procurar una precisión de la legalidad típica, sino en el de cubrir toda posibilidad con punibilidad. Cada una de estas previsiones se amplía, lógicamente, mediante las fórmulas generales de la tentativa y de la participación, aunque muchas de ellas sean, en sí mismas, formas de tentativa, de participación o de preparación.

Esto significa que, en tanto que para la generalidad de los delitos es punible la acción típica, su tentativa y su participación, reconociendo formas de menor pena para estas últimas modalidades, en los delitos referentes a tóxicos, es punible la acción típica, la tentativa, la participación y la preparación, todos como tipicidades principales.

Además de la insólita extensión de la punibilidad que implica esta técnica, quedan equiparadas a los efectos de la punibilidad las conductas consumadas a las tentadas, las participaciones secundarias a la autoría e incluso los actos preparatorios a los consumados. Esta es una clara característica del derecho penal autoritario, que se hace evidente en el "Códice Rocco", en las leyes nacional-socialistas, etc., puesto que para el derecho penal autoritario pasa a segundo término la lesión al bien jurídico y cobra importancia prioritaria la detectación del "enemigo", es decir que la acción típica no tiene importancia por su conflictividad por afectar un bien jurídico, sino por ser síntoma revelador de la "enemistad". A este respecto huelga recordar la teoría de la "acción sintomática" de Tesar y Kollmann a principios del siglo, el "síntoma" de peligrosidad de los positivistas (que desembocó en la peligrosidad sin delito y en el proyecto de código penal sin parte especial de Krylenko) y en las manifestaciones más modernas del "derecho penal de ánimo" o *"Gessinnungsstrafrechf"*.

IV. La punición del usuario o el tipo de autor

Es sabido que, como bien lo expresa Baratta en un trabajo reciente, se inventa una realidad conforme a la cual todo usuario de un tóxico prohibido es un dependiente y todo dependiente comete delitos. Esto, por supuesto, no se corresponde con la realidad. Menos aún se corresponde con la realidad la afirmación de que todo usuario es un traficante en potencia o en acto. Esto resulta mucho menos cierto en Latinoamérica, donde no se usa la heroína, porque su precio la hace inaccesible a los mercados periféricos. En la mayoría

de nuestros países los delitos cometidos en estado de intoxicación aguda por tóxico son muy pocos y menos aún los cometidos bajo los efectos del síndrome de abstinencia (en algunos países no existen directamente). Es claro que estos efectos se producen en nuestra región, preferentemente, con un tóxico que no es ilícito: el alcohol, que es el de mayor injerencia criminógena.

No obstante que estos son los datos de la realidad, a esta se la construye con la proyección del estereotipo del joven-usuario-dependiente-delincuente y se minimiza al usuario de alcohol:

> El delito que comete un ebrio mientras liba en un bar no es el mismo delito que comete un sujeto que se dedica a drogarse. El consumidor de drogas no tiene la misma categoría social de aquel que ingiere alcohol, que es por lo general un sujeto socialmente adaptado.

Así dice la exposición de motivos de la ley venezolana. No se requiere mayor penetración psicológica para percatarse de que, tras esta ardiente defensa del que "liba en un bar", se oculta el rechazo a que la estigmatización alcance al grupo redactor.

En general, todas las leyes de la generación de "guerra" (años ochenta) establecen penas para el simple consumo. Estas penas se basan, usualmente, en esos estereotipos.

Se trata claramente de tipos de autor: es necesario ocuparse del usuario, ya sea como delincuente o como enfermo. De cualquier manera, sea por la vía de la pena o por la de la llamada "medida de seguridad" lo cierto es que el usuario es penado o sometido a una medida penal. El sometimiento a una "medida" es discursivo, porque en la práctica, en ninguno de nuestros países existen los establecimientos para la aplicación de las medidas, por lo cual éstas se convierten realmente en penas. En algunos casos se produce una gravísima selectividad social, cuando se permite que algunas de estas medidas se cumplan en establecimientos privados, costeados por el penado o su familia. Esto significa que los jóvenes seleccionados, si tienen dinero son "internados" en estos establecimientos (generalmente organizaciones muy lucrativas) y los que no tienen dinero van a la cárcel.

No se está prohibiendo una acción, sino una personalidad (en realidad, un estereotipo). El usuario que da en el estereotipo es joven. La profusión

de consumo (de tóxicos en la segunda y tercera edad se pasa por alto) y el uso es síntoma de peligrosidad, porque éste puede convertirse en distribuidor o porque puede cometer delitos. Independientemente de que esto no es verdad en la inmensa mayoría de los casos, no otra cosa que un tipo de autor es la tipificación de una conducta porque su autor "puede" cometer un delito, que no está preparando, que no ha intentado y que menos aún ha comenzado a realizar y que no se sabe si cometerá alguna vez o si siquiera lo ha pensado. Simplemente, por una presunción "juris et de jure" de peligrosidad social, se impone una pena, que no logra disimularse incluso cuando se la rebautiza con el nombre de "medida". Recordemos que en materia de bautismos el derecho penal stalinista llamaba "máxima medida de defensa social" a la pena de muerte y que el código del Brasil de 1940 imponía penas perpetuas llamándolas de este modo para eludir la prohibición constitucional de las penas perpetuas. No deja de ser curiosa la pretensión de algunas leyes que prevén "medidas" que si fracasan dan lugar a una pena (Argentina), es decir que se conmina la pena para el caso del fracaso de una terapéutica.

En algunos casos (Venezuela, por ejemplo) se considera que la tenencia para uso propio debe ser demostrada por el tenedor, lo que implica que éste debe probar que no es traficante, o sea, debe proveer una "prueba negativa" claramente proscripta por toda la doctrina procesal. En otros, el argumento en favor de la punición es la imposibilidad de distinguir entre el consumidor o usuario y el traficante. Este argumento es de neto corte policial. En principio, resulta claro que la única confusión posible es respecto de agentes de tráfico de ínfima categoría o sea, de distribuidores más que minoristas. En segundo lugar lo que es más grave, implica la aceptación de un gravísimo principio de derecho autoritario: lo principal es la "lucha" y, por ende, dado que entre muchos que se presentan, no se puede distinguir cuáles son los enemigos, **todos** deben ser tratados como enemigos.

Basta esta breve referencia a los principales argumentos en favor de la punición de los simples usuarios, para caer en la cuenta de que el principio de **lesividad** queda sometido a las necesidades de la "guerra": nadie debe consumir, porque si no hay consumidores no hay traficantes; nadie debe consumir porque puede confundirse con un traficante; nadie debe consumir porque no debe obstaculizar la "guerra" al tráfico; en definitiva, nadie debe consumir porque favorece el tráfico. Luego, queda claro que el mal está en

el tráfico y no en la lesión a la salud como se pretende, o sea: se persigue el tráfico por el tráfico mismo.

Los restantes argumentos que se esgrimen para apuntalar esta punición son igualmente insostenibles. Se ha sostenido que es lógicamente necesario penar al usuario, porque "tiene" y para ello tuvo que comprar o recibir ilícitamente, sin percatarse de que no siempre ni mucho menos es partícipe necesario de una conducta típica, actúa típicamente (la víctima del estupro debe mantener relación sexual con su consentimiento, el padrino del duelo no es punible y no puede haber duelo regular sin padrinos, el cliente de la prostituta no es punible y no puede haber explotación de la prostitución sin clientes, la prostitución misma no es delito pero sin su práctica voluntaria no habría explotación, y, en definitiva, si no adquiero la propiedad o la tenencia de una cosa, nadie puede robármela). El otro argumento inventado a este respecto es que si se generalizase el uso de tóxicos se paralizaría la sociedad. Independientemente de lo artificioso del argumento, que supone que todos estamos ansiosos por intoxicarnos, su raíz autoritaria es bien clara. Muchas veces ha sido usado para sancionar comportamientos claramente inmorales pero no lesivos a terceros, como el suicidio. Está implicando que la vida no nos pertenece, sino que es un patrimonio social, del organismo-Estado, al que todos pertenecemos y, por ende, se puede penar la lesión contra nuestra vida. Otras veces, este razonamiento se usó aun de modo más ridículo, dudamos que en serio, pero lo cierto es que Feuerbach sostenía que era necesario penar la homosexualidad como contravención porque ponía en peligro la subsistencia de la especie humana.

V. La lesión a la racionalidad y humanidad de las penas

Hasta ahora hemos señalado brevemente algunas de las características más salientes del derecho penal de fondo que muestran la afición autoritaria de las leyes "anti-droga" de la región en los últimos años. Hemos omitido otras que por razones de espacio no podemos exponer en todo su alcance. De cualquier manera, es bueno que las mencionemos brevemente, porque de lo contrarío parecería que las hemos agotado.

El principio de *racionalidad de las penas* resulta claramente afectado por muchas de estas leyes, que prevén penas que no guardan ninguna relación

con la magnitud de los injustos de que tratan; existe la tendencia a no permitir una adecuada distinción entre los contenidos injustos y los grados de culpabilidad, las escalas penales tienen en mínimos altísimos para impedir a los jueces valorar los injustos y las culpabilidades; en algunos países se conocen sentencias de prisión de cinco y hasta diez años por tenencia de pequeñas cantidades de marihuana. Es sabido que la duración de los procesos hace que prácticamente el 70 por ciento de los presos de la región sean procesados y no condenados. El mismo efecto de prisionización prolongada se obtiene mediante leyes que prohíben la excarcelación de procesados por delitos vinculados a tóxicos. Además, el *principio humanidad* se lesiona en la mayoría de los casos de tráfico internacional. En efecto, suele detectarse preferentemente el tráfico de cantidades limitadas de cocaína, para el que los traficantes explotan la necesidad de mujeres de los sectores sociales más humildes y que operan como *transportadoras (mulitas)*, siendo en definitiva las únicas que van a dar en la prisión, con severísimas penas y generando un creciente problema penitenciario, porque provocan el aumento inusitado de la población penal femenina en sistemas penitenciarios empobrecidos y no preparados ni pensados para mujeres.

La irracionalidad y humanidad de las penas no es más que una expresión de la "guerra". En toda "guerra" la invocación de una necesidad de "guerra" hace que el contenido injusto de los hechos se altere: encender una luz no es una contravención, sino un delito grave; consumir más energía no es una contravención sino un delito grave porque pone en peligro el potencial de producción bélica; consumir más de lo que señala el bono de racionamiento es grave porque impide el consumo de otros, etc. Cuando la "guerra" se alucina o se fabrica, sucede lo mismo y eso da lugar al derecho penal autoritario, que se manifiesta preferentemente mediante la punición indiscriminada y excesiva en comparación con otros injustos que afectan bienes jurídicos esenciales. De allí que una tentativa de homicidio pueda ser menos severamente penada que una tenencia de tóxicos, y un homicidio menos que una venta minorista.

El establecimiento de escalas penales altas y, sobre todo, con mínimos altísimos, impide que los jueces puedan adecuar la individualización de las penas a las pautas generales. Este cuadro se completa con un bombardeo periodístico sobre los magistrados, para estigmatizar a cualquiera de ellos que se atreva a

proclamar la inconstitucionalidad de estos mínimos o de la prohibición de excarcelación, cuando no son los tribunales superiores o supremos los que, para defender a la corporación de la estigmatización, proceden a imponer gravísimas sanciones internas o a estigmatizar a sus propios magistrados.

VI. Las jurisdicciones especiales

En algunos países con organización política federal, como la Argentina, es de vieja data la atribución de la competencia en materia de tóxicos prohibidos, a la justicia federal, en detrimento de la competencia ordinaria originaria. Esta competencia se asigna aunque se trate de conductas que no constituyen tráfico interprovincial ni internacional y, por ende, avanzan notoriamente sobre las competencias provinciales, violando las bases de la organización federal. Pero, además, se sabe que la justicia federal es "especial" respecto de la competencia ordinaria, de manera que su atribución implica la consagración de una especialidad jurisdiccional que acarrea la intervención de la policía federal y el desplazamiento de las locales o provinciales.

No obstante, la tendencia a una jurisdicción especial se puede observar en forma más específica en otras leyes, como la de Bolivia que, ante la organización unitaria del Estado, ha seguido el camino de organizar directamente tribunales especiales ("Juzgados de Partido de Sustancias controladas").

Es ampliamente conocido que en los ordenamientos procesales autoritarios, los delitos políticos son atribuidos a organismos especiales, diferentes de los tribunales comunes, como fueron las comisiones especiales del stalinismo suprimidas después del XX Congreso en 1956, o el Tribunal Especial para la Defensa del Estado creado en Italia en 1926. La desconfianza a los jueces no se limita a la imposición de mínimos altísimos e irracionales, a la presión o amenaza pública, sino que se tiende a sustraer de ellos el conocimiento de los casos para atribuírselo a una jurisdicción especial o especializada diferente de la común que en algunos casos llega a comisiones especiales, límites que no tocan todavía las leyes "anti-droga", pero en cuyo camino van.

VII. Procedimientos especiales

Las manifestaciones autoritarias en el orden procesal no se agotan en lo que hace a la competencia, sino que, siguiendo la tendencia del derecho procesal penal autoritario, se establecen procedimientos especiales, diversos del proceso penal ordinario. Sus características son también las propias de la "guerra", es decir, mayor rapidez en detrimento de la seguridad del procesado. Cabe advertir que no se trata de una celeridad que procure corregir el defecto del proceso ordinario, sino de una celeridad que procure una mayor "eficacia" represiva, la que se logra en detrimento de su seguridad. Se trata, en definitiva, de una tendencia más o menos generalizada en todo proceso-autoritario, que caricaturiza el proceso penal militar (obsérvese que no lo copia sino que lo "caricaturiza").

Esta tendencia es bastante clara. En Bolivia basta con la manifestación del Fiscal especial para el procesamiento, el procesado tiene sólo tres días para presentar sus pruebas de descargo, la libertad provisoria no se admite, no se admiten excepciones previas, el rebelde sigue siendo procesado, el proceso avanza en su contra sin que a su presentación pueda reclamar por lo actuado, en todo caso de absolución el Fiscal debe apelar y recurrir de nulidad. En Perú, la policía de investigaciones queda facultada para detener, sin flagrancia, hasta por quince días, para allanar domicilios y locales, para trasladar personas y para impedir el egreso del país de personas, sin que se admita el "habeas corpus" contra cualquiera de sus actos administrativos (artículo 71). En Venezuela la autoridad policial puede mantener detenida a la persona hasta por ocho días y el auto de falta de mérito del juez es de consulta obligatoria, no así el que cierra el sumario.

Es bastante elocuente la tendencia a suprimir garantías procesales, incluyendo la de sometimiento a un tribunal independiente. Cabe observar que la independencia del tribunal no sólo se garantiza con jueces que no dependan del poder ejecutivo, sino que se viola cuando se asignan funciones judiciales a funcionarios ejecutivos, como son los allanamientos policiales, o cuando se presiona a los jueces por los medios masivos, por los propios organismos judiciales superiores o por la circunstancia de constituir un fuero especial que cumple una función represiva predeterminada.

VIII. Las penas ocultas

Nadie ignora cuáles son las dificultades por las que atraviesan grandes masas de población latinoamericana, que las obliga a la emigración en busca de mejores condiciones de subsistencia. No es sencillo para muchos emigrar fuera de su país, por lo cual lo hacen —generalmente los más humildes— dentro de la región. Si a esto agregamos las frecuentes antipatías fomentadas artificialmente entre los países limítrofes en casi toda la región, su situación en el país receptor es usualmente muy precaria. La expulsión del país, en estas condiciones, es una pena gravísima, que le altera todo su programa de vida cuando no lo frustra.

No obstante, valiéndose del estereotipo del traficante internacional organizador de una red de tráfico, todas las leyes consagran como pena conjunta la expulsión del país de los extranjeros, que puede ser dispuesta en algunos casos directamente por la autoridad administrativa.

IX. Conclusión

De lo expuesto, resulta bastante claro que la legislación latinoamericana de la década de los ochenta en materia de tóxicos, presenta una clara tendencia autoritaria, tal como lo señalamos al comienzo, expresándose la misma con elementos autoritarios de Derecho penal de fondo, tales como la irracionalidad en la tipificación demostrada con el afán de cubrir todo posible hueco de punibilidad, la equiparación de los actos tentados e incluso preparados con los consumados y los de los partícipes con los de los autores (criterio sintomático), la reducción de la afectación del bien jurídico hasta suprimirlo y derivar en un claro tipo de autor, particularmente en el caso del consumidor; la punición de todos en una inversión del "in dubio pro reo" convertido en un "in dubio pro societate" como pretendían los defensores de la analogía soviéticos en los años treinta, y en la abierta violación a la racionalidad y humanidad de las penas mediante la fijación de mínimos altísimos que impiden a los jueces cuantificar la pena de conformidad con el contenido injusto y la culpabilidad. En el plano procesal se observa la tendencia a aumentar las facultades de órganos policiales (allanamientos, detenciones, expulsiones, tras-

lados, mantenimiento de incomunicación), limitación de los medios defensivos (ineficacia del "habeas corpus" contra esos actos administrativos), control estricto de los jueces cuando absuelven o sobreseen pero no cuando condenan y, por último, la tendencia a sustraer las causas por tóxicos de los jueces ordinarios y derivarlas a competencias especiales o especializadas.

La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas

Jorge Vicente Paladines

Sumario:

I. Introducción: La sociedad del riesgo penal **II.** Un peligro inexistente **III.** El asalto de los "bienes jurídicos colectivos" **IV.** La ampliación de las formas de participación **V.** Reflexión final: de la sociedad del riesgo al derecho penal del enemigo **VI.** Bibliografía.

Lo que no es controlable no es real
Niklas Luhmann

I. Introducción: La sociedad del riesgo penal

En el 2002 se proyecta para el mundo la película *Minority Report* de Steven Spielberg[1]. Se trata de una película de ciencia ficción donde la policía sabe de antemano los crímenes que se van a cometer, adelantándose –segundos antes de la consumación en el *iter criminis*– para imputar a las personas no

1 Steven Spielberg, *Minority Report*, 145 minutos, Estados Unidos de América, 21 de junio de 2002. Está película está basada en el relato corto de Philip K. Dick, El informe de la minoría (*The Minority Report* (1956).

por tentativa sino por delito consumado. La anticipación penal de la policía responde al cognoscitivo mensaje de un grupo de pitonisas llamadas *precogs*, quienes en sus predicciones tienen la capacidad de prever el delito; el error o la manipulación de ellos se constituye en el principal drama de este largometraje de Hollywood.

Dieciséis años antes Ulrich Beck escribe "La sociedad del riesgo" (*Risikogesellschaft*), uno de los grandes aportes de la sociología alemana que presenta los avances científico-tecnológicos de la modernidad frente a las paradojas y contradicciones de la sociedad[2], entre ellas los de creer que puede prever lo inevitable; así, se van estructurando, entre otras, conductas riesgosas como los tráficos y manejos de sustancias tóxicas[3]. Hace un par de años Beck vuelve a presentar su obra adicionada con los nuevos fenómenos de la globalización. El riesgo alcanza niveles mundiales, lo cual ha influido en el derecho para romper incluso con las históricas garantías fundamentales de la dogmática penal como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En todo caso, vivimos en una sociedad que exige seguridad a cualquier costo, que justifica la abolición de garantías y que empodera al Estado a partir de sus miedos. La dogmática penal hará precisamente ello, construir cada vez más sus categorías en el marco de un riesgo inevitable, del cual el sistema penal tendrá la misión de desconfiar más de la sociedad en detrimento del ser. La expansión del derecho penal se refleja con mayor alarma en la legislación de drogas, como invento casi exclusivo de la sociedad del riesgo mundial, en la que todas las personas nos constituimos en potenciales armas peligrosas.

2 La dogmática penal alemana es fuertemente influenciada desde la sociología, por ello Jakobs encarna a Luhmann mientras Roxin a Beck.

3 Para Jakobs: *"La "seguridad" del tráfico rodado, el medio ambiente "intacto" y situaciones similares no son, evidentemente, estados naturales, sino son los resultados de ciertas decisiones sociales, y esto significa que quien quiera orientarse deberá fijarse en la vigencia de las normas que han configurado esas decisiones".* Ver Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 31 y 32.

. . .

¿Puede vivir una sociedad sin ley? Sin duda que la respuesta a este dilema la encontró el mismo Hobbes al escribir el Leviatán, como expresión de lo que antes había esbozado Maquiavello –uno de los primeros filósofos del poder. Hacer filosofía del poder no es más que estructurar un orden del que la sociedad sencillamente requiere para poder subsistir y no autoaniquilarse en el conflicto. El orden es el espíritu de la ley, por ende aquella no es más que una forma del orden. A pesar de ello el conflicto es connatural en la sociedad, en el que la ley tampoco puede hacer el papel de ciego, pues negarlo eliminaría el contenido mismo y la justificación del orden.

Lejos de un juego de palabras lo cierto es que en la modernidad la ley coacciona la libertad, principio fundamental de nuestra era. Irónicamente la libertad se sostiene en la ley, que a su vez estructura la pena como supuesto punto de equilibrio entre la sociedad y el orden. ¿El orden construye a la sociedad o la sociedad construye su orden? Cualquiera de sus respuestas será como preguntarse si Dios creó al hombre o si fue éste quien lo inventó. La categoría del *riesgo* abre una puerta dentro de este dilema, pues funda su saber y no-saber en la probabilidad de tratar la incertidumbre[4], solo que ahora mediante la emergencia de la sociedad del riesgo, pues:

> El riesgo es el patrón perceptivo e intelectual que moviliza a una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en los efectos redentores de las utopías[5].

El futuro se presenta como malo, inseguro y peligroso. La sociedad es pitonisa de sus desgracias, de ahí que sus instituciones se formen para tratar un evitable desastre. De alguna manera todas las instituciones penales se constituyen bajo esta filosofía, la acción penal, el juicio y la cárcel no hace más que impedir la anarquía. El peligro se manifiesta democráticamente

4 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 22.

5 Ibíd., p. 20.

como delito inevitable; para enfrentarlo hay que observarlo como riesgo, pero: ¿es realmente inevitable?, ¿podría fallar el sistema en sus predicciones? El miedo al delito genera una nueva percepción del orden por el que la sociedad es susceptible de tolerarlo todo. La catástrofe del conflicto –el delito– penetra en las estructuras de la sociedad; por ende, el riesgo la anticipa falseando conscientemente la realidad activando mecanismos de prevención penal desde y hacia la sociedad[6].

Así, es muy común observar cómo en los aeropuertos y retenes policiales se es hurgado, sometido a interrogatorios y hasta retenido de nuestra movilidad. El riesgo siendo una abstracción justifica acciones materiales, de ahí que la sensación de daño hacia las personas se precautela con una intervención material del Estado sobre ellas mismas, pues como dice Beck:

> Muchos tendrán la escenificación del riesgo por una cosa abstracta que poco o nada tiene que ver con la experiencia del riesgo. Pero cometen un grave error, pues tales escenificaciones tienen siempre un lado existencial, suficiente[7].

El riesgo construye a su vez una nueva sociedad: la del miedo; en consecuencia la pregunta sería ¿quién construye el riesgo? Hoy en día la globalización sin duda representa el miedo mundial, por ello sus fenómenos –y entre ellos los fenómenos criminales– se presentan como los grandes males por el que la sociedad sería capaz de hacer todo, incluso hasta su propia fragmentación. De esta forma, la incertidumbre de ser dañada por las distintas drogas consuma un cambio cultural, que va desde el repudio al libre desarrollo de la personalidad hasta el combate con mano dura a la cadena de producción de las drogas. Las personas consideradas como riesgo constituyen una amenaza, por ello la necesidad social de contenerlas, siendo así:

> El miedo tiene un efecto indirecto especialmente fatal: las personas o grupos que resultan (o son consideradas) "personas de riesgo" o "grupos de riesgo" pasan por no-personas y sus derechos fundamentales son amenazados: el riesgo divide, segrega, estigmatiza[8].

6 Ibíd., p. 28.
7 Ibíd., p. 31.
8 Ibíd., p. 36.

La lucha por el desconocimiento de derechos en homenaje al riesgo será una constante. El derecho penal no es ajeno a ello; si su función responde al riesgo las amenazas a las personas pasarán de irracionales a racionales. Al ser el riesgo un no-saber la violencia justifica cualquier lectura para impedir la inseguridad, dentro de una sociedad en la todos sus individuos constituyen un riesgo. Se trata sin duda de una de las formas más represivas en la justificación del poder del Estado a través del depósito del miedo social, que como consecuencia articulará también un derecho del riesgo.

El sistema político inyecta una nueva moralidad normativa que enfrenta al problema mundial de las drogas. La humanidad tiene que ceder ante cualquiera de sus conquistas jurídicas, comenzando por el mismo principio de legalidad, pues lo que importa es que la norma ofrezca certeza y resultados frente al peligro de acabar todos como drogadictos. Se rompen entonces los diques por el que se libera un viejo pero a la vez un nuevo peligro para la sociedad: el derecho penal del riesgo (*Strafrecht und Risiko*)[9].

. . .

No se trata de hacer precisamente un análisis de coyuntura en cuanto al fenómeno criminal de las drogas, sino de describir ciertos elementos de la dogmática penal que alimentan una realidad llena de inseguridades. La categoría *sociedad del riesgo* será la que usaré para interpelar algunos dilemas que presenta la dogmática penal de las drogas. Por tanto, se trata de debatir el concepto del derecho penal que persigue conductas como el tráfico de estupefacientes; partiré entonces con interrogantes para iniciar el debate de sobrados elementos de la dogmática penal tales como: los delitos de peligro abstracto, el bien jurídico lesionado y la participación criminal. Es poner en cuestión no la ontología del derecho penal de drogas, sino lo óntico de su dogmática, la que después de más de cien años aún se encuentra en el dilema de quedarse rezagada en la *premodernidad*.

9 El derecho penal del riesgo se caracteriza por dirigirse sobre las personas, generando una imputación abierta a través del principio de *asegurabilidad*. A la vez que promueve el aumento de la punibilidad mediante la creación de nuevos bienes jurídicos colectivos, se anticipa la tutela penal bajo delitos de peligro abstracto.

II. Un peligro inexistente

¿Existe lesividad en los delitos de peligro abstracto? Para que una acción sea considerada como delito, además de ser típica, requiere que lesione o ponga en peligro efectivo bienes jurídicos cuyo encuentro y conexión se relacione como mínimo con la Constitución de la República, es decir, que su resultado sea capaz de dañar o arriesgar concretamente. Esto serviría también para ubicar jurídico-penalmente al bien jurídico, y según Mir Puig clasificar y distinguir los delitos de las contravenciones, graduados en función de la gravedad del hecho para así determinar la pena[10]. Sin embargo, uno de los problemas más latentes en la dogmática penal –que se encierra en discusiones de más de cuarenta años– ha sido precisamente definir a un bien jurídico penal, de cuya "solución" lamentablemente se ha encargado el sistema político más no el jurídico. En el derecho constitucional los bienes jurídicos se relacionan con los ámbitos de protección fundamental a través de los mal denominados derechos de primera, segunda o tercera generación[11]. La Constitución concentra el catálogo de derechos que han de ser objeto de protección fundamental, por lo tanto, que servirán de marco para el resto del ordenamiento jurídico, razón por la cual Prieto Sanchís considera que:

> …desde la perspectiva del constitucionalismo, la existencia de un valor con esa relevancia constitucional puede desempeñar funciones diferentes y acaso contradictorias en relación con el bien jurídico, de expansión o de restricción; pues la Constitución puede ser vista como una razón suficiente y necesaria para el reproche penal, de manera que todo su contenido prescriptivo susceptible de garantía punitiva debería efectivamente gozar de la misma; o como razón sólo necesaria, en el sentido de que toda prohibición penal ha de responder en último término a la exigencia de tutela de un valor constitucional[12].

10 Santiago Mir Puig, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 431.

11 Creer que los derechos humanos tienen generaciones es negar su interrelación y promover la jerarquía de unos sobre otros.

12 Luis Prieto Sanchís, "Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 469.

En los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos se encuentran principios o estándares que regulan el debido proceso y la ejecución penal, es decir, que generalmente concentran su carga garantista hacia la fase adjetiva y ejecutiva del derecho penal, librando en general de su tutela los problemas de la teoría del delito. Este no es un dato menor, pues ello ha servido para que durante décadas la parte dogmática de los códigos panales se desentiendan de un hilo conductor garantista, haciendo del rol del juez una administración meramente positivista y arbitraria. La Constitución no resuelve la imputación de la que sí se ha encargado el código penal, desarrollándose un gran vacío que genera una lectura expansiva de los bienes jurídicos sujetos a protección. Se deja expedito el camino para que la dogmática penal sin control constitucional influya en las legislaciones penales y resuelva el problema de la imputación. De esta manera los diques de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la teoría del delito son filtrados por las exigencias políticas en la génesis del discurso penal[13], que como muestra ha engendrado en el Ecuador un código penal atado al Códice Rocco –Código Fascista de 1930– que no supera el incoherente *causalismo* en su parte general, ni la tipificación de figuras propias de un derecho penal autoritario[14].

Se entiende –a partir de los aportes del finalismo– que una acción es punible si el agente es capaz de evitar el resultado típico –acción final. Con ello se materializa la acción a través del principio de *evitabilidad* –cualquier persona es responsable por la acción que pueda evitar–, pues sólo es punible la acción material, por lo que no se puede establecer un "derecho" penal para sancionar los pensamientos, deseos, sentimientos, meras intenciones, fantasías o estados de ánimo internos[15].

En virtud del principio liberal del libre desarrollo de la personalidad –Art. 66.5 CR– el Estado no debe interferir en la libertad de los ciudadanos, es decir, debe abstenerse de penetrar la subjetividad del individuo. La tipifi-

13 Gracia Martín hace un interesante y exhaustivo análisis sobre la lucha de los "discursos penales". Ver Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 167-173.

14 Es el caso de figuras como la "preterintencionalidad" establecidas en el Art. 14 del código penal ecuatoriano (CP). En un interesante estudio sobre la cantidad de verbos rectores para penalizar todas las actividades en el delito de drogas, véase el artículo de Eugenio Raúl Zaffaroni que consta en esta obra.

15 Fernando Tocora, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, p. 125.

cación de acciones o hechos que tengan relevancia en lo penal deben ser excepcionales, de manera que la libertad –axioma fundamental del liberalismo[16]– no se vea atentada permanentemente; por ello, el contenido esencial de los bienes jurídicos será siempre el limitar la posible arbitrariedad del poder punitivo, esto es, el desborde el derecho penal por encima de la Constitución. A decir de esto, Ferrajoli sostiene que:

> Si el derecho penal responde al sólo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su "absoluta necesidad" son, a su vez, las *prohibiciones mínimas necesarias*, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal[17].

Por medio del principio de lesividad se constitucionaliza la antijuridicidad penal. Debe verificarse el daño empíricamente para imputar o atribuir a una persona la culpabilidad, siempre y cuando en la lesión o peligro causado se objetivare la vulneración a un bien jurídico determinable. No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el problema de la imputación –al momento de tipificar una acción como punible– no obedece necesariamente al principio enunciado en líneas anteriores, por ello existen tipos penales que no tienen vinculación directa con la vulneración de bienes jurídicos, lo cual ha revivido un viejo debate en el derecho penal: por una parte definir al bien jurídico, y por otra, repensar su misma función. En este sentido, Claus Roxin –adscrito a la política criminal de bienes jurídicos– sostiene que:

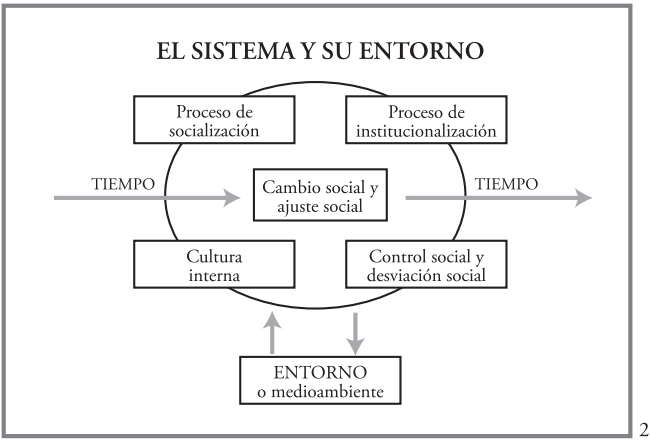
> Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema[18].

16 La filosofía penal de la ilustración encuentra los indicios de una justificación del bien jurídico penal. Op. cit., Luis Prieto Sanchís, "Una perspectiva…", pp. 455-464.

17 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 466.

18 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I, Madrid, Civitas, 1era. ed., 1997, p. 56.

Esta definición circunscribe al bien jurídico dentro del funcionamiento del sistema. Tal es su grado de complejización que encierra a la teoría del delito dentro de la teoría de los sistemas –la que en su fase más avanzada encuentra como emblema a Niklas Luhmann[19]. La función del sistema, que configura la función del derecho penal frente al bien jurídico, sería la de evitar la complejidad o incertidumbre proveniente de su entorno. De ahí que la misión de los sistemas es reducir la *complejidad* por medio de la articulación de las expectativas que deambulan en el entorno o ambiente, manteniendo así su propia reproducción o *autopoiesis*. Los comportamientos humanos –y dentro de ello las acciones punibles– constituyen el entorno que debe ser controlado para reducir la incertidumbre del sistema. El entorno estaría conformado por comportamientos o conductas que, leídas por el sistema normativo como *delitos*, deberán ser paliadas para impedir un *in put* no autorizado. Dentro de esta teoría los comportamientos humanos son leídos como meras comunicaciones; de esta forma existirán comunicaciones autorizadas y no autorizadas, siendo su principal objetivo domesticarlas en función del sistema[20], teniendo como consecuencia que la función del subsistema penal sería el control social y no la limitación de su propio desborde.



21

19 La teoría de los sistemas tiene como su precursor al estadounidense Talcott Parsons, sin embargo en Niklas Luhmann se condensa la relación sistema/entorno. El entorno es problemático en si, pues contiene una gradiente –variación gradual– *complejidad*. Esta relación es constitutiva en la formación

El delito es un invento del sistema. No es menor entonces la crítica de Nils Christie cuando destaca que éstos sencillamente no existen[22], pues no son más que construcciones semánticas diseñadas por el legislador –legislador sistémico– para ocultar los verdaderos contenidos que encierra: problemas o conflictos sociales[23]. Los delitos ocultan sistémicamente los conflictos sociales a través de la retórica legislativa, como por ejemplo: a la acción de matar denominándola como homicidio, o a la acción de sustraerse cosa ajena denominándola como robo. Aquello también se reproduce en lo procesal penal, como cuando se niega el nombre y la identidad de las personas para colocarles en su lugar epítetos mediante categorías procesales como "sospechoso", "imputado", "acusado" o "condenado". Para completar finalmente esta cadena el sistema de ejecución penal –sistema penitenciario– convierte a las personas con condena en números y en fichas de mayor o menor peligrosidad, es decir, todo un entramado penal para sustituir lo humano por cosa.

El sistema impregna la idea de un orden, mientras los sujetos –que de plano no existen ni interesan al sistema– se convierten en piezas psico-comunicacionales, es decir, en meras abstracciones. A la vez, estas meras abstracciones que deambulan en el entorno del sistema se constituyen en su peligro, la constante del riesgo que genera un código binario de relación de fuerzas[24], de dicotomización de la política y del re-establecimiento del derecho. La complejidad puede significar a la vez un recurso, siempre y cuando el sistema dependa de la contingencia como delito o *inseguridad* [25]. Es un ir y venir de recursos, de

de los sistemas; por ende, es una identidad previa a la identidad del sistema, el que se construye en la diferencia. Así, *"Todo lo que existe pertenece siempre, a su vez, a un sistema (o varios sistemas) y al entorno de otros sistemas"*. Niklas Luhmann, S*istemas sociales: Lineamientos para una teoría general, Barcelona, Anthropos,* 1998, p. 173.

20 Ibíd., pp. 182-183.

21 http://www.geocities.com/tomaustin_cl/educa/libro1/sist.gif, visita 15/11/08.

22 En una visión similar Louk Hulsman sostiene que el delito no tiene existencia ontológica. Ver Louk Hulsman, "El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas", en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Juris, 1993, pp. 75-104.

23 Nils Christie, "El delito no existe", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 553-561.

24 Se asemeja a la relación amigo/enemigo que Carl Schmitt planteara como concepto de lo político. Ver Carl Schmitt, *El concepto de lo político,* México, Folios, 1985, p. 23. Cfr. Op. cit., Niklas Luhmann, *Sistemas sociales*…, p. 178.

25 Ibíd., p. 178.

unidad y lucha de contrarios que mientras más interna sea reflejará una mayor certidumbre del sistema. En este sentido García Amado señala que:

> El Derecho penal protege siempre la identidad básica del la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del Derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave[26].

Para poner en marcha al sistema la lucha tiene que ser asumida por la sociedad. Esto no es más que la construcción de un orden a través de las habitualidades de los sujetos, logrando que las estructuras se internalicen en su ser por medio de las instituciones, falseándose así la realidad social y provocando una vez más el triunfo del sistema sobre las personas. A decir de ello Berger y Luckmann señalan tres momentos de construcción de la "realidad social" a través de la siguiente genealogía:

1. La *habituación*, que es personalísima y se desarrolla a través de pautas o repeticiones de acciones que emplean cada vez menos energía. Aquí no se puede hablar aún de institución;
2. La *tipificación*, que es la acción absorbida o compartida por otro ser humano, denotándose una relación intersubjetiva y no personal; y,
3. La *objetivación*, que son las relaciones institucionalizadas que devienen del vis a vis de las personas, reduciendo la incertidumbre y otorgando una visión prometida del mundo a través del sistema[27].

El grado de institucionalidad del sistema penal se verifica a través de la confianza depositada en favor de la vigencia de la norma[28]. La norma es la que ex ante engendra una definición de bien jurídico; por ende, éste no exis-

26 Juan Antonio García Amado, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 156.

27 Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Madrid, Amorrortu editores, 2005, p. 69.

28 Para Jakobs: *"Bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica"*. Ver Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General,* Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 58. Sobre la expectativa normativa, Ibíd., pp. 9-11. Justificar el de-

tiría sin una norma que lo cree o consagre positivamente. Por esta razón existe un punto de encuentro de Luhmann con Jakobs, para quien la función del derecho penal es mantener las expectativas en la vigencia de la norma –derecho penal funcionalista. Así por ejemplo, se aplicará el derecho penal a una persona que se moviliza con estupefacientes sencillamente por existir una norma que prohíba este actuar, aunque no lesione concretamente un bien jurídico, imponiéndole una sanción para mantener la confianza de la sociedad en la norma penal.

El reproche dependerá de cuán capaz sea el sistema para generar confianza social en la norma, "legitimado" bajo la forma de una disciplinante división y asignación de roles en base del riesgo permitido. Por ello Jakobs justifica la punición del tráfico de estupefacientes debido a que en este actuar el agente estaría fuera del rol permitido por la sociedad[29], pues a través del tráfico buscaría enriquecerse por medio de la causación de la adicción a las drogas al resto de la sociedad (vida, salud, higiene). El autor por ende debe respetar la norma, y al hacerlo, respeta la seguridad de la expectativa normativa que refleja la sociedad. De esta forma la pena garantiza las expectativas normativas produciendo prevención general en función de la vigencia de la norma[30], siendo así:

> El Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamientos[31].

recho penal para mantener la vigencia de la norma es anteponer el Estado a los ciudadanos, en donde la teoría del bien jurídico material de los individuos de carne y hueso es reemplazada por los intereses del Estado. Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho y*…, pp. 468-469. Aquello se funda en el mismo Hegel, a quien Jakobs hace una notoria reverencia en sus postulados. Ver Carlos Parma, *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI,* Mendoza, Ediciones jurídica Cuyo, 2da. reimp., 2004, pp. 29-36.

29 Esto es, que los actores no confundan que sus roles implica que el sistema perfila al "buen ciudadano". Op. cit. Günther Jakobs, *Derecho*…, p. 59.

30 Enrique Peñaranda Ramos, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 239. *"En particular, la pena no previene la comisión de delitos. Lo que previene es más bien que éstos se dejen de concebir como tales en el futuro. Más aún, la sanción no tiene un fin, sino que es en sí misma la obtención de un fin."*. Ibíd., p. 241.

31 Op. Cit., Günther Jakobs, *Derecho*…, p. 244.

Bajo esta premisa la tenencia de estupefacientes sería un riesgo permitido, y sólo la distribución de estupefacientes para el consumo masivo excedería ese riesgo, siempre y cuando esa distribución sea detectada por el subsistema penal –imputación objetiva. Un ejemplo similar sería el hecho de pasarse el semáforo en luz roja, empero, la imputación del sistema se activaría sólo cuando el trasgresor de la regla de tránsito sea sorprendido por una cámara o produzca un accidente a terceros. Por ello, en la visión de Jakobs el derecho penal funciona para asegurar la expectativa social en la norma penal, por ende, poco o nada interesa que el derecho penal se anticipe para "asegurar" el riesgo permitido. Bastará que la norma anticipada a una posible acción sea típica y no antijurídica. De ahí el papel supuestamente legitimante del legislador del riesgo, aquel que avizora como pitonisa para precaver un potencial resultado antijurídico, tomando entonces en estricto sentido cualquiera de estas dos posiciones: i) por un lado, aquella donde se legisla en virtud del resultado por lesión, como cuando se produce un daño o destrucción verificable al bien jurídico protegido –homicidio, lesión o robo donde se vulnera la vida, integridad personal o la propiedad–; y, ii) por otro, cuando se legisla tipos penales de resultado por peligro, como cuando se arriesga al bien jurídico protegido mediante un riesgo concreto.

No obstante, existe una tercera posición que avala la expansión y anticipación del derecho penal a hechos o conductas que aún no han lesionado o puesto concretamente en peligro bienes jurídicos, como si la infracción a la ley sea un mal en sí mismo[32]. Se explica la existencia de delitos de los *peligro abstracto*[33], presumiéndose la penalidad de malos comportamientos por potencialmente producir un peligro al resto de la sociedad. Se anticipa el derecho penal para impedir ciertas actividades de las personas, aunque no se verifique la evitabilidad de poner en riesgo un bien jurídico, pues:

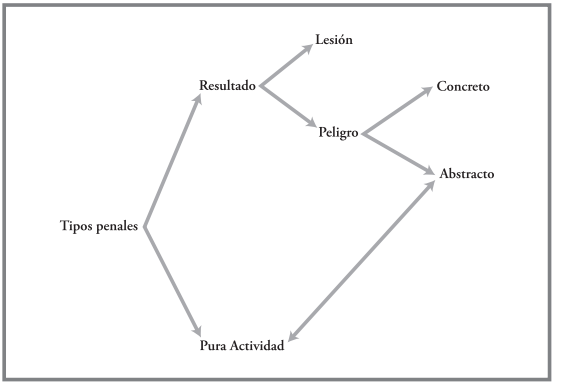
> …los delitos de peligro abstracto consisten en la probabilidad de una concreta puesta en peligro, por lo que deben sancionarse los comportamientos que, mediante la posibilidad de la puesta en peligro concreto del bien jurídico, generen un estado en el que el ciudadano sienta un peligro para el bien[34].

32 Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 224.

33 El peligro abstracto se encuentra en el Código Fascista de 1930.

34 Citado de Cramer por Guillermo Portilla Contreras, "Legitimación del Derecho Penal a través de

El peligro abstracto no es peligro concreto ni probable. Se trata de la regulación de la actividad humana catalogada sistémicamente como "peligrosa" para ser contenida por medios punitivos. Control social a simple vista, cuya finalidad es asegurar la vigencia de las decisiones legislativas a través de la amenaza del derecho penal, demonizándose el comportamiento humano para asegurar la convivencia pacífica en sociedad (*in dubio pro societate*)[35]. Las acciones, conductas o hechos supuestos en el peligro abstracto no son parte del tipo, puesto que contradicen el principio de lesividad al no producirse la antijuridicidad, tanto formal como material, es decir, de disvalor de actos como de resultados. De seguir esta línea se entendería que la sociedad es peligrosa o que tiene miembros peligrosos, y que por lo tanto el Estado –o sistema– tiene la misión de paliar o reducir esa peligrosidad –complejidad. Por ello, para tratar de legitimar el peligro abstracto actuarían dos teorías: una subjetiva, *ex ante* a la conducta y que estaría en la mente del sujeto pasivo del delito; y, una objetiva, *ex post* a la conducta, donde el "juicio de peligrosidad" se presenta en la creencia de alta probabilidad en la producción de un resultado dañoso para la sociedad.



la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 534.

35 Op. cit., Günther Jakobs, *Derecho*…, p. 243

Como un ramal de esta postura se desprenden los delitos de *pura actividad*, en donde el agente se debe comportar de acuerdo a la realización típica. Bastará que una persona se comporte como "mal ciudadano" para ser delincuente. Tal es el caso de los tipos que penalizan el hecho de ser vagos y mendigos (Arts. 383-385 CP), la tenencia o porte de armas (Art. 31 "Ley de tenencia de armas") o el tráfico ilícito de estupefacientes (Art. 60 LSEP). En estos últimos dos casos el peligro abstracto es indeterminado, no se puede establecer certeza alguna a diferencia del incendio (Art. 394 CP) donde, si bien es cierto también hay peligro abstracto, habría una *mayor praesumtio juris et de jure* de la peligrosidad de la acción. En todo caso, las puras actividades son meras desobediencias, incompatibles además con la culpabilidad, por ello según Eckhard Horn:

> Los delitos de peligro abstracto no serían sino modos de delito culposo, que "sólo se diferencian de los restantes tipos culposos porque en ellos no se exige la producción concreta de una lesión del bien jurídico[36].

Sin embargo, en el caso de los delitos de vagos y mendigos –incluso de los homosexuales (Art. 516 CP) y zoofílicos (Art. 517 CP)– el derecho penal ha caído en las trampas del *lombrosianismo* a través de crudas y absurdas formas de penalizar la pobreza y el libre desarrollo de la personalidad. Los delitos de pura actividad responden a manuales de urbanidad y a formas de etiquetamiento social para sostener el orden social de los "normales"; mientras los delitos de peligro abstracto están al rango de las contravenciones y no de los delitos, puesto que no se produce un peligro concreto a un bien jurídico, en ello no se diferencian con los delitos de pura actividad[37]. De esta forma Enrique Bacigalupo sostiene que:

> Como delito de peligro abstracto, el tráfico de drogas se sitúa en una zona en la que se duda del merecimiento de pena o se llega a la conclusión de que sólo es un delito culposo[38].

36 Op. cit. Enrique Bacigalupo, *Derecho*…, p. 227.
37 Ibíd., pp. 223 y 304.
38 Ibíd., p. 228.

No se justifica constitucionalmente la anticipación del derecho penal a situaciones o circunstancias que no pongan en peligro concreto bienes jurídicos. La tipificación de supuestos abstractos le da un giro a la función del derecho penal, desde la lógica ciudadana a la lógica del sistema. Desde hace muchos años algunas tendencias de la dogmática penal se han zafado del control constitucional, dentro de un ordenamiento jurídico penal disonante donde se confrontan dos realidades normativas, la del deber ser y la del ser. El sistema legislativo –legislador del riesgo– es quien inyecta el nuevo catálogo de disvalores y bienes jurídicos penales, y no precisamente con amparo en el derecho constitucional, sino en la dogmática penalizadora, que encuentra como una de sus manifestaciones la de punir lo que todavía no existe[39].

III. El asalto de los "bienes jurídicos colectivos"

¿Cuál es el bien jurídico protegido en la penalización de las drogas? La dogmática penal clásica, que consagra la alianza entre liberalismo y positivismo jurídico, concibió al bien jurídico como un contenido limitativo del poder del Estado[40]. En este contenido lo esencial era el individuo, por ello, los primeros tipos penales en atizarse en los cuerpos codificadores del poder punitivo son la vida, la libertad, el honor y el patrimonio. Se concretiza, formalmente[41], el principio de lesividad al individualizarse el bien jurídico lesionado a través relaciones inter-personales donde el Estado actúa solamente como mediador, lo que sin duda explica la génesis individualista del bien jurídico.

39 Al final Roxin reflexiona sobre el peligro abstracto diciendo que: "De todos modos la ampliación del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprensibles". Op. cit, Claus Roxin, *Derecho*…., p. 60.

40 El concepto de bien jurídico nació como un concepto limitador de la punibilidad y no de expansión de ella. Tal es el caso de German Gebler, gobernador autríaco en territorio suizo en el siglo XIV, quien expuso su sombrero en el suelo e impuso la orden que la población se arrodille cuando camine en frente de él. Sin embargo, Gullermo Tell jamás dobló su rodilla para reverenciar el sombrero, por lo que fue detenido y castigado, no obstante que después encabezara la rebelión Suiza contra Austria. Op. cit., Claus Roxin, *Derecho*…, pp. 55 y 56.

41 Juan Bustos Ramírez, *Control Social y otros cambios. Obras completas*, Volumen IV, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, pp. 161-162.

Esta primera "generación" de bienes jurídicos parte a su vez de su relación con los derechos civiles y políticos, esto es, busca la abstención –libertad negativa– del Estado frente a los ciudadanos –a lo que Marshall lo encerraría dentro del concepto de ciudadanía civil[42]. Los derechos civiles se consolidan políticamente y obtienen tutela penal, sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial –a partir de la *segunda ola de democratización*– el concepto del Estado de Derecho es alcanzado por el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales. El individuo ya no es el único objeto de protección del derecho penal sino también la colectividad[43]; por ello Przeworsky sostiene que el Estado, dentro de un régimen democrático, tiene que cumplir al menos con tres condiciones necesarias:

> 1.- Actuar de acuerdo a la Constitución (en virtud del principio de lesividad);
> 2.- Resolver los conflictos sociales de forma predecible y universal (bienes jurídicos colectivos); y,
> 3.- Garantizar la no violencia arbitraria (principio de legalidad)[44].

En un régimen democrático estas condiciones se traducen en obligaciones del Estado como pactos de no-agresión frente a la ciudadanía. Desde el Estado se comienza a vislumbrar una frontera con la sociedad, pero también, el vehículo que evita desbordar su propio poder[45]. La construcción de ciudadanía resulta de los acontecimientos que el liberalismo engendró para vislumbrar una

42 Thomas Marshall, "Ciudadanía y clase social", en T. H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p 22.

43 Esto influye en las teorías de la pena, en el cambio de la absoluta a la relativa (prevención general).

44 Los paréntesis son míos. Ver Adam Przeworsky, et al. *Democracia sustentable*, Buenos Aires. Paidós, 1998, p. 62.

45 Según Constant, estos son los beneficios de la *libertad de los modernos*. Ver Benjamin Constant, "De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos" en Fernando Vallespín y Rafael del Águila (comps.), *La democracia en sus textos,* Madrid, Alianza Editorial, 1998. Por otra parte, el marxismo ortodoxo nunca estuvo de acuerdo con la construcción de ciudadanía desde el Estado. Por el contrario planteaba la abolición de él a partir de la *dictadura del proletariado*. Con ello se cambia la dominación, de burguesa a proletaria, y se concibe a la ciudadanía finalmente como resultado del proletariado organizado como clase dominante. Cfr. V. I. U. Lenin, *El Estado y la Revolución*, Moscú, Editorial Progreso, 1986, pp. 22 y 138.

comunidad política, basada ahora en término de derechos sociales, de ahí que el problema en el derecho penal se encierra por presentar una forma totalizante de ver la protección de bienes jurídicos desde el Estado, y no como un contenido limitativo de la ciudadanía frente al él. Los ciudadanos son visibles por medio de las instituciones del Estado, las que deberán generar resultados para proteger no sólo sus libertades sino también su bienestar material[46].

Precisamente, la consagración formal de bienes jurídicos individuales está vaciada de un contenido material. El Estado no puede privar a una persona de su derecho a la vida, pero a la vez no hace nada para que ella pueda mantenerla –deficiente prestación de salud pública–; no puede privar del patrimonio a una persona, pero poco hace para que ella lo genere –inestabilidad laboral, subempleo o desempleo. En ello, el maestro Juan Bustos Ramírez logró identificar el carácter *complementario* de los bienes jurídicos colectivos, pues si bien es cierto que no se concretiza directamente la lesividad en el individuo, impidiendo verificar una relación de causalidad o finalidad, también es cierto que derechos como la vida o el patrimonio sólo serían promesas de bienes jurídicos al no brindarles un contenido material, por ello:

> ...los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad con el funcionamiento del sistema social[47].

Existe confusión al momento de clasificar los tipos penales en los delitos tipos, esto es, en el marco del bien jurídico colectivo lesionado. Se entendería que todo lo que afecte a la colectividad subsume al Estado; no obstante, Estado no es sinónimo de sociedad civil o colectividad, pues el orden que busca la colectividad a través del Estado –a través del monopolio de la violencia– no puede fundirse con el orden del Estado en función de sí mismo; de ahí la necesidad de distinguirlos de acuerdo a la siguiente clasificación:

> 1.- De *bienes jurídicos colectivos*, cuando el objeto sea el cumplimiento de los derechos de la sociedad por parte del Estado. Aquí

46 Op. cit., Adam Przeworsky et al., *Democracia*…, p. 71.

47 Op. cit., Juan Bustos Ramírez, *Control*…, p. 167.

> entrarían los delitos contra el medio ambiente y la seguridad pública (salud pública).
> 2.- De *bienes jurídicos institucionales*, cuando el objeto sea el funcionamiento del sistema. Aquí entrarían los delitos contra el orden constitucional, los poderes públicos y la vida democrática; la administración pública y los denominados delitos contra la fé pública.
> 3.- De *bienes jurídicos de control*, cuando el objeto de protección sea la autoridad y el orden institucional del Estado. Aquí entrarían los delitos contra el orden público o la seguridad del Estado[48].

Un entramado de sistemas sociales acorde con la protección de bienes jurídicos colectivos pondría al Estado en posición de garante para su cumplimiento. De este modo, Caro Coria sostiene que:

> ...los bienes colectivos están en función de todos los miembros de la sociedad, es decir al servicio de cada ciudadano, de modo que la expresión "colectivo" excluye toda discriminación, beneficio unilateral o parcialidad en la protección[49].

El derecho penal, no obstante, lejos de complementar el carácter material de los bienes jurídicos individuales, expande su poder punitivo bajo el discurso de protección de los bienes jurídicos colectivos. La expansión del poder punitivo opera sobre la base del *riesgo* que corra la sociedad, como por ejemplo, habría riesgo en las consecuencias o el impacto ambiental por el derrame de tóxicos (Art. 437 ibíd. CP), o en la propagación de una enfermedad peligrosa (Art. 432 CP)[50]. No se pondría en duda la relación de proximidad inmediata del riesgo a la vida por ingerir agua con residuos tóxicos o portar un virus mortal contagioso. Básicamente, se traduce el peligro a los bienes jurídicos individuales por medio de una lesión o peligro colectivo.

La capacidad de producir peligro a un bien jurídico colectivo dependerá de la calificación de la acción u omisión del agente en el plano de la graduación

48 Ibíd., p. 169.

49 Dino Carlos Caro Coria, ""Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos", en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Ara editores, 2005, p. 46.

50 Éste último bajo el supuesto del dolo y no la culpa.

del dolo o la culpa. De esta forma, si el derrame de un tóxico se produce con el fin de causar la extinción de especies naturales[51], o para producir la muerte de personas por contaminación, indudablemente habría dolo. Por el contrario, si el derrame se produce por negligencia o imprudencia habría culpa. A su vez, la culpa punible puede dividirse en: i) *Culpa consciente* o temeraria, cuando se prevé la realización del resultado[52]; y, ii) *Culpa inconsciente* o no temeraria, cuando no se prevé la realización del resultado; por ejemplo, olvidar en una cirugía las tijeras –omisión impropia– dentro de la cavidad torácica de un paciente, quien después de ello fallece por escepticemia. Aquello podría ser culpa consciente o inconsciente según la distribución de los roles al momento de la intervención quirúrgica: cirujano principal; primero, segundo o tercer ayudante; instrumentista; anestesiólogo; y, circulante. Si bien la posición de garante se deposita –mediante el consentimiento informado– en el médico cirujano tratante, la culpa podría ser del instrumentista al momento de la cirugía.

Ahora bien, generalmente en los delitos donde se lesionan bienes jurídicos colectivos se confunde la culpa con el dolo. Así, no guardar reposo voluntario cuando se padece influenza AH1N1 podría ser considerado como delito, o el incendio por falta de mantenimiento (Art. 394 CP). En cualquier caso el actuar podría ser contravencional, lo cual obedece en gran medida a que el derecho penal –bajo la *ley de la causalidad natural*– se usa como un manual de urbanidad, y no para limitar o contener el poder punitivo del Estado.

En mayo de 1981 –caso aceite de colza– se descubrió una epidemia en la población de Madrid y Torrejón de Ardoz que, trasmitida por las vías respiratorias, provocó más de trescientas treinta muertes por neumonía intersticial y otras quince mil afecciones en personas, lográndose establecer después que su origen fué el consumo humano de aceite de colza (2% de anilina). A fines de los años 50 e inicios de los 60 –caso talidomida– se produjo en Alemania más de diez mil casos de abortos y deformaciones en recién nacidos,

51 La Constitución de la República consagra expresamente los derechos de la naturaleza desde el Art. 71 hasta el 74.

52 En este dilema se confunde el dolo eventual con la culpa consciente. Se entiende por dolo eventual quien obra: *"habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso de que se realice"*. Ver Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal. Parte General,* Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8va. ed., 2005, p. 317.

atribuidos al consumo de píldoras tranquilizantes, cuyo compuesto principal era la talidomida. En cualquiera de estos casos, la legislación penal española y alemana se encontraba desprovista para imputar a las corporaciones o empresas que estaban detrás de estos negocios, pero que sin duda produjo un daño y un emergente riesgo colectivo[53].

Esto provocó la emergencia de un nuevo derecho: el del riesgo. Sin duda, los casos citados se traducen en implicaciones a la vida a través de la salud pública –como bien jurídico complementario– por medio del derecho de los consumidores. Se previó entonces el resguardo de la salud pública a través del derecho penal[54], sobre todo cuando exista riesgo de muerte en la población bajo el actuar concreto de una persona o corporación en el mercado. Se comienza a estructurar una dogmática penal que responda a situaciones de peligro más que a lesiones, además, que defienda los intereses *difundido*s o difusos como el medio ambiente o la calidad de vida del consumidor[55].

Se trata de la tutela penal de los derechos colectivos o difusos –mal denominamos de tercera generación–, en donde el Estado se presenta a través de procesos económicos o *socioeconómicos* que afecten las relaciones del consumidor[56]. Visto así, la activación del sistema penal valdría para proteger los bienes jurídicos colectivos –salud pública o medio ambiente–, no obstante que el discurso de protección de la sociedad a través del derecho penal es retomado desde

53 En el Ecuador podría decirse que la sociedad de riesgo se instituye a partir de los constantes incendios que padeció la ciudad de Guayaquil a través de su historia. *"De hecho, es usual concebir al delito de incendio como un tipo de peligro abstracto. No se puede decir que sea una hipótesis criminal nueva, ni que se conecte con riesgos propios de la sociedad de hoy"*, Tatiana Vargas Pinto, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, p. 24.

54 El Art. 376 del código penal de Colombia, dentro de los "Delitos contra la salud pública", expresa que: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigente"

55 Op. cit. Juan Bustos Ramírez, *Control…*, pp. 159 y 171. Sobre el interés difuso ver Sgubbi citado por Op. cit. Dino Carlos Caro Coria, "La sociedad…", pp. 52 y 55. Cabe destacar que para Caro Coria se debe desterrar el concepto de intereses difusos del derecho penal, Ibíd.. p. 56.

56 Sobre la influencia de los procesos socioeconómicos en el derecho penal ver Klaus Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 9.

otro sector de la defensa del sistema, el que desplaza el juicio de reproche colectivo hacia la protección de bienes jurídicos institucionales –como la corrupción o la falta de eficiencia de la administración pública. Para Lolita Aniyar de Castro aquello responde al desplazamiento de lo social o personal hacia problemas que encuentran su explicación en el decisionismo político, de ahí que la corrupción –mal funcionamiento de lo institucional–, además de ser un fenómeno polisémico, se convierte en un concepto red por el que:

> …pueden caer en el mismo saco la mafia, el narcotráfico, el delito organizado, el tráfico de armas, la destrucción ecológica, el delito económico, el delito corporativo, el tráfico de personas, el contrabando, muchos delitos internacionales y el lavado de dinero[57].

El derecho penal no se fundamenta en la protección ciudadana, sino en la protección a las instituciones Estado. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial –agencias de balance–, así como las superintendencias, contralorías, procuradurías, fiscalías u ombudsmenn –agencias de asignación[58]– construyen ciudadanía desde el discurso del castigo a la corrupción –*punishment*–, pero también, desde el discurso de la seguridad del Estado. Los problemas o conflictos sociales traspasan la esfera de la individualidad o de las relaciones interpersonales para convertirse en conflictos colectivos, no vistos desde la sociedad civil sino desde el Estado. De esta manera se observa cómo se triangulan los bienes jurídicos colectivos, institucionales y de control en uno sólo para enfocar un mismo problema. Así, el problema de las drogas es tratado desde el enfoque de peligro a los bienes jurídicos colectivos a través del discurso de la salud pública, desde el enfoque de peligro a los bienes jurídicos institucionales a través del discurso de la lucha contra la corrupción; y, desde el enfoque de peligro a los bienes jurídicos de control a través del discurso de la seguridad del Estado.

57 Lolita Aniyar de Castro, "Sobre la corrupción, o: de la desesperación como motivo", en *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI, volumen de homenaje al profesor Dr. Pedro R. David en su 72 aniversario,* Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 52.

58 Cfr. Guillermo O´Donnell, "Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones", en Enrique Perruzotti y Catalina Smulovitz (ed.), *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas,* Buenos Aires, editorial Temas, 2002, pp. 87-101.

Lamentablemente el problema del consumo, tenencia o distribución de las drogas en la dogmática penal dejó de ser percibido como una situación que, en el caso extremo, atentó a los bienes jurídicos colectivos. Los bienes jurídicos colectivos fueron desfigurados por los bienes jurídicos de control bajo la ruta: salud pública –seguridad pública– seguridad del Estado; de ahí que el problema de las drogas se haya articulado y sostenido en las instituciones de seguridad del Estado –ejército y policía–, desplazando las políticas públicas de salud y, por el contrario, endureciendo las penas a través de leyes especiales por fuera del código penal. Tal es el caso del Perú, donde el delito de tráfico ilícito de drogas o de narcoterrorismo –Ley No. 26223 del 13 de agosto de 1993– impone como pena nada menos que la cadena perpetua.

Al ser concebido el fenómeno de las drogas como un problema de seguridad del Estado, la situación de riesgo es mucho mayor. La lógica de la seguridad del Estado tendrá mayor peso respecto de las políticas de seguridad ciudadana, esto es, la legislación, presupuesto y toma de decisiones será preferente. Cabe entonces preguntarse si: ¿se justifica sobre una persona 16 años de encierro por traficar con drogas? La respuesta en el marco de los bienes jurídicos colectivos sería negativa, no obstante, la elevada pena se "justifica" en razón de no tratarse ahora de una puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos, sino, de bienes jurídicos de control –seguridad del Estado. De esta forma se encuentra una desproporcionada penalización en la región frente a los demás delitos, asumiendo que en el Ecuador este no es un fenómeno que pasa desapercibido, por ejemplo:

Acto punible	Pena	Acto punible	Pena
Tráfico ilícito (Art. 60 LSEP)	De 12 a 16 años, con acumulación de hasta 25 años (Art. 87 LSEP)	Actos de terrorismo (Art. 160 CP)	De 4 a 8 años
Transporte (Art. 61 LSEP)	De 12 a 16 años, con acumulación de hasta 25 años (Art. 87 LSEP)	Secuestro express (Art. 552.1 CP)	De 3 a 6 años
Tenencia y posesión ilícita (Art. 62 LSEP)	De 12 a 16 años, con acumulación de hasta 25 años (Art. 87 LSEP)	Homicidio simple (Art. 449 CP)	De 8 a 12 años

Esta es la genealogía que desembocó en 1991 con la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (LSEP). El principio de legalidad es desbordado del código penal con una tipificación especial, procedimientos y penas que son regulados bajo la óptica seguritaria, esto es, de peligro a los bienes jurídicos de control, pues al hablar de drogas ya no se trataría de un problema de salud pública sino de seguridad del Estado. Se produce un asalto por parte de los bienes jurídicos de control hacia los bienes jurídicos colectivos, en ausencia absoluta de la lesividad de personas de carne y hueso[59].

IV. La ampliación de las formas de participación

¿Es extensiva la autoría en los delitos de drogas? Es una constante que el papel protagonista en la autoría y participación en los delitos de drogas no sólo responda a formas típicas. El sentido común indica que la pena del autor no

59 Op, cit. Luigi Ferrajoli, *Derecho…,* p. 478. En este sentido Caro Coria sostiene que: *"Si el Derecho penal se constituye en un apéndice del Derecho administrativo se vaciaría nuevamente de contenido material al bien jurídico, para alimentarlo con un formalismo de tinte funcionalista",* Op. cit. Dino Carlos Caro Coria, "La sociedad…", p. 46. Cfr. Op. cit. Juan Bustos Ramírez, Control social…, p. 70.

será menor a la de los partícipes, –excepto las circunstancias de incomunicabilidad– de ahí que la atenuación de la pena responderá al grado de intervención, colaboración o cooperación en cualquier forma de realización típica. Se trata de un principio que ha sufrido muchos embates en las legislaciones penales de América Latina, que en el caso del Ecuador ha llevado a mantener incluso la figura del "encubridor" (Art. 44 CP), haciendo que la pena de éste sea la sombra de la del autor.

Se identifican básicamente tres formas de autoría: la individual, la coautoría y la autoría mediata. La primera es llevada a cabo por quien realiza la acción o hecho punible por sí solo; la segunda, por quienes actúan conjuntamente en la división criminal del trabajo; y, la tercera, por quienes se sirven de otras personas como instrumento. A simple vista el problema dogmático-penal estaría resuelto; no obstante, el grado de complejidad en que se desenvuelve la realización de los delitos de drogas no es del todo sencillo, donde la violación del derecho –tanto por jueces como por fiscales y policías– puede reflejar crudas formas de desigualdad social bajo el marco de un derecho penal autoritario.

Esto desnuda el entramado de quienes ejecutan la acción típica, es decir, de descubrir las nuevas formas de criminalidad, que según Ferrajoli –y a diferencia de la criminalidad ordinaria o común–, responden a tres formas de criminalidad del poder u organizada: i) la de los poderes abiertamente criminales; ii) la de los crímenes de los grandes poderes económicos; y, iii) la de los crímenes de los poderes públicos[60]. Por ahora me detendré en la primera, que comprende a aquella cuya amplísima y compleja organización ha puesto a algunos Estados de rodillas –tal como los casos de Colombia en los 80´s y México de ahora. Me refiero exclusivamente a fenómenos criminales que instrumentalizan la miseria, pero que sin duda se atizan desde la institucionalidad y en una rezagada dogmática penal.

Y es que una tercera parte de nuestras cárceles arroja al menos dos factores[61]: por una parte, la de una cifra temática de tipos penales; y, por otra,

60 Luigi Ferrajoli, "Criminalidad y globalización", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Globalización y Derecho,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, serie justicia y derechos humanos "Neoconstitucionalismo y sociedad", 2009, p. 148.

61 Censo penitenciario, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, julio de 2008.

la de un claro componente de clase. La especialísima persecución penal en materia de drogas ha institucionalizado una fiscalía y policía de antinarcóticos que colabora en alianza con las fuerzas armadas, como amalgama entre lo policial y militar, que en el Ecuador opera a través de la Dirección Nacional de Antinarcóticos (DNA). El encarcelamiento por drogas no es tan selectivo –como todo el derecho penal– que en la comisión de cualquier delito, pues la mayoría de las personas apresadas pertenecen a los sectores oprimidos de la sociedad. Se trata sin duda de un control que se salió de control, etiquetando simplemente a los más débiles.

Esto lo digo no sólo como un dato criminológico, sino también como la manifestación una dogmática que prepara previamente el terreno para ello, veámoslo. Uno de los presupuestos subjetivos de la autoría, basada en la voluntad del partícipe, es aquella que se denomina como la de la *dominabilidad del hecho,* que permite distinguir la realización típica de la infracción del deber[62] –como el caso de la omisión impropia–; por ende, quien puede dominar el hecho o acción punible es considerado como autor. Esto ha llevado a grandes elucubraciones dogmáticas que van desde creer que el autor bajo ciertos casos no puede dominar el hecho, como aquellas que traslapan todo el peso de la responsabilidad al instrumento. Siendo así, habrá casos en que se rebasa el mandato del autor mediato, como aquel en el que el instrumento inteligenciado para sólo lesionar a otra persona no obstante la asesina; pues sin duda la función de evitar el hecho de matar no se reflejó en el autor mediato, sino en el instrumento. Es un claro ejemplo que denota el no necesario dominio del hecho en el autor, como viceversa.

Sin embargo, el principio de culpabilidad poco o nada opera al momento de hacer este distingo en el instrumento. El instrumento, es decir, la persona de la que se sirve otra –autor mediato– para cometer un delito, es llevado como autor ante los tribunales de justicia, ampliándose por lo tanto el concepto de autor sobre éste. A decir de esto Bacigalupo ofrece seis supuestos de autoría mediata[63]:

62 Aquello lo propuso Roxin en 1963. Por otra parte, existen tres formas de dominio del hecho en Jakobs: el dominio formal, vinculado a la realización personal de la acción típica; el dominio material, como dominio de la decisión; y, el dominio como dominio configurador. Op cit. Enrique Bacigalupo, *Derecho…,* p. 468.

63 Ibíd., pp. 476-479.

1. El instrumento que obra sin dolo, cuando actúa con desconocimiento, sea por error o ignorancia, de las circunstancias del tipo, por ejemplo: el taxista que es contratado para hacer una carrera con tres pasajeros cuando uno de ellos está siendo plagiado o secuestrado.
2. El instrumento que obra coaccionado, que siempre actúa con dolo pero que es persuadido o inducido por las amenazas de otro para la realización de la acción típica.
3. El instrumento incapaz para motivarse conforme a la norma, tal como los casos de inimputablidad o error de prohibición, siempre y cuando ésta sea invencible.
4. El instrumento que obra atípicamente, es decir por error de tipo, como cuando A ofrece una pastilla a B haciéndole creer que no le causará ningún daño a su organismo, a pesar que su composición contiene cianuro.
5. El instrumento que actúa conforme a derecho, como el juez que sin darse cuenta hace valer la producción de una prueba falsa en juicio, estableciendo por medio de ella la responsabilidad del acusado.
6. El instrumento que obra dentro de un aparato del poder, al que sencillamente se le puede denominar como un instrumento del poder. En este caso el sujeto forma parte de una organización de poder, sea a través del Estado para cometer desapariciones forzadas de personas; de grandes empresas trasnacionales extractivistas que esquilman los recursos naturales de pueblos enteros; y, de complejos grupos organizados como los que trafican con armas o narcóticos.

Este último supuesto no responde en sí a una clasificación, sino, a un elemento que se puede conectar con los otros cinco supuestos. Así, habrá instrumentos coaccionados que por su actuar típico formarán parte de un aparato de poder, e incluso de autores mediatos que sin embargo de pertenecer a un aparato de poder usarán como instrumentos a personas que subjetivamente obrarán sin dolo. Y es que, ¿acaso esta no es la constante de las personas aprehendidas por los delitos de drogas? Aquello no es más entonces que un llamado de atención a la administración de justicia, que urge de hilar más fino en la determinación y graduación de la autoría y participación en los delitos de drogas.

Pero, ¿cómo se puede hilar fino con una ley que desconoce las formas de autoría y participación? La ley 108 –ley de sustancias estupefacientes y

psicotrópicas–, normativa especial que regula la punibilidad en materia de narcóticos, introduce un catálogo de delitos (Art. 57 al 84 LSEP) que en su parte dogmática requiere del auxilio del anacrónico código penal ecuatoriano. A su vez, la parte general del código penal le niega al instrumento de existencia jurídico-penal, por lo tanto es considerado como autor. Al desconocer la categoría de instrumento, los elementos de la autoría le son atribuidos sin ni siquiera aparecer dentro de las causas de menor punibilidad o atenuantes; por el contrario, serán las causas de mayor punibilidad las que agravarán su pena dentro del tratamiento de autor (Art. 30.1 CP).

En los delitos de drogas es común la figura del *agente provocador* (agente encubierto). Se define a éste como aquel que induce a otro a la comisión de un delito, con la especialísima característica de no buscar la consumación sino la tentativa. Llevado al plano de la lesividad sería como pretender no buscar la realización de la lesión en el inducido, sino solo el peligro e incluso su perturbación; además, la inducción del agente provocador no será punible mientras la acción del inductor no se consume. Tal es el caso de la inducción a una persona para que ingrese por una frontera un cargamento de narcóticos prohibidos[64], denunciándola más adelante con el fin de distraer la mirada de la policía hacia otros cargamentos, pretendiendo de sí los aplausos de un derecho penal premial[65].

Empero, las fronteras entre la autoría mediata y la inducción son muy delgadas. Ésta última no tiene dominio del hecho en el inductor sino en el inducido, por ende la función de evitar el resultado típico es exclusiva de aquel, pues el inductor sólo opera como el espíritu que persuade a otro a cometer un delito. Vaga diferencia respecto de la autoría mediata, donde la dominación del instrumento o inducido es técnicamente la misma, aunque el dominio del hecho le brinde la forma de autoría, pues:

64 La obtención de información en la detención de estas personas es muy complicada. Revelar la fuente podría ser una sentencia de muerte, por ello Del Olmo sostenía que: *"…sin embargo resulta muy cuestionable cuando esta de por medio la rebaja de una larga condena e incluso la posible libertad".* Rosa del Olmo, "Para definir el tráfico y consumo de drogas. Reflexiones iniciales", en Juan Pegoraro (dir.), *Delito y sociedad,* Buenos Aires año 3, No. 4/5 volumen doble, del segundo semestre de 1993 al primero de 1994, p. 131.

65 Sobre la traición a las "mulas" ver Elías Neuman, *Los que viven del delito y lo otros. Los delincuentes como industria,* Bogotá, Temis, 3ra. ed, 2005, p. 179 y siguientes.

> El dominio del hecho se manifiesta también cuando el partícipe domina la voluntad de otro, que realiza la acción típica (los que realizan el hecho sirviéndose de otro que actúa como instrumento)[66].

Las nuevas formas de criminalidad del poder, como fenómeno criminal que presenta la globalización, se ocultan en la marginalidad para presentarse como autores. Aquí nace el código lícito/ilícito que se enfrenta a su vez con el código legal/ilegal de la cuestión criminal, que sin embargo es cooptado por el sector hegemónico de la globalización, es decir, por aquel que tiene el "monopolio moral de la honestidad"[67]. Por tanto, habrán conductas que pese a ser ilegales son lícitas, como la venta informal –y a veces formal– en las calles de piratería o de droga, pues la demanda de usuarios –"consumidores"– activa un mercado que cada vez deja de ser subterráneo. No se trata de hacer apología del narcotráfico, pues entre éste y el consumo lo divide tajantemente el crimen organizado que penetra en las instituciones del Estado. El efecto de producir menores resultados en la venta de drogas para el consumo –cuando es repotenciado por el sistema penal bajo formas que calan en la protección de la seguridad del Estado– es precisamente el contrario. Entre el diseño normativo que criminaliza las drogas y la praxis del sistema penal se encarcela sencillamente al instrumento y al consumidor.

Basta con recordar que la ley 108 no contiene una clara diferencia de roles en la cadena de actores del narcotráfico, ni tampoco una tabla de dosis para el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Cualquier ciudadano consumidor puede ser autor de tráfico ilícito, transporte, tenencia y posesión de estupefacientes, violándose por doble partida el Estado de derecho al penalizar el espacio público mediante tipos penales abiertos que transgreden principios como el de legalidad, ofensividad, culpabilidad, y ahora también el del libre desarrollo de la personalidad. Por esta razón Beck sostiene que:

> La lucha por definir la culpa y la responsabilidad de los riesgos que bulle en determinados conflictos sociales no es una necesidad antropológica…Cier-

66 Op. cit. Enrique Bacigalupo, *Derecho…,* p. 467.

67 Gustavo Lins Ribeiro, *La globalización popular: el sistema mundial no hegemónico,* documento presentado para el L Aniversario de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, octubre de 2007, p. 5.

> tamente en épocas premodernas también había peligros a los que se intentaba buscar culpables, pero básicamente se consideraban "azotes del destino" que abatían desde "fuera" sobre los seres humanos y que había que atribuir a dioses, demonios o a la naturaleza, todos ellos agentes "externos"[68].

México ha formulado una reforma que de alguna manera trata de paliar esto. En su reforma a la ley general de salud, código penal federal y código federal de procedimientos penales, se establece la diferencia entre narcomayoreo y narcomenudeo, y además, se presenta una tabla de dosis máxima de consumo personal que permite el consumo de hasta 5 gramos de marihuana o de 500 miligramos de cocaína[69]. En Argentina, mediante un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se declaró la inconstitucionalidad de una de las disposiciones del Art. 14 de la ley 23.737 que incrimina la tenencia de estupefacientes para el uso personal. Siguiendo esta línea uno de sus votos sostuvo lo siguiente:

> Que los maestros del siglo XIX nos recuerdan los muchos siglos de confusión y los torrentes de sangre que corrieron para llegar a esta conquista de la modernidad [la diferencia entre la moral y el derecho], tan despreocupadamente desaparecida en nuestros días por opiniones irreflexivas teñidas de *posmodernismo* con raro aroma a *premodernismo,* y con base en situaciones y necesidades, pretendidamente diferentes, pasando por alto que siempre fueron supuestas nuevas urgencias con pretextos legitimantes de todos los crímenes cometidos por los estados, cuando se les otorgó la posibilidad de desconocer la condición de ente moral como esencia de la persona (corchetes míos)[70].

La ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es inconstitucional. La construcción de su autoría y participación se extiende a la subjetividad del individuo, ampliando la penalización que reprime a las personas no por lo que hacen sino por lo que son. Esto sin duda es derecho penal de autor, que

68 Op. cit. Ulrich Beck, *La sociedad…,* pp. 23-24.

69 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley general de salud, código penal federal y código federal de procedimientos penales, México D.F., 10 de agosto de 2009.

70 Fallo Arriola, Sebastián y otros, causa No. 9080, voto E. Raúl Zaffaroni, acápite 19, p. 70.

ubica la personalidad de los usuarios en la esfera penal, generando una institucionalidad que en axioma combate a las mafias pero que en la praxis impone lecciones de moralidad, llenando las cárceles de instrumentos y los manicomios de consumidores –inocuizados sanitaristamente–, como manifestación del desborde del estado de policía en las formas de participación criminal.

V. Reflexión final: de la sociedad del riesgo al derecho penal del enemigo

La sociedad del riesgo reflejada en la dogmática penal de las drogas permite la construcción de un derecho penal sin frenos. Para Jakobs sin embargo el derecho penal confirma la identidad social, pues éste se constituye en la "tarjeta de presentación de la sociedad"[71]. Siendo así, el derecho penal de riesgo actúa como el núcleo asegurador de la sociedad, sin el cual aquella sencillamente desaparecería. Esta posición exalta el *deber ser* visto exclusivamente desde la norma, en otras palabras la sociedad existe desde la norma penal. De esta forma se construye al sujeto como una abstracción normativa, pues:

> Los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que debe ser desde el punto de vista del Derecho: como personas[72].

La categoría persona deviene de la cualificación que se prepara desde la norma. Por ende, los sujetos se convierten en nodos comunicativos cuyo rol se expresa en el comportamiento del "buen ciudadano". Los sujetos que rompen con la comunicación y se comportan como "malos ciudadanos" son, para el derecho penal funcionalista, sencillamente no-personas, pues al no reconocer el delincuente las comunicaciones perturba el efecto generalizante del derecho[73]. Así, las personas son tales porque devienen de la construcción de personas de derecho. Aquella lectura del derecho penal responde a la lógica de construir confianza social en la globalización, por ello, los males que ésta

71 Op. cit., Günther Jakobs, *Sociedad…*, pp. 11 y 14.
72 Ibíd., p. 37.
73 Ibíd., 49.

presente son llevados al plano del riesgo. De esta forma, frente a la emergencia de asegurar a la sociedad de los peligros del terrorismo y narcotráfico internacional, Jesús María Silva Sánchez plantea un *derecho penal de tercera velocidad,* como respuesta a la constante amenaza de grupos u organizaciones a las occidentales formas de convivencia social[74].

Esta línea lo que hace es secundar la tesis de Jakobs sobre la existencia de un derecho penal del enemigo. El enemigo ubicado en el plano del peligro debe ser contenido por métodos y criterios que van por fuera del Estado de derecho, como ser promovido a testigos de identificación reservada, jueces sin rostro, legislaciones procesales de excepción, sistemas penitenciarios de máxima seguridad, negación de garantías procesales y penitenciaras etc. ¿Acaso esta no es la constante en los delitos de drogas? Precisamente, cuando se planteó la cuestión de encontrar la lesividad en los delitos de peligro abstracto, las respuestas que rodearon dieron cuenta que esta apreciación jurídico-penal es sencillamente inconstitucional. Ningún delito de peligro abstracto va a encontrar amparo en un bien jurídico consagrado en la Constitución; por el contrario, afianzan su penalización en el control de la moral de los ciudadanos. El enemigo es el "mal ciudadano" que con sus costumbres, hábitos o personalidad desafecta los mandatos de la norma, por ello se dice que:

> El paso del "mal ciudadano" al "enemigo" se determina progresivamente mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad en delinquir y, por último, a través también de las asociaciones y organizaciones criminales o terroristas verdaderas[75].

La lógica securitaria aborda la concepción misma del bien jurídico. Esta corriente genera en las instituciones del Estado, y también en la sociedad, la percepción de que el problema de las drogas es un tema de seguridad del Estado, por ende, que la aplicación de un derecho penal sin garantías es plenamente justificable[76]. Aquello es parte de la "economía del miedo" que se

74 Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal,* Madrid, Civitas, 2001, pp. 183-188.

75 Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad,* Quito, FLACSO-Ecuador, 2009, p. 179.

76 Por otra parte: *"...la protección de la seguridad "a toda costa" puede llevar a la falta de seguridad, por la imposibilidad de dar respuesta a los problemas realmente penales".* Op cit., Tatiana Vargas Pinto,

enriquece con la crisis de nervios general, donde *"El ciudadano, desconfiado y receloso, agradece que se le escanee, radiografíe, registre e interrogue en pro de su "seguridad"* [77]. Así, el derecho penal del enemigo se presenta también como un derecho penal hostil, de "guerra contra las drogas", que no es más que la guerra contra los ciudadanos, donde el enemigo es introducido en el derecho ordinario dentro de la dialéctica de ciudadanos Vs. delincuentes, por ello Zaffaroni dice que:

> La introducción del *enemigo* en el derecho ordinario (no propiamente bélico o de guerra) de un estado de derecho, lo destruye, porque *borra los límites del derecho penal invocando la guerra, y los del derecho humanitario invocando la criminalidad* [78].

La Constitución de la República consagra a las adicciones como un problema de salud pública (Art. 364), por ende, que: *"En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales".* No obstante, el derecho penal de excepción ha hecho caso omiso a este mandato. La sordidez de una teoría de autoría y participación en la ley 108, sumada a la obsoleta dogmática de nuestro código penal, ha hecho que el sistema penal de drogas dirija todo su arsenal bélico contra los más débiles. Esta persecución es dimensionada administrativamente mediante las agencias del poder ejecutivo encargadas de establecer el "paradigma" de drogas a seguir bajo formas de legalismos éticos[79]. Por tanto, no se trata de la cuestión material de cometer un delito de drogas, sino de ser y parecer delincuente –como síndrome de inferioridad creado por los normales[80]. Por ello, sabiamente Juan Bustos Ramírez decía que:

> La especial gravedad atribuida al problema del consumo y tráfico de ciertas drogas ilícitas, la difusidad que discursivamente se da del bien jurídico protegido y su vinculación al orden público y a la seguridad del Estado, más que

Delitos de peligro abstracto..., p. 32.

77 Op. cit., Ulrich Beck, *La sociedad…,* p. 26.

78 E. Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal,* Bogotá, Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 226.

79 Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho…,* p. 471.

80 E. Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 49.

> a las personas y la salud pública…ha llevado a la aceptación de prácticas policiales especiales…y el desarrollo de un derecho penal que asume definiciones normativas especialmente excepcionales que permiten la suspensión de garantías procesales y la afección al debido proceso[81].

La guerra contra las drogas es la guerra contra los ciudadanos, contra su libre desarrollo y elección de vida[82], donde el derecho penal tiene que presentar una urgente retirada. El único peligro jurídico que corre la humanidad es aquel que precisamente proviene de la expansión del derecho penal. El peligro no existe, por lo tanto hay que poner a salvo el código penal de la legislación del riesgo, pues o hacemos que la Constitución se convierta en el estricto marco de referencia del derecho penal, o nos dejamos absorber por la dogmática penalizadora de las drogas…

VI. Bibliografía

Aniyar de Castro, Lolita, "Sobre la corrupción, o: de la desesperación como motivo", en *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI, volumen de homenaje al profesor Dr. Pedro R. David en su 72 aniversario,* Buenos Aires, Depalma, 2001

Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General,* Lima, Ara Editores, 2004

Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida,* Barcelona, Paidós, 2008

Berger, Peter y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad,* Madrid, Amorrortu editores, 2005

Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y otros cambios. Obras completas,* Volumen IV y V, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008

Caro Coria, Dino Carlos, ""Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos", en *Estudios de Derecho Penal,* Lima, Ara editores, 2005

81 Juan Bustos Ramírez, *Control social y otros cambios,* Volumen V, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, pp. 590-591.

82 *Como sostiene Carlos Gaviria: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno se lo dice el Estado".* Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías constitucionales,* Colombia, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 16.

Christie, Nils, "El delito no existe", en E*studios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005

Constant, Benjamin, "De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos", en Fernando Vallespín y Rafael del Águila (comps.), *La democracia en sus textos,* Madrid, Alianza Editorial, 1998.

Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal. Parte General,* Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8va. ed., 2005

Del Olmo, Rosa, "Para definir el tráfico y consumo de drogas. Reflexiones iniciales", en Juan Pegoraro (dir.), *Delito y sociedad,* Buenos Aires año 3, No. 4/5 volumen doble, del segundo semestre de 1993 al primero de 1994

Ferrajoli, Luigi, "Criminalidad y globalización", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Globalización y Derecho,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, serie justicia y derechos humanos "Neoconstitucionalismo y sociedad", 2009

———, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 2001

García Amado, Juan Antonio, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006

Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías constitucionales,* Colombia, Fondo de Cultura Económica, 2002

Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003

Hulsman, Louk, "El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas", en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado,* No. 1, Rosario, Editorial Juris, 1993

Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General,* Madrid, Marcial Pons, 1997

———, *Sociedad, norma y persona,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996

Lenin, V. I. U., *El Estado y la Revolución,* Moscú, Editorial Progreso, 1986

Lins Ribeiro, Gustavo, *La globalización popular: el sistema mundial no hegemónico,* documento presentado para el L Aniversario de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, octubre de 2007

Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general,* Barcelona, Anthropos, 1998

Marshall, Thomas, "Ciudadanía y clase social", en T. H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social,* Madrid, Alianza Editorial, 2007

Mir Puig, Santiago, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006

Neuman, Elías, L*os que viven del delito y lo otros. Los delincuentes como industria,* Bogotá, Temis, 3ra. ed,, 2005

O´Donnell, Guillermo, "Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones", en Enrique Perruzotti y Catalina Smulovitz (ed.), *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas,* Buenos Aires, editorial Temas, 2002

Parma Carlos, *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI,* Mendoza, Ediciones jurídica Cuyo, 2da. reimp., 2004

Pavarini, Massimo, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad,* Quito, FLACSO-Ecuador, 2009

Peñaranda Ramos, Enrique, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006

Portilla Contreras, Guillermo, "Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006

Prieto Sanchís, Luis, "Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006

Przeworsky, Adam, et al. *Democracia sustentable,* Buenos Aires. Paidós, 1998

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Tomo I, Madrid, Civitas, 1era. ed., 1997

Schmitt Carl, *El concepto de lo político,* México, Folios, 1985
Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal,* Madrid, Civitas, 2001
Tiedemann, Klaus, *Poder económico y delito,* Barcelona, Ariel, 1985
Tocora, Fernando, *Principios penales sustantivos,* Bogotá, Temis, 2002
Vargas Pinto,Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante,* Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007
Zaffaroni, E. Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, Ediar, 2007
———, *El enemigo en el derecho penal,* Bogotá, Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibáñez, 2006

Bibliografía audiovisual y virtual

Spielberg, Steven, *Minority Report,* 145 minutos, Estados Unidos de América, 21 de junio de 2002
www.geocities.com

Bibliografía cuantitativa

Censo penitenciario, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, julio de 2008

Bibliografía normativa

Código Penal de Colombia
Código Penal del Ecuador
Constitución de la República del Ecuador
Corte Suprema de la Nación Argentina, fallo Arriola, Sebastián y otros, causa No. 9080
Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley general de salud, código penal federal y código federal de procedimientos penales, México D.F., 10 de agosto de 2009

Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios del Ecuador
Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del Ecuador (ley 108)
Ley No. 26223 del Perú.

Legislación Antidrogas: ¿Una Amenaza para el Estado de Derecho?*

Diego Camaño Viera

Sumario:

I. Introducción. **II.** La política criminal en materia de estupefacientes. **2.1.** Los "dos momentos" de la política criminal. **III.** Breve síntesis histórica de la legislación nacional. **IV.** La legislación vigente. **4.1.** El bien jurídico "salud pública". **4.2.** Análisis de los principales tipos penales. **4.2.1.** Las figuras "tradicionales". **4.2.2.** Los nuevos tipos penales. **4.3.** Régimen de agravantes. **4.4.** El procedimiento de incautación. **V.** La coacción directa del art. 40. **VI.** Inconsistencias técnicas e incongruencias discursivas de la represión penal. **VII.** Estado de Derecho y sistema penal. **VIII.** Tesis: la legislación antidrogas como amenaza para el Estado de Derecho. **IX.** *Excursus:* ¿legalización de las drogas? **X.** Bibliografía.

I. Introducción

Nos proponemos un doble objetivo: por un lado identificar los principales rasgos de nuestra legislación en materia de estupefacientes, y por el otro, confrontar dicha legislación con el modelo de derecho penal que surge de la

* Publicado en Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires, Argentina, *www.pensamiento penal.com.ar*

Constitución. Ello nos permitirá determinar si la actual legislación penal en materia de estupefacientes es, o no, una amenaza para el Estado de Derecho.

El primer eje temático se abordará a partir de una somera historia de nuestra legislación represiva, que a su vez debe enmarcarse en el contexto más general de la política criminal internacional en relación con los estupefacientes. Ello se debe a que resulta imposible poder comprender cabalmente el estado actual de nuestra legislación sin tener en cuenta los dos grandes momentos que, en el ámbito internacional, vienen pautados por las Convenciones de Viena de 1961 y Nueva York de 1971 por un lado, y la Convención de Viena de 1988 por el otro. Mientras que el primer momento es el de la tipificación de las figuras que denominaremos "tradicionales", en el segundo se busca abarcar todo el llamado "ciclo de la droga", poniendo énfasis en el fenómeno del narcotráfico y el lavado de dinero e introduciendo novedosos instrumentos penales (sustanciales y procesales).

Mientras ese primer eje será predominantemente descriptivo, el segundo, en cambio, será más bien valorativo, ya que se intentará plantear cuáles son los desafíos de una legislación penal que pretenda adecuarse (al menos en forma gradual) al modelo de Estado de Derecho que surge de nuestra Constitución, haciendo hincapié en el consumo de drogas como un derecho humano fundamental (arts. 7 y 10 Constitución).

Ambos ejes se conectan a través de un capítulo dedicado a las incongruencias discursivas e inconsistencias técnicas a las que conduce la desmedida utilización de la ley como instrumento represivo.

En definitiva, se intentará demostrar la tesis de que *el verdadero desafío en la materia es el de la progresiva despenalización*, con miras a una total abolición del control jurídico–penal en materia de estupefacientes, teniendo como punto de mira la protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

II. La política criminal en materia de estupefacientes

No es posible comprender adecuadamente la legislación nacional si no es con relación a la dimensión internacional de la normativa antidrogas, ya que es aquí donde se definen los principales lineamientos de la intervención punitiva.

A principios del siglo XX comienzan a surgir ámbitos internacionales[1], que a la postre resultarán determinantes para explicar el desarrollo de las distintas legislaciones nacionales. Por lo tanto, las mismas no pueden verse aisladamente sino dentro de ese particular contexto internacional, pues constituyen una adecuación (en el nivel doméstico) de las normas internacionales.

Queda pautado así uno de los caracteres principales de la política criminal en materia de estupefacientes: su tendencia a la *internacionalización*. Esa tendencia ha terminado por comprometer a los Estados en una suerte de "lucha internacional contra las drogas", desarrollada en distintos niveles (represivo, médico, educativo), que ciertamente *limita las posibilidades de una actuación autónoma* por parte de aquellos, al estar cada vez más condicionados a la adopción de políticas comunes.

A su vez, un rasgo definidor de esa política criminal internacional es el *uso privilegiado del instrumento punitivo*. En este sentido, la existencia de una legislación represiva es *central* para la estrategia de combate que se plantea en el ámbito internacional. En efecto, la *"guerra contra las drogas" existe y es posible porque hay una legislación represiva que permite su justificación.* Hoy más que nunca resulta evidente que no puede haber guerra sin discurso[2]; y ese discurso existe, "gracias" a la existencia de un marco jurídico represivo. Es por eso por lo que imaginar el "fin de la guerra contra la drogas" no es posible sin contar con la eliminación del discurso represivo y de la legislación que lo "hace carne".

Parafraseando a Héctor Erosa[3], puede afirmarse que existe una *construcción punitiva* sobre el fenómeno de la "droga" (en realidad, de determinadas sustancias incluidas como prohibidas en las Listas internacionales) que condiciona fuertemente su comprensión, así como la definición de las pautas de intervención.

1 A partir de 1912, con la Convención contra el Opio.

2 Al respecto, la más reciente invención discursiva es la de la "guerra preventiva", para justificar la invasión a Irak por fuera de los parámetros establecidos en la Carta de la ONU. Conectado con ello está la idea de la necesidad de un discurso para ejercer el poder. *"¿Qué necesitan hoy los que suben al poder, aparte de una buena tropa, aguardiente y salchichón? Necesitan el texto*. Esta afirmación de André Glucksmann es exacta: sin discurso, el poder se desintegra" afirma Zaffaroni (p. 27, 2002).

3 El autor habla de la "construcción punitiva" del abandono en relación con la intervención penal en materia de menores (Erosa, 1997).

Por último, cabe señalar que esa construcción punitiva se realiza echando mano a *técnicas legislativas de tipo emergencial*, de carácter excepcional, que han terminado por causar una marcada *involución del orden jurídico*, subvirtiendo garantías básicas del enjuiciamiento (inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, legitimación del agente provocador, premios procesales al delator) e incluso sustanciales (ausencia de bien jurídico, anticipación de la punición, castigo de los actos preparatorios, equiparación de la tentativa a la consumación).

Pues bien, se ha dicho con razón (González, 2001) que esta política criminal internacional tiene una "partida de nacimiento", con un lugar y fecha emblemáticos: Estados Unidos, 17 de diciembre de 1914, día en que se sanciona la ley Harrison, destinada a regular el consumo de opiáceos y cocaína. Cinco años después se aprueba en ese mismo país la "ley seca", que extendió el régimen de prohibición al alcohol; y a fines de la década del 30 se agregó la marihuana a la lista de sustancias sometidas a control penal. Como es sabido, la "ley seca" fue dejada sin efecto tan sólo diez años después, debido a sus efectos contraproducentes (p. ej. corrupción, creación de mafias) y el fracaso de sus objetivos (entre ellos, un mayor consumo a un precio más alto), sin que haya sucedido lo mismo con las otras sustancias.

El primer instrumento internacional en la materia es el Convenio contra el opio (1912), que buscaba disminuir la producción y exportación de dicha sustancia. Sin embargo, este tuvo un valor más bien simbólico, encontrándose en fechas muy recientes (recién en 1961 con la Convención de Nueva York, y en 1971 y 1988 con las Convenciones de Viena) las verdaderas normas internacionales, en las que los Estados asumen determinados compromisos internacionales en la materia, especialmente la adecuación de la legislación represiva a los lineamientos internacionales.

Por lo tanto, en la actualidad, los principales lineamientos de la intervención punitiva vienen dados por esas normas internacionales, que luego son recogidas (en mayor o menor medida) por las legislaciones nacionales. Debe aclararse que en esta materia los Estados tienen un amplio margen para la adecuación de sus legislaciones, pues claramente *no se trata de normas internacionales de naturaleza autoejecutable* (como lo son, p. ej. los instrumentos en materia de derechos humanos). Por lo tanto, la mayor o menor adecuación

de la legislación doméstica a la normativa internacional en materia de estupefacientes depende de la concreta configuración del orden jurídico doméstico, es decir, de los rasgos que hacen a la "individualidad jurídica" de cada Estado[4]. Para decirlo de un modo gráfico: *los Estados se han comprometido a una lucha internacional con relación al tráfico de determinadas sustancias prohibidas, cuyos límites se encuentran en el grado de protección de determinados derechos a nivel doméstico.* Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con las Convenciones sobre derechos humanos, en materia de estupefacientes es decisión libre de cada Estado el determinar en qué medida le es posible implementar los compromisos derivados de la normativa internacional.

2.1. Los "dos momentos" de la política criminal internacional

Sintéticamente, podemos afirmar que la política criminal internacional en la materia ha pasado por dos grandes momentos, que se corresponden con una serie de instrumentos jurídicos:

2.1.1. La Convención Única de Estupefacientes de Nueva York de 1961 y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1971, que pusieron su punto de mira en establecer:

a) Varias *Listas* de sustancias sometidas a control penal;
b) Obligaciones de cooperación internacional entre los Estados;
c) Medidas represivas consistentes en el compromiso de los Estados de tipificar como delito una amplia gama de conductas que abarcan la fabricación, preparación, distribución, transporte, importación, exportación y posesión de estupefacientes, entre otras;
d) Una serie de excepciones al régimen general de ciertos institutos jurídico-penales como la participación y la tentativa;
e) El tratamiento del toxicómano.

4 En el caso del Uruguay, un buen ejemplo es la fuerte protección legislativa al secreto bancario, que constituye una barrera para la adopción de determinadas medidas establecidas en la normativa internacional. Tampoco se ha adoptado el delito de enriquecimiento ilícito, por subvertir la garantía esencial que impone la carga de la prueba en la parte acusadora.

2.1.2. La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1988, cuyas características fundamentales son:

a) El control de las sustancias utilizadas en el proceso de producción de sicotrópicos, razón por la cual se incluyen los precursores químicos y hasta los equipos y materiales destinados al cultivo, fabricación o tráfico de dichas sustancias;
b) El fortalecimiento de los mecanismos de extradición;
c) El intento de combatir el narcotráfico a través de una serie de medidas que incluyen la abolición de la reserva fiscal y el secreto bancario, el decomiso, el embargo, etc.;
d) La vulneración de determinadas garantías procesales, a través de la figura del agente encubierto, el delator, el arrepentido, la entrega vigilada e incluso autorizándose a invertir la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito;
e) El compromiso de los Estados parte de crear nuevos tipos penales como el lavado de dinero y agregar a las tradicionales figuras la tipificación del cultivo, la adquisición e incluso la posesión para el consumo personal.

Por lo tanto, es a partir de la Convención de Viena (1988) que se intenta castigar todo el llamado "ciclo de la droga", poniéndose el énfasis en el fenómeno denominado "narcotráfico". Esta Convención viene a consolidar una estrategia internacional de "lucha contra las drogas", dirigida ahora a desmantelar las ganancias derivadas del "narcotráfico". Según Rosa del Olmo, este instrumento "es el mejor ejemplo de la nueva política criminal transnacional que pretende la disolución del Estado de derecho" (Saavedra y Del Olmo, 1991). En efecto, al establecerse una serie de excepciones a garantías propias del derecho penal liberal (a través da la vulneración del principio de lesividad, la inversión de la carga de la prueba, la alteración de las reglas de la participación y la tentativa y la extrema flexibilización de los mecanismos de cooperación internacional, entre otras), puede afirmarse que más preocupante aún que los "estragos" que causan las drogas en las personas, son los que causa justamente la legislación antidrogas en el Estado de Derecho (Ibáñez, 1994).

III. Breve síntesis histórica de la legislación nacional

La historia de nuestra legislación uruguaya demuestra, no solamente que la represión del tráfico de estupefacientes es un fenómeno *reciente* (siendo más reciente aún la existencia de una legislación sistemática en la materia), sino además que los "dos momentos" de la política criminal internacional que hemos señalado, se corresponden simétricamente con las dos leyes sistemáticas en la materia (el DL 14.294 y la ley 17.016), razón por la cual pueden ser consideradas como la "traducción doméstica" de la normativa de fuente internacional.

El Código Penal de 1889 carecía de disposiciones específicas en la materia. En efecto, bajo el título "Delitos contra la salud y la alimentación pública" contenía tipos penales que castigaban el envenenamiento de aguas, la adulteración de alimentos, la violación de las disposiciones sanitarias tendientes a impedir la invasión de enfermedades epidémicas o contagiosas y la comercialización de "mercancías peligrosas para la salud", expresión que podría ser comprensiva de las sustancias estupefacientes (aunque estas no estaban definidas).

Recién el Código Penal de 1934 incluye en su art. 223 el delito de comercialización de sustancias estupefacientes, así como la tenencia y el hecho de ser depositario[5]. El acápite de la norma refería al "comercio de la coca, opio o sus derivados" lo cual evidencia cuáles eran las sustancias que preocupaban al legislador del momento. La mención obedece, obviamente, a una coyuntura histórica en la que el opio era la sustancia estupefaciente por excelencia, como lo demuestra el hecho de que en 1912 se sancionara la Convención contra el opio, cuya explicación política se encontraba, en realidad, en la preocupación de las grandes potencias por el crecimiento de la economía China a expensas de la producción y exportación de dicha sustancia.

En 1937 se aprueba la ley 9.692, "técnicamente muy defectuosa" (Camaño Rosa, 1967: 230), que castigaba la importación, exportación y comercialización de sustancias estupefacientes (cocaína, opio o sus derivados y, en general, toda sustancia que, a pequeñas dosis, produzca dichos efectos, para

5 La misma se inserta en el CP bajo el título "Delitos contra la salud pública", delitos tales como el envenenamiento de aguas, el ofrecimiento comercial o venta de sustancias peligrosas para la salud y la violación de las disposiciones sanitarias para impedir la invasión de enfermedades epidémicas o contagiosas.

cuya determinación debía acudirse al elenco reglamentario). Asimismo, se castigaba el suministro y el retener dichas sustancias, aunque la doctrina entendía que debía tratarse "de cantidades considerables", ya que "no comprende la tenencia para uso personal, porque constituiría un acto preparatorio de autolesión por consumo no punible, y tampoco va contra la salud pública. Así lo interpreta Soler, considerando excesivo el castigo de un vicio" (Camaño Rosa, 1967: 231). Se incluía también la posibilidad de imponer medidas de seguridad curativas para los toxicómanos.

Esta breve síntesis histórica demuestra que *hasta el año 1974* (fecha de sanción del DL 14.294, como consecuencia de la ratificación de las Convenciones de Viena de 1961 y Nueva York de 1971), *no existió en el Uruguay una legislación sistemática relativa al tráfico de sustancias estupefacientes*; tan sólo esa solitaria norma (art. 223 CP), de alcance limitado y luego la ley 9.692, caracterizada por su vaguedad y su defectuosa técnica legislativa.

Es evidente que el fenómeno no se visualizaba como parte de una política de "lucha contra las drogas" sino más bien como algo patológico y marginal. No existía tampoco un soporte internacional que marcara lineamientos uniformes, lo que tuvo lugar recién en 1961 con la Convención de Viena, complementándose luego, en 1971, con la Convención de Nueva York.

El DL 14.294 no fue más que la "traducción nacional" de esas dos Convenciones, que como vimos, configuraron el *primer momento* de la política criminal internacional en materia de estupefacientes.

Como veremos seguidamente, el DL 14.294 incluyó aspectos preventivos y represivos, a través de dos ejes: la actuación del sistema de justicia penal y la del sistema de salud pública. Es así que, además de la creación de figuras penales, se le otorgan novedosas competencias al Ministerio del Interior y también al de Salud Pública, creando nuevas reparticiones dentro de ellos. Contiene asimismo expresas referencias a las Convenciones de Viena y Nueva York (en especial, adoptando las listas de sustancias prohibidas).

En 1998, la ley 17.016 modificó dicho decreto-ley, en un claro intento por actualizar la legislación nacional a la nueva Convención de Viena, de 1988. Así, se tipificó el lavado de dinero (entre otras nuevas figuras) y se incluyó a los precursores químicos como sustancias prohibidas. Sin embargo, algunos institutos previstos en la Convención no fueron adoptados (p. ej. la tipificación del enriquecimiento ilícito, el castigo de la posesión de estupe-

facientes para consumo personal, la abolición del secreto bancario para las investigaciones de operaciones de "lavado de dinero" y algunos mecanismos procesales como la "entrega vigilada")[6].

Por otro lado —y aunque resulte llamativo en relación con la línea de "endurecimiento" de la Convención— la ley 17.016 operó una clara despenalización, al bajarse los mínimos de pena para todos los delitos, unificando los guarismos legales mínimos en los 20 meses de prisión. Esto hizo que, a partir de la nueva ley, *todos los delitos en materia de estupefacientes se transformaran en delitos excarcelables* (tanto las figuras "tradicionales" como las nuevas, p. ej. el lavado de dinero); esto es, admiten un procesamiento sin prisión, así como también la posibilidad de obtener la libertad provisional en cualquier momento de la causa. Por ello, en otro lugar hemos calificado a esta nueva ley de ambigua desde el punto de vista político-criminal, ya que por un lado despenaliza (al bajar las penas y transformar a todos los delitos en excarcelables), y por el otro crea nuevos delitos, relacionados con el lavado de dinero (Camaño Viera, 2001).

IV. La legislación vigente[7]

Estudiaremos aquí la legislación vigente en materia de estupefacientes, comenzando por el tema del bien jurídico y luego analizando los distintos tipos penales (teniendo en cuenta los criterios de nuestra doctrina y jurisprudencia), el régimen de agravantes y finalmente el procedimiento de incautación.

6 Como hemos señalado, el hecho de que nuestra legislación no se adecue totalmente a la normativa internacional se debe al amplio margen de acción que los Estados conservan, pues ninguna de las Convenciones internacionales en materia de estupefacientes constituyen normas internacionales de naturaleza autoejecutable (como lo son p. ej. las normas internacionales sobre derechos humanos).

7 Al referirnos a la legislación vigente, lo hacemos al DL 14.294 con las modificaciones introducidas por la ley 17.016.

4.1. Insuficiencia del bien jurídico "salud pública"

El concepto de bien jurídico es clave en derecho penal. Tradicionalmente se lo define como el "interés jurídicamente protegido"[8] (Von Liszt, 1927); aunque más modernamente se lo ha caracterizado como la síntesis normativa de una relación social concreta y dinámica (Bustos Ramírez, 1994); o incluso como oportunidades de participación social (Fernández, 1994). No siendo este el momento para entrar en la discusión acerca del bien jurídico, se puede afirmar —simplificando la cuestión— que el bien jurídico es esa relación social u oportunidad de participación que el legislador intenta proteger a través de los tipos penales; o visto desde el punto de vista de la comisión de delito, lo que se lesiona con la conducta delictiva. Por eso, se dice que el bien jurídico es "lo que está detrás" de los tipos penales (de este modo, el delito de hurto se crea para castigar la lesión de la propiedad, el de homicidio para castigar la lesión de la vida, y así sucesivamente). Por lo tanto, el legislador no puede crear un delito que no describa la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico.

Las dos funciones más importantes que cumple el bien jurídico son:

a) Delimitar los tipos penales (no puede haber un tipo penal si no hay una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; y por lo tanto, no puede haber delito sin bien jurídico afectado);
b) Interpretar los tipos penales a partir del bien jurídico (interpretación teleológica).

Tradicionalmente se afirma que la legislación antidrogas busca la protección de la salud pública (además, recordemos que el art. 223 CP se insertaba bajo ese título). Ese sería entonces el bien jurídico que se pretende proteger: las conductas tipificadas buscarían castigar la lesión o puesta en peligro de la salud pública. Sin embargo, a medida que nos adentramos en la legislación nos damos cuenta de que la afirmación resulta insostenible, ya que nos en-

8 Dice este autor, en su concepción embrionaria de bien jurídico: "Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son *intereses vitale*s del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico" (Von Liszt, 1937: 2).

contramos con que casi la totalidad de estos delitos no están en realidad lesionando o poniendo en peligro a la salud pública.

Ciertamente, el concepto de salud pública resulta de difícil aprehensión. Por lo tanto, sin entrar a las arduas (y por momentos crípticas) discusiones sobre su significado, debe tenerse en cuenta de que se trata de un bien jurídico *colectivo*, por cuanto no refiere a la salud individual sino a la salud pública. Nuestra doctrina ha dado diversas "definiciones", ninguna de las cuales resulta satisfactoria. Se ha afirmado, por ejemplo que consiste en el desarrollo normal de las funciones físico-síquicas de la colectividad (Camaño Rosa, 1967: 225), que no es la integridad física de una persona o de muchas, pero individualizadas sino la integridad física o la salud de cualquiera o de todos (Reta, 1960: 33). También se ha señalado que refiere a la exención de los fenómenos mórbidos que por su potencia expansiva, pueden llegar a dañar a todo el grupo social (Bayardo, 1967: 251), y también que la salud pública refiere al estado sanitario o normal de la población que la ley debe preservar, evitando el riesgo del peligro indeterminado que pueda abatirse sobre ella (Cairoli, 1995: 108-109). Como puede verse, se trata de conceptualizaciones vagas e indefinidas, y por tanto, insuficientes para delimitar claramente qué es lo que se pretende proteger.

No obstante, el Código Penal bajo el título "salud pública" establece figuras tales como el envenenamiento de aguas o la adulteración de alimentos, en las que —más allá de cualquier conceptualización— se trata de conductas en las que efectivamente la salud de todos puede ser lesionada o al menos puesta en peligro.

En cambio, esto no es así en materia de estupefacientes: ¿en qué afecta a la salud pública que yo posea o transporte 10 kilogramos de cocaína? ¿En qué la afecta que tenga una plantación de hojas de marihuana en el jardín de mi casa? ¿Cómo se lesionaría con estas conductas la "normalidad" del estado sanitario de la población? ¿Qué relación tienen con aquellos "procesos mórbidos con potencialidad expansiva" para todo el grupo social? [9].

La situación es más clara aún en relación con las nuevas figuras de la ley 17.016, en las cuales la salud pública no es más que un "tercero ausente".

9 Sin embargo tanto la tenencia de estupefacientes en cantidades superiores a las razonables para el consumo, como el transporte y la plantación están castigadas penalmente, lo que plantea la posibilidad de su inconstitucionalidad, justamente por carecer de un bien jurídico.

¿O acaso el lavado de dinero puede comprenderse como una conducta que afecta a la salud pública?

Por lo tanto, resulta harto dificultoso poder delimitar el contenido de los tipos penales mediante el indefinido bien jurídico "salud pública"; en algunos casos (como en el del "lavado") sencillamente imposible, causando dificultades insalvables a la hora de la interpretación y aplicación de los concretos tipos penales.

4.2. Análisis de los principales tipos penales

En materia de estupefacientes, los distintos tipos penales pueden dividirse —sólo por fines didácticos— en dos grandes grupos:

- Las figuras que llamaremos "tradicionales" en la materia (arts.30 a 35);
- Las "nuevas" figuras penales (arts.54 a 57).

4.2.1. Las figuras "tradicionales"

Estos tipos penales se basan en la descripción de una larga serie de conductas (muchas de ellas reiterativas[10]), que constituyen la *materia* de lo prohibido.

El art. 30 castiga la *producción* de las materias primas o sustancias contenidas en las Listas I y II de la Convención de Nueva York y en la lista I del Convenio de Viena de 1971, entre las que se encuentran el cannabis y su resina, la cocaína, la heroína y el LSD.

Agrega también el artículo (en su actual redacción) a los "precursores químicos u otros productos químicos contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley". Es decir que la ley 17.016 estableció dos Tablas que contienen una enumeración de precursores y otros productos químicos (entre los que p. ej. se encuentra el sulfuro de carbono, el carbonato de sodio y la acetona). Se amplía entonces el número de sustancias prohibidas a estas otras, de conformidad con los nuevos lineamientos de la Convención de Viena de 1988. Por lo tanto, a partir de la ley 17.016 se incluyen como sustancias prohibidas a muchas que no son —ni en una acepción amplísima— "estupefacientes", tales como los pre-

10 La reiteración de verbos típicos es un defecto de técnica legislativa de todas las Convenciones internacionales, que luego se "arrastra" al nivel nacional.

cursores químicos u otros productos químicos. Se trata de sustancias que, por su propia naturaleza, admiten una multiplicidad de usos, generalmente lícitos.

El art. 31 castiga la *importación, exportación, introducción en tránsito, distribución, transporte, posesión no para el consumo* y el hecho de ser *depositario, almacenar, poseer, ofrecer en venta o negociar*. Como surge de su sola lectura, hay conductas de difícil delimitación: ¿qué diferencia hay entre poseer no para el consumo y poseer (a secas); o entre ser depositario y almacenar? ¿Cómo se puede distinguir el ofrecer en venta del negociar? Por otro lado, como ya se ha señalado, se castigan conductas que en nada afectan al bien jurídico "salud pública", como el mero hecho de poseer o ser depositario.

Específicamente, con relación al castigo de la "posesión" de estupefacientes, es muy claro que en este caso no hay riesgo alguno de lesionar ni de poner en peligro la salud pública. ¿En qué afecta a este bien jurídico que yo posea estupefacientes, aun en una cantidad superior a la razonable para el consumo personal?

A nivel doctrinario se ha cuestionado el castigo de la mera posesión de objetos, diferenciando cuando el objeto es "en sí mismo peligroso", como sería el caso de las armas o los explosivos, de los casos en que el objeto, por su propia naturaleza, es inofensivo (como es el caso de los estupefacientes). Cuando el objeto es peligroso (p. ej. un explosivo) el castigo de la sola posesión podría tener algún sentido, justamente por el peligro que entraña el objeto en sí mismo. Sin embargo, cuando este es inofensivo, la punición resultaría injustificada, ya que con ella se estaría vulnerando el principio de lesividad, al no apreciarse ninguna potencialidad ofensiva en la posesión de estos objetos (Nestler, 2000).

El mismo art. 31 dispone una exención de pena para quien "tuviere en su poder una *cantidad razonable* destinada exclusivamente a su consumo personal". En cuanto al verbo típico utilizado, no puede haber dudas de que es lo mismo "tener en su poder" que "poseer", razón por la cual se puede afirmar que la tenencia (o posesión) para consumo personal es una conducta penalmente lícita en nuestro ordenamiento jurídico[11].

11 Técnicamente afirmamos la licitud de la tenencia para consumo personal, *exclusivamente desde un punto de vista jurídico-penal*, ya que, como veremos, el juez puede disponer la internación en casos de que el consumidor resulte ser un "drogadicto" (art. 40), lo que constituye una medida de coacción directa, con contenido punitivo, pese a que no se deriva de una conducta prohibida por el ordenamiento jurí-

Más aún, la ley 17.016 sustituyó la expresión "cantidad mínima" (del DL 14.294) por la de "cantidad razonable", dando mayor *amplitud* al contenido de esta, ya que es posible poseer una cantidad *mayor* a la mínima necesaria para el consumo, pero *razonable*, en atención al grado de dependencia del individuo (no es equiparable el caso de quien consume una vez por semana, a aquel en que lo hace diariamente). Por lo tanto, la expresión "cantidad razonable" permite adecuar la *cantidad de droga en poder del sujeto a su grado de dependencia.* Vistas las cosas desde este punto de vista, no caben dudas de la mayor laxitud de la redacción actual, con relación al antiguo giro "cantidad mínima"[12].

El Juez deberá entonces apreciar caso por caso si la cantidad que posee el individuo es razonable (o no). No existe entonces un *criterio numérico* para determinar cuánta sustancia es lícito poseer, sino que el juez debe determinar —a través de una valoración— si la cantidad de droga en poder del individuo es razonable o no.

El art. 32 prohíbe la *organización* o el *financiamiento* de las actividades descritas en la ley, no planteando mayores problemas interpretativos. Lo que sí resulta muy claro es que tampoco aquí está en juego la salud pública, sino en todo caso el orden económico (aunque es discutible que dicho orden pueda ser elevado a la categoría de un bien jurídico digno de protección penal).

El art. 33 castiga al que "desde el territorio nacional realizare *actos tendientes a la introducción ilegal* a países extranjeros", configurándose una situación de difícil prueba y que en realidad plantea otros problemas, vinculados al ámbito espacial de la ley penal y la participación.

Por su parte, el art. 34 prevé como delito, por un lado las conductas de *suministro, aplicación o entrega* de las sustancias referidas en la ley y, por el otro la promoción, inducción o facilitación del consumo.

dico. Se trata de un caso de atipicidad de la conducta expresamente prevista en la ley y no una causa de impunidad, como tradicionalmente lo afirma nuestra doctrina y jurisprudencia. Por su parte, el consumo es una conducta lícita al no estar incluida dentro del elenco de conductas prohibidas.

12 No obstante, jurisprudencia posterior a la ley 17.016 no advirtió la mayor amplitud del nuevo texto legal: "el adicto tenedor, sólo puede ser exonerado, cuando se le ocupa una *cantidad mínima* de la droga, para una dosis, o para la dosis de un día, en condiciones de un consumidor "normal" o promedio. La eximitoria no permite un "stock" (p. ej. para las vacaciones) ni contempla una aceptación de consumo exagerado" (Tribunal de Apelaciones en lo Penal [en adelante TAP] 1º turno, Sent. Nº 127/00 en Revista de Derecho Penal [en adelante RDP] Nº 13, p. 755).

Esta norma sí plantea problemas interpretativos importantes. En primer lugar, si se castiga la mera entrega parece absurdo castigar, además, el suministro, hipótesis que estaría comprendida en aquella (para suministrar tengo que entregar). La "aplicación" de la sustancia parecería estar referida al acto físico de introducir la droga en el cuerpo (p. ej. le introduzco la jeringa con droga), pero también es un acto de suministro o entrega.

También debe distinguirse el suministro del *consumo grupal*. En este aspecto, la jurisprudencia ha evolucionado auspiciosamente, ya que, si bien a mediados de la década de los 80 se entendía que constituía una conducta punible, posteriormente se afirmó que en el consumo grupal "se produce una verdadera confusión del suministrador con el suministrado"; y en cambio en el suministro hay una persona que aparece claramente como proveedor de la droga[13]. Por esta vía se ha "legalizado" el consumo grupal (que a mediados de los 80, fue objeto de las tristemente célebres "razzias"), ya que ahora no se lo interpreta como conducta punible (de suministro) sino como conducta lícita (de consumo), al no estar determinada claramente la calidad de suministrador en una persona diferente del suministrado. Por lo tanto, es esta *ausencia de distribución de roles claramente diferenciados* lo que permite valorar a la conducta del grupo como la de un consumo mutuo, y por tanto no punible.

Pero más allá de estas dificultades interpretativas, lo ilógico es que se castiguen conductas que son el *precedente natural e inmediato* del consumo, que como hemos visto es una conducta lícita. Se produce, de este modo, *la paradoja de considerar ilícitos a los actos previos a una conducta lícita.* Pensemos en el tabaco o el alcohol: ¿cómo sería posible su consumo si se prohíbe la adquisición de la sustancia? ¿Cómo puedo consumir (acto lícito) si alguien no me provee de drogas? La licitud del consumo debería suponer la licitud del mercado que gira en torno a la sustancia deseada, lo cual equivaldría a la total despenalización en materia de estupefacientes.

El mismo problema se da con el castigo de la promoción, inducción o facilitación del consumo, al ser *actos previos* sin los cuales el consumo no se puede dar. Por esto afirmamos la incongruencia que implica el hecho de que el consumo no se castigue pero sí los actos previos, sin los cuales aquel no puede concebirse. En este sentido, resulta muy claro —desde un punto de

13 TAP 2º, Sent.77/95 con base en Sent.280/91; TAP 1 Sent.258/96; ambas en *RDP* Nº 11, p. 291.

vista lógico-axiológico— que *los actos previos a una conducta lícita no pueden ser ilícitos.*

Finalmente, el art. 35 establece —de un modo genérico— el castigo de la "violación de las disposiciones de la ley" en materia de "importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o suministro de las sustancias y preparados" de las Listas III de la Convención de Nueva York y las Listas II, III y IV de la Convención de Viena. Con ello se produce —como puede desprenderse de su sola lectura— una repetición innecesaria de conductas que ya están tipificadas en las normas anteriores (arts. 31, 34) aunque ampliado a otras Listas. Como vemos, la superposición de conductas [esa machacona insistencia en repetir el castigo de lo mismo] constituye un rasgo definitorio de la legislación antidrogas, que se arrastra de la normativa de fuente internacional.

4.2.2. Los nuevos tipos penales

La ley 17.016 introdujo nuevos tipos penales que giran en torno a la figura del "lavado de dinero", con el fin de perseguir penalmente a todas las conductas que hacen posible la obtención de ganancias como consecuencia del "narcotráfico". De este modo, se "actualiza" nuestra legislación a los lineamientos de la Convención de Viena de 1988 que, como vimos, se centra en la "lucha contra el narcotráfico", estableciendo además una serie de medidas (embargo, incautación y secuestro) para inmovilizar los "bienes, productos o instrumentos" utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos previstos en esta ley.

El art. 54 castiga la *conversión o transferencia* de bienes, productos o instrumentos que procedan de los delitos tipificados en esta ley, con lo que se da una definición legal del fenómeno llamado "lavado de dinero"[14]. En efecto, se denomina "lavado" o "reciclaje" a ese proceso de conversión o trans-

14 Obsérvese que a diferencia de otras legislaciones, donde el lavado de dinero no sólo está previsto para la conversión o transferencia de bienes procedentes del narcotráfico sino de *cualquier otra actividad ilícita*, en el Uruguay las operaciones de lavado inicialmente se relacionaron exclusivamente con el tráfico ilícito de estupefacientes a partir de esta ley 17.016. Posteriormente, la ley 17.343 amplió la aplicación de las operaciones de lavado y similares previstos en esta ley 17.016 a otras actividades ilícitas (aunque su redacción es bastante defectuosa), por lo que actualmente el lavado de dinero no se relaciona solamente con el "narcotráfico" sino también con fenómenos como el terrorismo, el tráfico de armas, de órganos y tejidos, la extorsión, el secuestro, el proxenetismo, entre otros.

ferencia, por el cual, determinados bienes de origen ilícito (p. ej. el dinero) se transforman en bienes de circulación legal (p. ej. propiedades). De este modo, las ganancias de procedencia ilícita pasan a formar parte del mercado legal, perdiéndose su rastro. Gráficamente, se ha dicho que consiste en el "enmascaramiento" de la procedencia ilícita de los bienes (Pedrazzi, 1999).

Por su parte, el art. 55 castiga al que "adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción" sobre dichos bienes, productos o instrumentos; y el art. 56 castiga hipótesis de encubrimiento tales como la *ocultación, supresión o alteración de los indicios* o las conductas que *impidan la determinación real* de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de tales bienes, productos o instrumentos.

El art. 57 castiga la asistencia y también el hecho de prestar "cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento", lo cual implica una ampliación desmedida de lo punitivo, castigando conductas que van mucho más allá de cualquier daño o puesta en peligro de bien jurídico alguno. Debido a la grosera violación del principio de legalidad y de lesividad se puede llegar incluso a sostener su inconstitucionalidad, tema sobre el que no ahondaremos por exceder los objetivos del presente trabajo. Sólo como ejemplo diremos que de ninguna manera puede interpretarse como un impedimento legal al derecho de defensa (derecho humano fundamental, de rango constitucional) ni al libre ejercicio de la profesión, ya que el patrocinio del cliente incluye necesariamente su asesoramiento.

4.3. Régimen de agravantes

La desprolija técnica legislativa utilizada al respecto se debe al hecho de que, en lugar de sustituir el art. 36 del DL 14.294, la ley 17.016 agregó un nuevo artículo (el 60) que casi en totalidad repitió hipótesis que ya estaban previstas en aquel art. 36. La diferencia sustancial es que mientras la antigua norma preveía para estos casos una pena mínima de penitenciaria, el art. 60 nada dice al respecto, por lo que el Juez podrá aumentar la pena según las normas generales (art. 86 CP) pero sin tener que aplicar, necesariamente, una pena de penitenciaría.

Debido a la repetición de hipótesis ya previstas, lo correcto es afirmar que ha operado una derogación tácita, primando la norma posterior en el tiempo (Salom, 2000).

4.4. El procedimiento de incautación

La nueva ley 17.016 instauró un nuevo procedimiento de incautación, mucho más rígido y minucioso que el anterior, sin el cual *no se pueden incautar estas sustancias.* La contravención a lo dispuesto en esta disposición puede incluso causar la nulidad de lo actuado, por aplicación de las normas generales. Por tener relación con la práctica cotidiana de la policía, vale la pena detenerse para al menos señalar sus principales pasos.

En primer lugar, al ser aplicable a "toda autoridad pública" (art. 50), no pueden caber dudas que quedan incluidas todas las autoridades que tienen como función la represión del delito (policía, prefectura, funcionarios aduaneros).

Cuando se proceda a incautar estupefacientes y demás sustancias comprendidas en la ley, se debe:

A) Levantar un acta con la comparecencia de dos testigos, la que debe ser llenada según lo que establece el art. 50 lit. A);
B) Introducir las sustancias en un envase precintado que se enviará inmediatamente al Instituto Técnico Forense conjuntamente con una copia autenticada del acta;
C) Remitir al Juzgado competente el acta dentro de 24 horas;
D) Dejar debida constancia de todas las actuaciones.

Resulta claro entonces que este art. 50 busca otorgar mayores garantías a través de un procedimiento preciso de incautación, debido a que se trata de una materia delicada. En efecto, en múltiples ocasiones los detenidos han denunciado que en realidad no poseían droga sino que se les había "plantado". El cumplimiento cabal de este procedimiento resulta vital para darle pleno valor de certeza a las actuaciones policiales, evitando así eventuales nulidades de las mismas.

V. La coacción directa del art. 40

En la nota 11 aclaramos que considerábamos a la posesión para consumo personal como una conducta lícita desde el punto de vista penal, ya que el

art. 40 de la ley prevé —como medida de coacción directa[15]— la posibilidad de imponer una internación compulsiva en determinados casos.

En efecto, dicho artículo establece que quien "fuere sorprendido consumiendo estupefacientes o usando indebidamente sicofármacos o en circunstancias que hagan presumir que acaba de hacerlo o portando estupefacientes para su uso personal deberá ser puesto a disposición del Juzgado". Esto quiere decir que la policía puede detener a quien encuentra consumiendo y más aún, en circunstancias que *presuman* un consumo anterior (lo cual es amplísimo e imposible de probar); o incluso portando estupefacientes para su consumo, poniendo al individuo a disposición de la justicia. El juez deberá entonces solicitar un informe a la Comisión Nacional de Lucha contra las Toxicomanías y al médico forense, con la consecuencia de que "si del examen resultare tratarse de un drogadicto, el juez impondrá el tratamiento en un establecimiento público o privado o en forma ambulatoria". Finalmente, se dispone que el cumplimiento de esta medida queda sujeto a las garantías de la ley 9.581 (ley de asistencia a sicópatas).

La norma en cuestión habilita así una intervención amplísima por parte de la policía, así como también la posibilidad de disponer un tratamiento por parte del juez. Por lo tanto, si bien el consumo o la posesión de estupefacientes para consumo personal no dan lugar la imposición de una pena, sí amerita esa medida de coacción directa adoptada por el juez (tratamiento con o sin internación).

Afortunadamente, la misma no ha sido utilizada en la práctica más que en casos contados, pero demuestra que la ley visualiza a cualquier consumidor con un potencial "drogadicto". Por otro lado, la remisión a la ley de sicópatas ("aplicable a todo enfermo de afección mental", según su art. 3) evidencia que para el legislador, el "drogadicto" es un enfermo mental; y como tal, susceptible de un tratamiento[16].

15 Eugenio Zaffaroni es quien se ha ocupado de distinguir la pena de la coacción directa, definiendo a esta última como una "injerencia en la persona o bienes de un habitante para neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso" (Zaffaroni, 2002: 47-51).

16 Varios fallos judiciales que no sólo equiparan al consumidor con un enfermo, sino también como un [potencial] delincuente. El pasaje que sigue es particularmente elocuente: "Si bien, de principio, el adicto no es un delincuente sino un enfermo, la generalización no es adecuada. Los adictos normalmente, son luego, el rebaño de pequeños vendedores" (TAP 1, Sent. 127/00 en *RDP* Nº 13, p. 756).

VI. Inconsistencias técnicas e incongruencias discursivas de la represión penal

Ya hemos señalado algunas inconsistencias técnicas importantes, en especial la *paradoja que implica el castigo de conductas que son el antecedente lógico y necesario del consumo.* Siendo el consumo una conducta lícita desde el punto de vista penal, resulta absurdo castigar los actos previos al mismo; del mismo modo que resultaría absurdo permitir el consumo de tabaco pero castigar su fabricación y comercialización. Por supuesto, como señaláramos anteriormente, la despenalización de todos los actos previos al consumo llevaría a una total legalización en materia de estupefacientes, punto que trataremos más adelante.

Se señaló también la *defectuosa técnica legislativa*, característica tanto de la normativa nacional como internacional, al repetir innecesariamente las conductas castigadas en diversos artículos.

Por otro lado, la legislación evidencia una clara orientación hacia una *anticipación de la punición*, a través del castigo de los actos preparatorios (que son la excepción a la regla general de su impunidad, consagrada en el art. 7 CP).

Pero tan o más importantes, desde el punto de vista político-criminal, son las incongruencias discursivas en materia de estupefacientes. Con ello queremos dejar en evidencia lo absurdo del discurso que —a partir y con el apoyo de esa legislación represiva— sirve para consolidar y fortalecer estereotipos criminales como los de "drogadicto" o "narcotraficante". Es el discurso del Estado "terapéutico", pero también del Estado "enemigo", que emprende una "guerra contra las drogas" a todo nivel; es el discurso que posibilita el encarcelamiento de millones de jóvenes en todo el mundo (que ciertamente, no son grandes "narcotraficantes"); es el discurso que permite al Estado tener cuerpos burocráticos muy numerosos y costosos destinados a llevar adelante esa guerra; el que permite a algunos políticos sacar partido; el que incluso habilita intervenciones políticas y militares de las grandes potencias (sobre todo los Estados Unidos) en los países del cono sur (sea porque están clasificados como zonas de cultivo o de tránsito), y por lo tanto "justifica" las muertes producidas en el conflicto. Y es también el discurso que hace posible la existencia de un mercado de drogas a un precio alto; el que posibilita la inexistencia de controles sobre la calidad de las drogas que con-

sumen diariamente millones de personas en todo el mundo; el que posibilita las prácticas corruptas de los funcionarios. Como corolario de todo ello, es un discurso que no ha logrado ninguno de los fines que se propone (ni bajó el consumo, ni preserva la salud pública, ni funciona desde el punto de vista terapéutico). En fin, *es un discurso que sólo ha producido —y seguirá produciendo— desastres para la humanidad.*

Y obviamente, la primer incongruencia discursiva es la propia definición de lo que son "drogas". Como bien lo aclara Szasz (1994) "la palabra droga forma parte de la ciencia: la realidad hoy en día es que constituye una parte aún más importante del lenguaje de los políticos. Esto explica por qué no puede existir una droga "neutra". Una droga puede ser buena o mala, efectiva o ineficaz, terapéutica o nociva, autorizada o ilegal; pero todo esto no impide que las utilicemos".

Por otro lado, señala el mismo autor las incongruencias de esa guerra médica o terapéutica; en primer lugar, porque es una guerra entablada solamente contra "las personas que emplean drogas erróneas". Pero además, las drogas que hoy se combaten no resultaban tan peligrosas 50 ó 100 años atrás. Termina afirmando que "nuestro así llamado problema de abuso en el consumo de drogas es una parte integral de nuestra ética social actual, la cual acepta "protecciones" y represiones justificadas por exigencias de salud, así como las sociedades medievales justificaban las represiones por exigencias de fe"; y concluye tajantemente que "la lucha contra las drogas no es nada más que otro capítulo de la historia general de la estupidez humana" (Szasz, 1994).

VII. Estado de Derecho y sistema penal

¿En qué medida las feroces críticas a la intervención punitiva en materia de estupefacientes se proyectan en el modelo de derecho penal propio del Estado de Derecho? La legislación antidrogas ¿es compatible con el Estado de Derecho o es un amenaza para él?

Para contestar adecuadamente a estas preguntas debemos preguntarnos sobre el concepto mismo de Estado de Derecho y su *capacidad de rendimiento* para la configuración de la regulación normativa de la vida en sociedad.

El modelo de organización social que ha adoptado el Uruguay desde su fundación como República en 1830 es el del Estado de Derecho. Este se caracteriza no sólo por la sujeción de todos los poderes a la Constitución y la ley, sino también por *asignarle al individuo un rol central.* Por eso nuestra Constitución comienza por la enumeración de una serie de derechos, deberes y garantías individuales para luego establecer la forma de gobierno y elección de autoridades. Esto quiere decir que *el centro del Estado de Derecho es el individuo*, que es considerado un sujeto de derechos. La sola condición de persona humana lo hace "portador" de una serie de derechos que le son inherentes (e inalienables) y que hacen a su dignidad humana. El Estado se encarga solamente de garantizar la protección en el goce de esos derechos[17], pudiendo afirmarse que su "razón de ser" se encuentra en la realización de ellos.

Por oposición, el Estado totalitario se ubica en las antípodas del Estado de Derecho, ya que en este, los poderes estatales se conciben en función de la realización de los derechos individuales; mientras que en aquel, el Estado es un fin en sí mismo, y por lo tanto, trasciende a la persona humana[18].

En síntesis, podemos decir que *en el Estado de Derecho, el poder se organiza para garantizar el pleno ejercicio de los derechos inherentes a la persona humana*, que justamente por eso son considerados *fundamentales*[19].

A esta característica no escapa la organización del poder punitivo, ya que su ejercicio está *condicionado* por una serie de normas constitucionales y le-

17 Art. 7 de la Constitución: *"Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general".*

18 En este *sentido fuerte*, puede verse al Estado de derecho como la negación del Estado transpersonalista. A su vez, la expresión designa al modelo de Estado que surge de la Constitución y por eso se habla del Estado constitucional de derecho. Finalmente, al cristalizar la idea de democracia, a veces se lo denomina Estado democrático de derecho. En el texto, utilizamos la expresión Estado de derecho como síntesis de su naturaleza constitucional y democrática.

19 Actualmente, el debate en torno a los derechos fundamentales es uno de los más apasionantes de la teoría general del derecho. La definición aquí propuesta es la de Luigi Ferrajoli, en tanto caracteriza a los derechos fundamentales como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar" (Ferrajoli, 2001: 19). Las discusiones y críticas en torno a sus tesis pueden encontrarse en "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Ed. Trotta, Madrid, 2001, volumen que reproduce el debate sostenido en la revista *Teoría Política* entre 1998 y 2000, entre los teóricos italianos más relevantes de la actualidad.

gales. En lo que tiene que ver con el sistema penal, podemos afirmar que nuestra Constitución, al asignarle un rol preferente al individuo y organizar el poder según el modelo del Estado de Derecho, le impone al legislador un particular modelo de derecho penal: el del derecho penal mínimo.

En efecto, si el poder se organiza en función del individuo, entonces, cuando se trata nada menos que de establecer la más severa intervención del Estado sobre la libertad individual (que es la que se produce a través del sistema penal), esta no puede ser más que la *mínima necesaria* para garantizar la convivencia social.

Por lo tanto, en un Estado de Derecho, *el poder punitivo está limitado* por una serie de normas, de rango constitucional y legal, que conforman el derecho penal.

De este modo, el art. 10 de nuestra Constitución establece que "las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados". Aplicando esta norma a la materia penal se obtiene una prohibición para el legislador, ya que este *no puede* castigar cualquier conducta; sólo *puede* conminar con pena a aquellas acciones que tengan alguna consecuencia lesiva en el mundo exterior (por atacar el orden público o perjudicar a un tercero). No podría, por ejemplo, castigar a las personas por llevar el pelo largo, vestir de determinada manera, leer ciertos libros, o escuchar determinada música, ya que ninguna de estas acciones se proyecta como lesiva para el mundo exterior, perteneciendo a la esfera de libertad de cada uno.

Es justamente de este art. 10 y del 7 de la Constitución (en tanto consagra el derecho a la protección en el goce de la libertad individual) que puede afirmarse el *derecho a consumir drogas como un derecho fundamental* (así como tenemos derecho a consumir los alimentos que queramos o a tomar los medicamentos que consideremos necesarios).

No desconocemos que el Estado terapéutico está —en alguna medida— enquistado en nuestra Constitución, en artículos como el 44 (el Estado procurará *"el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad")* y el 47 *("El Estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales")*. Sin embargo, no surge de dichas normas

la necesidad de una intervención punitiva para llevar a cabo tal "combate", como sucede en relación con otros vicios como el alcohol y el tabaco.

Finalmente, volviendo al modelo de derecho penal mínimo propio del Estado de Derecho, este se caracteriza por una serie de *principios* que limitan al poder punitivo, pudiendo esquematizarse de la siguiente manera (Ferrajoli, 1997):

Nulla poena sine crimine (retributividad).
Nullum crimen sine lege (legalidad).
Nulla lex (poenalis) sine necessitae (necesidad).
Nulla necessitas sine iniuria (lesividad u ofensividad del acto).
Nulla iniuria sine actione (materialidad de la acción).
Nulla actio sine culpa (culpabilidad).
Nulla culpa sine iudicio (jurisdiccionalidad).
Nullum idudicium sine accusatione (acusatorio: separación entre juez y acusación).
Nulla accusatio sine probatione (carga de la prueba).
Nulla probatio sine defensione (de la defensa o de la refutación).

Todos estos principios son *interdependientes*, de modo que: no hay pena sin crimen, ni crimen sin ley, ni ley sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio, ni juicio sin acusación, ni acusación sin prueba, ni prueba sin defensa.

Por lo tanto, existen una serie de garantías penales y procesales que son interdependientes, es decir, que no pueden concebirse separadamente sino en forma conjunta. La función de estas garantías es la de *limitar* el poder punitivo, de modo de controlarlo y garantizar que su ejercicio no sea arbitrario, sino por el contrario, racional, previsible y ante todo, respetuoso de la dignidad humana.

VIII. Tesis: la legislación antidrogas como amenaza para el Estado de Derecho

Si el derecho a la protección en el goce de la libertad (art. 7 de la Constitución) es un derecho humano fundamental, entonces no puede caber duda

alguna en cuanto a que *el consumo de sustancias* es una de las tantas proyecciones de esa libertad individual (que comprende, entre otras, la libertad de movimientos, la libertad de pensamiento y de expresión). El hecho de que la sustancia sea nociva o no, de ninguna manera puede habilitar al Estado a la imposición de una pena. Desde este punto de vista, resulta claro que nuestra legislación antidrogas, en la medida que considera penalmente lícitos, tanto el consumo de estupefacientes como la tenencia de una cantidad razonable para consumo personal, es perfectamente compatible con el derecho humano fundamental de la libertad humana, en una de sus proyecciones (el consumo de sustancias)[20].

Sin embargo, no puede decirse que realiza totalmente ese derecho humano fundamental, en la medida que castiga todos los actos anteriores que —como hemos visto— son el antecedente lógico y necesario del consumo. En este sentido, la legislación antidrogas es, claramente, una *amenaza para el Estado de Derecho*; y por ello perfectamente puede sostenerse la tesis de su inconstitucionalidad.

No ingresaremos aquí a considerar cómo algunas otras normas vinculadas a la represión penal en materia de estupefacientes revisten también esta nota de inconstitucionalidad, como p. ej. la inversión de ciertas garantías procesales o la tipificación de conductas que implican la total eliminación de la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, como el delito de enriquecimiento ilícito (que afortunadamente no ha tenido consagración en nuestro derecho positivo).

Simplemente cabe señalar que para ser totalmente coherentes con la protección constitucional del consumo de sustancias como derecho humano fundamental, se debe sostener la inconstitucionalidad del castigo de todas aquellas conductas que son el antecedente lógico y natural del consumo.

Tampoco llegamos a percibir cuáles podrían ser las razones de "interés general" que justifiquen una legislación que, como la actual, coarten la libertad individual con relación al consumo de drogas al punto de penalizar todas aquellas conductas que son el antecedente lógico y necesario del consumo. En primer lugar porque, esa frase final del art. 7 *"no está referido a la materia penal"*; es decir, el artículo no quiere decir que se habilite la imposi-

20 La posibilidad de imponer una coacción directa prevista en el art. 40 de la legislación vigente es, desde esta óptica, una norma inconstitucional.

ción de una pena por la sola existencia de razones de interés general. Pero además, como ya hemos visto, la materia penal, al ser la que habilita la imposición de las restricciones individuales más severas, necesita de una serie de requisitos para justificar la imposición de una pena; entre ellos, el de la existencia de un bien jurídico lesionado o puesto en peligro; al respecto, ya hemos señalado que en materia de estupefacientes, no se vislumbra cuál es el bien jurídico en juego.

Desde otro punto de vista, la cuestión puede vincularse a la oposición entre Estado de Derecho y Estado de Policía. Mientras el primero es concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley, el segundo implica que todos los habitantes se subordinan al poder que manda. Según Eugenio Zaffaroni, "no hay ningún estado de derecho puro, sino que este es la camisa que contiene al estado de policía, que invariablemente sobrevive en su interior (...) *no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran"* (Zaffaroni, 2002: 5-6).

A su vez, el "Estado terapéutico" (Szasz, 1994), es ciertamente una manifestación del Estado de Policía. Por lo tanto, el castigo de las conductas vinculadas al consumo de estupefacientes, podría justificarse desde la óptica de ese Estado de Policía —terapéutico—, pero no en el marco de un Estado de Derecho, que debe (por imperativo constitucional) asegurar el respeto por los derechos fundamentales del individuo, entre los que, como vimos, se encuentra el derecho a la libertad (una de cuyas facetas es el consumo de sustancias).

IX. Excursus: ¿legalización de las drogas?

Cuánto viene de decirse nos conduce al gran tema de si el camino es la legalización de las drogas[21]. En efecto, si sostenemos la tesis de la inconstitucionalidad de la legislación represiva en materia de estupefacientes, si consideramos que el consumo de drogas es un derecho humano fundamental que debe respetarse y garantizarse, si entendemos que esta es una manera (una más) de realizar el Estado de Derecho (que, justamente, se encuentra

21 Entendemos por "legalización" la completa abolición del control jurídico-penal, lo que no es incompatible con una legislación en la materia.

"amenazado" por la existencia de una legislación represiva en la materia), entonces, ¿cómo eludir la cuestión acerca de la legalización de las drogas?

Por ahora, no podemos dar más que una respuesta *contingente*. En efecto, el objetivo a alcanzar es —sin duda alguna— el de la plena legalización, pero sin embargo, no se puede dar —hoy día— una respuesta absoluta al problema; esto porque el mismo no tiene otra respuesta que *política*.

Del mismo modo que fue *política* la creación de todo un marco legal, internacional y burocrático acerca de la represión del tráfico de drogas, también en estos términos creemos que deben plantearse las respuestas.

El crecimiento de los aparatos burocráticos antidrogas (que dan sustento a miles y miles de funcionarios y a sus agencias), el condicionamiento de las ayudas financieras de las grandes potencias a la existencia de marcos legales represivos en la mayor cantidad de países posibles y la posibilidad de obtener rédito político del discurso represivo, son tres factores que por sí mismos condicionan fuertemente la posibilidad de la adopción de medidas autónomas.

Una de las investigaciones de campo más importantes en relación con la guerra contra las drogas en la zona del Chapare señala que "desde que el problema de la droga adquirió más importancia en la agenda política de los Estados Unidos, en términos de amenaza para la seguridad nacional, la NAU y la DEA se convirtieron en los organismos predominantes de la política exterior de este país. Los agentes de ambos organismos se distribuyen por todo el mundo, administran vastos recursos y muestran gran poder político en los países donde operan. El personal de la DEA y la NAU tiene un peso decisivo en la formulación de la política internacional, y sus informes son claves a la hora de fijar las prioridades de la política exterior de los Estados Unidos, especialmente con relación a América Latina y Asia"; y en nota explicativa, se aclara que "no hay casi ningún país de América Latina que Estados Unidos no considere responsable por fracasar en el control del negocio de la droga", sea por pertenecer a zonas de cultivo, de tránsito, o como paraísos de lavado de dinero (el Uruguay es ubicado en estas dos últimas categorías) (Malamud Goti, 1992: 148).

¿Es posible en este contexto, proponer una radical legalización de las drogas como una alternativa posible? El dilema es, a nuestro juicio, similar al que se plantea sobre la radical eliminación de las armas nucleares. Al respecto, han existido dos tipos de respuestas: una de tipo idealista, consistente

en abogar por una prohibición absoluta de utilizar medios atómicos, y una segunda, más realista, que sólo considera que la guerra atómica no ha estallado por el llamado "equilibrio del terror", es decir, el miedo recíproco, proponiendo una regulación jurídica internacional para minimizar las posibles consecuencias de las armas nucleares, en el marco de los derechos humanos.

Veamos lo que dice Norberto Bobbio, con relación al desarme nuclear: "Cuando se entra en la esfera política no cabe prescindir de un mínimo de realismo. El desarme unilateral favorece a los violentos. La alternativa a la guerra de todos contra todos es el despotismo de uno solo" (Bobbio, 1997: 248).

Pues bien, al entrar a la esfera política del debate acerca de la legalización, tampoco podemos prescindir de ese mínimo de realismo. A nuestro juicio, al igual que un desarme atómico unilateral, una postura de despenalización unilateral y absoluta no solamente sería idealista sino que además podría traer consecuencias perjudiciales para un país pequeño y con escaso peso internacional. Paradójicamente, una decisión en este sentido sería más bien una manera de aislarnos, de transformarnos en un país potencialmente "peligroso" en la materia y con mayores riesgos de sufrir presiones o intervenciones de todo tipo.

Sólo por ello, al menos al corto plazo, la alternativa de la absoluta despenalización no parece viable. Para que ello sea posible necesitaríamos un apoyo político de al menos nuestros "gigantes" vecinos, cosa que por ahora no se vislumbra como posible. Por lo tanto, la *creación de un contexto internacional acerca de la legalización* sería un primer requisito para avanzar en tal sentido (del mismo modo que existe una política criminal internacional a favor de la penalización, debería generarse otra, de signo opuesto).

Sin embargo, no es imposible imaginar una despenalización *progresiva y gradual.* Obsérvese que el Uruguay ya cuenta con una "ventaja comparativa", al tener una legislación que al menos es más "liberal" que la de otros países de la región; y lo interesante sería profundizar en ese sentido, siguiendo la línea de la despenalización.

¿Cuál será entonces "la solución"? ¿Existe "una solución"? Al respecto, resulta de utilidad la representación de la condición humana simbolizada en la imagen del laberinto, según Norberto Bobbio: "creemos que existe una salida pero no sabemos dónde está. No habiendo nadie que pueda indicárnosla fuera de nosotros, debemos buscarla solos (...) La característica de la situación del

laberinto es que no hay ninguna salida absolutamente segura, y cuando el camino es correcto, es decir, lleva a una salida, esta no es nunca la salida final. Lo único que el hombre del laberinto ha aprendido de la experiencia (...) es que hay caminos sin salida: la única lección del laberinto es la lección del *camino bloqueado*. Lo que el laberinto enseña no es dónde está la salida sino cuáles son los caminos que no llevan a ninguna parte" (Bobbio, 1997: 250).

Pues bien, a esta altura, parece más que evidente que el camino de la penalización no nos ha llevado a ninguna parte; por el contrario, el fracaso de las políticas penalizadoras pasa justamente porque ha causado males mucho más perjudiciales que los que pretende prevenir.

En definitiva, sin perder de vista el horizonte de la absoluta legalización, debería transitarse el camino de la progresiva despenalización, como un paso significativo para asegurar la plena vigencia de derechos constitucionalmente reconocidos, y por tanto, para la realización del Estado de Derecho.

Al menos hasta ahora, no se ha demostrado que este sea un "camino bloqueado".

X. Bibliografía

AA. VV., *Seminario de capacitación sobre el problema de las drogas. Para Magistrados del Ministerio Público*, Montevideo, 1999.

———, *Jurisprudencia sistematizada* en Revista de Derecho Penal N° 11, FCU, Montevideo, 2000.

———, *Jurisprudencia sistematizada* en Revista de Derecho Penal N° 12, FCU, Montevideo, 2001.

———, *Jurisprudencia sistematizada* en Revista de Derecho Penal N° 13, FCU, Montevideo, 2002.

Bayardo Bengoa, Fernando, *Derecho penal uruguayo*, T. V, CED, Montevideo, 1967.

Bobbio, Norberto: *Autobiografía*, Editorial Taurus, Madrid, 1997.

Bustos Ramírez, Juan, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Jurídica CONOSUR, Santiago de Chile, 1994.

Cairoli, Milton, *Curso de derecho penal uruguayo*, T. IV. FCU, Montevideo, 1995.

Camaño Rosa, Antonio, *Tratado de los delitos*. Amalio Fernández, Montevideo, 1967.

Camaño Viera, Diego, *Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia* en Revista de Derecho Penal N° 12, FCU, Montevideo, 2001.

Del Olmo, Rosa, *Las drogas y sus discursos* en El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1999.

Erosa, Héctor, *La construcción punitiva del abandono* en Revista de Ciencias Penales N°1, Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 1997.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Editorial Trotta, Madrid, 1997.

———, *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero*, *Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

Fernández, Gonzalo, *Ensayos sobre culpabilidad*. Colección Jurídica y Social N° 32, Universidad Nacional del Litoral, 1994.

———, *Drogas, derecho penal y teoría del sujeto* en Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas, T.II. Presidencia de la República – UDELAR, Montevideo, 1998.

González, Carlos, *Aspectos legislativos* en Ibáñez, Perfecto A., *Los estragos de la "droga"... en el ordenamiento jurídico* en Revista No hay derecho, Buenos Aires, 1994.

Malamud Goti, Jaime, *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1992.

Nestler, Cornelius, *La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes* en La insostenible situación del derecho penal, Editorial Comares, Granada, 2000.

Ostiz, Déborah y Martín Lozada, *Drogas y control social en EEUU* en Revista No hay derecho, Buenos Aires, 1994.

Pedrazzi, Cesare, *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpeghi di capitali di provenienza illecita* en Criminalitá organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficenza e garanzia, Nápoles, 1999.

Pepino, Livio, *La legislación sobre estupefacientes en Italia* en Revista No hay derecho, Buenos Aires, 1994.

Reta, Adela, *Derecho penal. Segundo Curso*, T. II, Oficina de Apuntes del CED, Montevideo, 1960.

———, *Consideraciones acerca del llamado "lavado de narco-dólares"* en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, 1992.

Saavedra Rojas, Edgar y Rosa Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Temis, Bogotá, 1991.

Salom, Cecilia, *Régimen de circunstancias agravantes en los delitos de drogas: el Decreto Ley 14.294 y las modificaciones introducidas por la ley 17.016* en Revista de Derecho Penal N° 12, FCU, Montevideo, 2001.

Szasz, Thomas, *Contra el Estado terapéutico. Derechos individuales y drogas* en Revista Delito y Sociedad, Buenos Aires, 1994.

Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, T. 2., Editorial Reus, Madrid, 1927.

Zaffaroni, Eugenio R., *Tóxicos y ley penal* en Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas, T. II., Presidencia de la República – UDELAR, Montevideo, 1998.

———, *Derecho penal. Parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 2002.

II

Drogocriminalización y Política Criminal

Cárcel y droga en la política criminal*

Massimo Pavarini

Sumario:

I. Perfiles Privilegiados **II.** Configuración impropia: criminalización y excarcelación del drogodependiente **III.** La emergencia institucional o de la ilusión de "liberarse" de una presencia incómoda **IV.** El tratamiento terapéutico como alternativa a la cárcel: razones y críticas **V.** El recluso tóxico: tipología carcelaria del despojo institucional **VI.** La elección "obligada": La diferenciación en los tratamientos del toxicómano en prisión.

I. Perfiles Privilegiados

La elección de una política criminal, operada por el sistema penal italiano, parece secundar un topos criminológico tan obvio como compartible: la experiencia de la privación de libertad es "en todo caso" nociva para el drogo-

* Artículo publicado con el nombre "Cárcel y droga en la política criminal italiana", en Mónica Granados, et al., *El Sistema Penitenciario entre el temor y la esperanza,* México, Orlando Cárdenas editor, 1991. Traducción realizada por Lino Valencia y Claudia Storini. Agradecemos la gentileza de los traductores y del autor para la reproducción del presente artículo, quien visitó el Ecuador en el mes de septiembre del 2009.

dependiente. He aquí que el sentido de esta expresión se concentre en la locución adverbial.

Al contrario hay que decir que, en el caso de distinta indicación –que por lo general se acompaña a la anterior y que identifica como negativa toda experiencia de penalización de la drogodependencia–, aunque siendo de igual manera muy recomendable, el legislador italiano no sólo no ha mostrado quererse adecuar sino que se ha opuesto obstinadamente.

El objeto de este ensayo es demostrar cómo la persecución del primer objetivo (la excarcelación del drogodependiente condenado o imputado) viene impedida más allá de (o peor si es en oposición a) representar una elección de política penal "abolicionista" o por lo menos "reduccionista" con respecto a la cuestión de la droga.

La elección de ahorrar –o dentro de los límites de lo posible– la experiencia carcelaria al drogodependiente se justifica en el ordenamiento penitenciario italiano en clave especial preventiva. Sin embargo, me apremia rebatir en las páginas siguientes esta legitimación, mostrando cómo la devaluación del fin de la reinserción social bajo el tratamiento terapéutico indica una finalidad diferente de tipo "gerencial" de las vías alternativas a la prisión para el toxicómano condenado o imputado.

Finalmente, hay otro aspecto que no quiero dejar de tratar en la parte de las conclusiones: el fracaso catastrófico de una elección de política penal penitenciaria que, en la voluntad o la imposibilidad de orientarse hacia una construcción social diferente de la cuestión de la droga, por fuera del sistema de justicia penal, se ha limitado a recurrir a técnicas de rebaja de la pena en fase ejecutiva, bajo el presupuesto de la menor elegibilidad de la cárcel respecto a otras vías terapéuticas para emanciparse de las drogas, y obliga ya hoy "realistamente" a tomar nota de que no existe, en los hechos, nada mejor que la cárcel para el toxicómano. Si el drogodependiente no puede huir de este destino, entonces la cárcel debe equiparse para afrontar esta nueva emergencia, en la única lógica que le es propia: la de la custodia.

Al dirigirme en este ensayo a un público de lengua española que, con seguridad, no tiene por qué estar necesariamente informado de la legislación de mi país, me esforzaré, en el límite de lo posible, por no aburrirlo excesivamente con cuestiones técnicas, significativas sólo para el jurista y criminólogo italiano.

II. Configuración impropia: criminalización y excarcelación del drogodependiente

Se ha hablado del catastrófico fracaso que se dio en Italia a raíz de la elección de un sistema de justicia penal, que actuaba bajo la finalidad de la excarcelación de imputados y condenados con problemas de drogodependencia, al dejar inalterados primero y, por tanto, exacerbando después, estos procesos de criminalización. Fue ésta una elección fallida que, por otra parte, ya se venía "anunciando" gracias a otras experiencias análogas llevadas a cabo en otros países[1], y que fue "denunciada" como tal por la mayoría de la cultura criminológica y penalista internacional[2].

1 Para las políticas penales repecto al consumo de drogas ilegales en los EE.UU, véase ZIMBERG, N. E., ROBERTSON, J.: *Drugs and the Public*, Nueva York, Simon and Schuster, 1972; BRECHER, E. B.: "Drug Laws and Drug Law Enforcement: a Review and Evaluation Based on 111 Years of Experience", en SEGAL, B. (editor), *Perspective on Drug Use in United States*, Nueva York, The Haworth Press, 1986. Para Gran Bretaña, en particular para la ineficacia de las políticas represivas deseadas por el gobierno conservador, véase STIMSON, G.: "The War of Heroin: British policy and the International trade in illicit drugs", en DORM, N. y SOUTH, N. (editores): *A Land fit for Heroin?*, Londres, McMillan, 1987; para un balance negativo de las políticas de criminalización de la droga en la República Federal Alemana, léase SCHEERER, S.: "Drogenkontrollen", en SCHEERER, S. y VOGT, L. (editores): *Drogen und Drogenpolitik*. Finalmente para el caso francés, véase CURTET, F.: "Alcune considerazioni sulla tossicomania in Francia", en BRUSA, A. *et alter: Le tossicodipendenze*, Milán, 1980. En italiano para un estudio comparativo de las legislaciones europeas, cfr. CALVARUSO, C.: "Droga in Europa: qualità delle esperienze a confronto", en *Comunicazione e droga*. Atti del Convegno Droga e flussi informativi in Europa, Roma, 1986, pp. 17 y ss.; más en particular con atención al perfil jurídico, véase BETTI, M.: "La normativa sugli stupefacienti: note critiche de diritto comparato". Estudio presentado el 21 de enero de 1986 en Forlì en el Convegno di Magistratura Democratica sobre el que entonces era el proyecto de ley gubernamental en materia de toxicomanía, estudio no publicado; NEPPI MODONA, G.: "Premessa al commento del D.L. *22 aprile 1985 nº 144", en La legislazione penale*, 1986, 1, pp. 19 y ss.

2 Exterminada la bibliografía criminológica "crítica" y "abolicionista" en materia de drogas vale la pena sólo la referencia a algunos autores: HULSMAN, L.: "Drug Policy as a source of drug probems and a vehicle of colonization and repression", en Ch. KAPLAN, M. KOOYMAN, V. SENGERS (editores): *Proceedings of the second work shop on drug policy oriented research*, Rotterdam, 1985; LEVERSON, I. (editor): *Qunatitative Exploration in Drug Abuse Policy*, Lancaster, MTO Press, 1980; BARATTA, A.: "Introduzione ad una sociologia della droga", en Inchiesta, 1988, nº 79-80, pp.79 y ss.; y el último ARNAO, G.: "Proibito capire. Proibizionismo e politiche di controllo sociale", Turín, Edizioni Gruppo Abele, 1990; además de la extensa bibliografía por éstos citada.

La falacia de esta elección pertenece a una ilusión de más amplio calado, siendo la misma que inspiró, desde 1975, al legislador italiano en materia penitenciaria[3]. Con ella se ha perseguido el fin de reducir el carácter central que tenía la pena privativa de libertad a través de una flexibilidad más amplia y discrecional de la misma durante su fase ejecutiva, favoreciendo así, si no determinando por este solo hecho, al paradójico resultado de un incremento constante de las tasas de encarcelamiento.

A esto se debe añadir una ulterior agravante, referente a las vías alternativas a la prisión, para aquellos toxicómanos condenados o imputados. En este caso esto constituye una ingenuidad aún más descabellada, ya que en ella se refleja que la alternativa terapéutica se ofrece bajo amenaza de prisión, extremo éste que produce la contaminación entre pena y terapia y que impide irremediablemente toda esperanza de emancipación de las drogas.

Es más, los efectos que tiene el proceso de criminalización de la droga se descargan inexorablemente sobre su segmento final –la cárcel– con una cantidad y una calidad de problemas superiores a las posibilidades que tiene la misma de "resolverlos"; y esto aunque se asuma que el mercado de la droga en Italia –al menos en el plano de la demanda– sea constante.

Este efecto perverso de "multiplicador" de la problemática social imputable al proceso de criminalización ha sido inteligentemente examinado por una parte de la sociología[4].

La política de criminalización de ciertas drogas se ofrece, así, al científico social como un ejemplo paradigmático de sistema autorreferencial[5].

El concepto de autorreferencialidad en la construcción social del problema de las drogas ilegales puede, así, ser entendido desde dos aspectos diferentes:

3 En otras ocasiones ya se ha subrayado este perfil; por último, véase PAVARINI, M.: "Misure alternative al carcere e decarcerizzazione: un rapporto problematico", en *Inchiesta*, 1988, nº 79-80, pp.49 y ss.; y "L'inferno esiste, anche se all'interno non c'è nessuno (osservazioni su ordinamento penitenziario e ruolo della pena)", en *Questione giustizia*, 1986, nº 4, pp. 804 y ss.

4 Para todos, cfr., BARATTA, A., op. cit.

5 El reenvío para los conceptos de autorreferencialidad y autopoiesis en la investigación social, se da tanto por descontado como por su obviedad: LUHMANN, N.: *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bolonia, Il Mulino, 1990, por cuanto el mismo Baratta (op. cit. nota nº 1) reconoce que la aplicación de estas categorías a la política de criminalización de la droga "… no constituye una aplicación "ortodoxa" de la teoría de Luhmann".

- desde un punto de vista material: en el sentido de que la acción general del sistema –determinada por una imagen inicial de la realidad social– acaba por modificar la realidad misma, devolviéndola progresivamente y cada vez más a su correspondiente imagen inicial. Ahora bien, si la imagen de la construcción social de las drogas ilegales ratifica la relación necesaria entre consumo y dependencia, y entre dependencia y comportamiento asocial –cuando no delincuencial–, entonces la realidad social que se producirá será efectivamente aquella en la que el consumo degenera en dependencia y la de un dependiente cada vez más proclive a cometer actos ilegales y criminales, frente al cual será cada vez más difícil realizar cualquier esfuerzo de reinserción social.

- desde un punto de vista ideológico: en el sentido de que todo actor en el seno del sistema social recibirá la confirmación de la propia imagen de la realidad a través del proceso interactivo con los otros. En la producción de este círculo vicioso, en el que cada uno depende de los otros, es improbable que también subjetivamente se pueda modificar la imagen inicial de la realidad. Si la imagen inicial del consumidor de drogas ilegales es la de dependiente, asocial, criminal, irrecuperable, quien consuma drogas ilegales no podrá más que reconocerse como un ser dependiente, asocial, criminal, irrecuperable, reafirmando, a su vez, en los otros el estereotipo como dependiente, asocial, criminal e irrecuperable, y así esta espiral autorreferencial continuará reforzándose.

Lo que el científico social puede con convicción afirmar es que esta imagen inicial, sobre la cual después se ha construido la acción social antes descrita, está compuesta por elementos que encuentran escaso y, en cualquier caso bastante problemático, cotejo científico. Pero la escasa y problemática cientificidad de estos elementos no invalida mínimamente que la realidad "producida" se nos ofrezca precisamente marcada cada vez más por esos elementos. Por mucho que se pueda, y con razón, sostener que el consumo de sustancias estupefacientes no produce necesariamente adicción, y ni tan siquiera asocialidad, en el consumidor, si la imagen social que de él se tiene afirma lo contrario, a final de cuentas los efectos reales se adecuarán a esta

imagen falsa. Como afirma el teorema de Thomas[6]: la profecía acaba siempre por autocumplirse.

Si la imagen inicial del consumo de droga ha acabado con el tiempo por producir una realidad cada vez más parecida a sí misma –en el sentido de que efectivamente, hoy, el "drogadicto" es percibido socialmente casi siempre como un toxicómano, asocial, a menudo criminal y difícilmente recuperable– esto depende fundamentalmente del hecho de que la "cuestión de las drogas" ha sido monopolizada por el sistema de justicia penal. De hecho, todo lo que conocemos hoy –en el sentido con que se nos muestra– como "efecto" o "coste social" de las drogas no hace referencia directa al consumo de sustancias estupefacientes, sino a la criminalización de las mismas. Aquellos que se presentan como los costes sociales de la droga –la antisocialidad del drogodependiente, la expansión de la delincuencia organizada, la inseguridad ciudadana, el colapso del sistema socio-sanitario, la difusión por contagio del SIDA– son, en efecto, el producto del sistema de criminalización que recae sobre las drogas. Y entre estos costes, paradójicamente, hay que incluir también los del mismo sistema penal[7] y penitenciario[8].

Los efectos producidos por el proceso de criminalización de las drogas no sólo retroalimentan, sino que exasperan las características "negativas" del toxi-

6 Véase W, y D. Swaine THOMAS: "Situations defined as real are Real in their Consequences", en P. GREGORI, A. HARVEY (editores): *Social Psycology through Symbolic Interactions*, Massachusetts-Toronto, pp. 154-155.

7 Entre aquellos costos que "paradójicamente" sufre el mismo sistema de justicia penal se pueden indicar algunos extremadamente significativos. Desde aquellos más claramente apreciables en términos económicos y de eficiencia global del sistema a aquellos otros ligados al riesgo de una degeneración del mismo a favor de prácticas "iliberales" (acerca de este último aspecto véase UNSDRI: *Drugs and Punishment, an uptodate Interregional Survey on Drug Related Offenders*, Roma, 1988; FERRAJOLI, L.: "Tossicodipendenza, punizione o fundamenti del diritto penale", en *Atti del convengo promosso dal C.R.S.* con el título "La Pena della Droga", Roma, 1990, pp. 23 y ss.

8 Una denuncia puntual de los efectos "negativos" de la criminalización de la drogodependencia sobre la "vida carcelaria" se halla en las actas del VI Seminario Internacional de Estudios organizado por el Consejo de Europa en diciembre de 1982, cuyas actas se han publicado como un número especial de la revista *Rassegna di Studio penitenziari e criminologici*, con el título "Le droghe e la prigione", Roma, 1982. De corte crítico véase DAGA, L.: "Droga e prigione dal punto di vista della amministrazione penitenziaria", y PONTI, A. y CARAVAGLIA, G.: "Il trattamento dei tossicodipendenti in ambiente carcelario", ambos en *Devianza ed emarginazione,* 1982, nº 4, respectivamente en las pp. 155 y ss. el primero y 181 y ss. el segundo.

cómano como delincuente, hasta tal punto que acaban por convertir, progresiva e inexorablemente, en ineficaces las posibilidades legales de no sufrir la pena de prisión. En otras palabras, en el seno de la construcción social de la droga como cuestión también penal, el legislador es llamado una y otra vez a definir cuál es el umbral de compatibilidad funcional entre instancias de prevención general, en todo caso connaturales a toda decisión de criminalización, y oportunidades de ahorrar la experiencia de privación de libertad a quien también es drogodependiente. Este umbral de compatibilidad es el que determina, por tanto, el límite tolerable por debajo del cual puede darse la excarcelación; sin embargo, ésta nunca se podrá dar por encima del mismo. Asimismo, es posible que el legislador pueda operar, de manera tangencial, una mediación eficaz en el sentido de que se vaya a producir efectivamente una excarcelación satisfactoria, no obstante la existencia de penalización; pero esto se dará sólo, precisamente, de manera tangencial. Con el tiempo, el efecto "multiplicador" del proceso de criminalización acabará inexorablemente por producir una realidad criminal "diferente" –percibida por el sistema penal como "más grave" o "más peligrosa"– de tal manera que se colocará al drogodependiente "más allá del umbral", en el espacio en que no es posible excarcelación alguna. La posibilidad, a menudo intentada, de hacer avanzar "progresivamente" el umbral se muestra ineficaz, bien sea porque se aplique con retraso y sea de esta manera inadecuada respecto a los efectos inducidos del proceso de criminalización, bien sea porque estructuralmente existe un punto crítico más allá del cual la elección de penalizar no soporta la de la puesta en libertad; y es a este punto crítico de rigidez al que creo que ya hemos llegado en Italia.

III. La emergencia institucional o de la ilusión de "liberarse" de una presencia incómoda

Es de cierto interés hacer un recorrido crítico por las etapas de este anhelante, si bien desesperanzador, seguimiento de la política de excarcelación en Italia con respecto a las personas drogodependientes privadas de libertad y condenadas acerca de los efectos a los que induce la criminalización de la droga[9].

9 La historia legislativa de esta "reforma" in eterno fieri, de la Ley 685/75 en adelante a la que se ha

La cuestión de la criminalización de las drogas en Italia sufre su primera situación de emergencia en las cárceles a inicios de los años ochenta, si se considera que la Ley 685/75[10] no contemplaba ninguna medida alternativa para el toxicómano que estaba en prisión preventiva ni para la expiación de la pena; más bien al contrario, ya que en ella se regulaba el tratamiento terapéutico-asistencial exclusivamente de puertas adentro, es decir, en la misma prisión, para aquel recluso que tenía una gran adicción a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Esta elección legislativa era congruente con una ingenua representación de la realidad tal y como venía desarrollándose por el mismo efecto del proceso de criminalización; ingenuidad capaz de confiar en que la no punibilidad del consumo de "módicas cantidades" pudiese contener la presencia de drogadictos en las cárceles dentro de unos márgenes de compatibilidad disciplinaria[11].

Es más, la figura de "secciones carcelarias oportunamente equipadas" para el tratamiento de los reclusos toxicómanos no llegó nunca a crearse; es cierto que en esta elección confluían razones, en primer lugar, de inercia e inmovilismo institucional, si bien tampoco puede ocultarse que existía una

recurrido en más de una ocasión, aunque sea desde diversas ópticas; para un interés particular en la aplicación de las medidas alternativas, véase BECONI, A. FERRANNINI, L.: "Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente", en *Questione giustizia*, 1986, pp.875 y ss.; CORBI, F.: "L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo "sostitutivo" della pena detentiva", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, pp. 1.110 y ss. Por el contrario, desde una óptica dirigida a las perspectivas de modificación legislativa de la regulación originaria de 1975, véase PRINA, F.: "Tossicodipendenza e legislazione: un'analisi comparata delle proposte di mofifica della legge 22 dicembre 1975 nº 685", en *Sociologia del diritto*, pp.101 y ss.; AMBROSINI, G.: "Droga e libertà nelle prime applicazioni della legge 532/1982", en *Questione giustizia,* 1983, pp.103 y ss.; SCHIACCHITANO, R.: "Problemi di aggiornamento della legge sulle tossicodipendenze", en *Questione giustizia*, 1983, pp. 317 y ss.; CASTELLANI, C. y FASSONE, E.: "Tossicodipendenza e proceso penale. Osservazioni sulle prospettive di riforma della legge 685/75, en *Questione giustizia*, 1985, pp. 357 y ss.; SCOTTI: "Leggi per le tossicodipendenze: nove iniziative a confronto", en *Quaderni della giustizia*, nº 36, 1984, pp. 23 y ss.

10 La bibliografía sobre la ley 685/75 es bastante amplia; para todos, véase DI GENNARO, G.: *La droga. Controllo del traffico e recupero dei drogatti,* Milán, Giuffrè, 1976; FLICK, G. M.: *Droga e legge penale. Miti e realtà di una repressione,* Milán, Giuffrè, 1979; INSOLERA, G. y STORTONI, L.: "Un'altra legge "speciale": la legge sulla droga", en *La questione criminale*, 1876, nº 1, pp. 97 y ss.

11 "Ingenuidad" únicamente del legislador italiano, cuando la doctrina más notable ya denunció desde el inicio los efectos "inevitables" de la excarcelación en la nueva normativa: véase FLICK, op. cit. e INSOLERA, STORTONI, op. cit.

opción político-cultural radicalmente opuesta y que en aquella época era particularmente sentida y estaba muy difundida no sólo entre los operadores socio-sanitarios sino a nivel ministerial. Recuérdese la circular ministerial nº 2414/4868 de abril de 1977, en la cual se hacía referencia a la "inoportunidad de aislar a los toxicómanos bajo condiciones de segregación y de sustancial marginación siempre que no sea indicada por motivos clínicos o por datos estadísticos fehacientes, lo que, por otra parte, sustraería al paciente del auxilio socializador que tiene la convivencia en comunidades no diferenciadas, haciendo más dificultosas las iniciativas de rehabilitación o de reinserción que, en cualquier caso, constituyen el aspecto más determinante y resolutivo para el tratamiento de la drogodependencia"[12]. Sirva este ejemplo para caracterizar aquella "política de las drogas" que todavía no tenía carácter de situación de emergencia y que confiaba en la posibilidad de hacer frente "de modo ordinario" a la existencia de reclusos toxicómanos.

Ya a inicios de los años ochenta esta esperanza se mostraba mal planteada, al acabar en la cárcel cada vez más drogadictos, lo que llevaba a situaciones conflictivas dentro de las mismas.

La existencia de datos estadísticos de este fenómeno a partir de 1979 nos permite extraer de ellos algunos que consideramos esenciales, es decir, aquellos que nos permiten compararlos con otros datos posteriores pertenecientes a años más próximos: a 31 de septiembre de 1979 los reclusos toxicómanos sumaban 2.579, cifra que correspondía al 9'3% de la población penalmente reclusa; a 31 de diciembre de 1982 la presencia de toxicómanos en prisión crecía a 3.599, habiéndose producido un incremento igual al 39'55% en relación a sólo tres años antes, lo que representaba ya un porcentaje del 11% de la población reclusa total. Respecto a la situación jurídica, la relación entre reclusos preventivos y condenados en ejecución de la pena era, según el informe de diciembre de 1982, de alrededor de 9 al 1[13].

De aquí viene la decisión casi obligada de tener que excarcelar, atacando, en primer lugar, el flanco más alarmante constituido por los reclusos toxicómanos en espera de juicio.

12 Recogida en BECONI, FERRANNINI, op. cit. p.842.

13 Datos proveídos por la Administración Penitenciaria y obtenidos de los informes de la investigación conducida por CASTELLANI, R., CORTELLESSA, D., RUNSTENI, I.: "Indagine sul trattamento penitenziario dei tossicodipendenti", en *Le drogue e la prigione*, op. cit. pp. 291 y ss.

Este periodo quedó inaugurado por la ley 532/82 que, aun sin referirse a la disciplina de la drogodependencia, asume, no obstante, una especial importancia en relación al objetivo de ahorrar la experiencia de la prisión al drogadicto imputado, ya que contemplaba para éstos la medida del arresto domiciliario bajo régimen de internamiento en alguna comunidad terapéutica[14]. La alternativa de la comunidad terapéutica frente a la de la cárcel marca, así, la primera vía, que después se reveló maestra, en el proceso de excarcelación, siguiendo experiencias análogas llevadas a cabo en otros países[15].

Posteriormente a esta ley, y cercana en el tiempo a ella, se aprobó la ley 398/1984, complementaria de esta materia, con la que reconocía, por vez primera, a las comunidades terapéuticas. Esta ley dejaba a cargo de la Administración Penitenciaria la responsabilidad de mantener al imputado en ejecución de la medida de arresto que se seguía en una comunidad.

Finalmente y por lo que se refiere al drogodependiente imputado, la ley de 21 de junio de 1985 nº 297, en materia de restricción de la libertad personal y de la libertad provisional, exigía al juez, que pretendiese adoptar una orden facultativa de captura con respecto a un imputado toxicómano que estuviese siguiendo una actividad de recuperación, una suerte de "evaluación equilibrada" entre elementos de carácter opuesto, como, por ejemplo, entre la necesidad de la adopción de medidas cautelares y el peligro de que la interrupción del programa terapéutico pudiese llegar a perjudicar la desintoxicación del imputado; es más, encomendaba igualmente al juez, en los casos en que la concesión de la libertad provisional fuese autorizada, a valorar no sólo las exigencias de naturaleza cautelar, sino que éste, además, debía tener en cuenta también la posibilidad de que el estado de libertad permitiera una consecución más eficaz del programa terapéutico en curso, y que por el contrario, se viera interrumpido por la ejecución de la orden o del mandamiento de captura[16]. Todo esto, como bien se entiende, se llevaba a cabo en una ló-

14 La utilización de las medidas alternativas a la prisión cautelar con el objetivo de que el imputado en prisión abandone la condición de drogodependiente se examinan críticamente en FASSONE, CASTELLANI, op. cit., pp. 364 y ss. y en BECONI, FERRANNINI, op. cit. pp. 849 y ss.; por último en PRESUTTI, A.: *Tossicodipendenze e libertà personale. Misure processuali e penitenziarie,* Milán, Giuffrè, 1989.

15 Véase la bibliografía citada en la nota nº 1.

16 Para algunos comentarios muy críticos con la reformada disciplina procedimental del imputado drogodependiente, véase la bibliografía citada en la nota nº 14.

gica explícita de *favor libertatis* para el imputado toxicómano que hubiese emprendido la vía para librarse de las drogas.

Se hace difícil evaluar el efecto que ha tenido sobre la excarcelación esta normativa con respecto al toxicómano en espera de juicio. Las muestras estadísticas nos dicen que, a dos años del relevamiento antes citado de 1982, la relación entre reclusos definitivos drogodependientes y no definitivos, se había equilibrado de aquel 9 a 1 a un más razonable 6 a 1[17]; pero aun así la diferencia es bastante poco significativa cuando se considera que incluso durante el periodo citado se registró una inversión general de la tendencia entre la población penalmente recluida a favor de los reclusos en cumplimiento de condena sobre aquellos en espera de juicio[18].

En contrapartida, la presencia de toxicómanos en prisión continuaba acrecentándose: a 31 de diciembre de 1984 superaba en abundancia las cuatro mil personas, con un incremento del 56'8% en comparación con los cinco años anteriores[19].

A mediados de los años ochenta, la elección de política criminal en clave de excarcelación acomete por primera vez la cuestión de los toxicómanos reclusos en ejecución de condena, previendo para éstos un "régimen especial" alternativo. Inicialmente fue la ley 297/85[20] que introdujo en la legislación penitenciaria la entrega bajo custodia a prueba a los servicios sociales, en casos particulares y de forma limitativa, de los toxicómanos y alcohólicos que debían cumplir una pena privativa de libertad no superior a los dos años y seis meses y estuviesen siguiendo un programa de rehabilitación; posteriormente fue la ley 663 de 1986 de reforma del ordenamiento penitenciario que regulaba de manera diferente la figura de la entrega bajo custodia a prueba[21] que sería no sólo aplicable al toxicómano que estuviese siguiendo

17 Datos aportados en el encuentro celebrado en Pontremoli (La Spezia) del 31 de mayo al 1 de junio de 1985 sobre el tema "Cárcel y droga" por una investigación de la Direzione generale degli istituti di prevenzione e pena.

18 Datos aportados en el encuentro celebrado en Pontremoli (La Spezia) del 31 de mayo al 1 de junio de 1985 sobre el tema "Cárcel y droga" por una investigación de la Direzione generale degli istituti di prevenzione e pena.

19 La fuente es la misma que la de la nota nº 17.

20 Para la doctrina, véase el comentario puntual de NEPPI MODONA, CASTELLANI y FASSONE en *Legislazione penale*, 1986, pp. 19 y ss.

21 Además de la bibliografía ya citada, acerca de este punto véase también, PRESUTTI, A.: "Affida-

un programa de recuperación, sino también a aquellos otros que tuviesen la intención de emprender esta actividad terapéutica. Sobre esta figura se volverá a hablar en extenso más adelante, pero por ahora es suficiente con el hecho de que haya sido mencionado a fin de demostrar la ineficacia del mismo respecto al fin perseguido con la excarcelación, como, por otra parte, se ha mostrado igualmente ineficaz el decreto del presidente de la República 865/86 sobre amnistía e indulto, mediante cual se regula una suerte de "indulto condicionado" por el que se concede un tratamiento más favorable a aquellos que, habiendo dejado de ser toxicómanos en el momento de la presentación de la instancia para la concesión del indulto, deban expiar todavía una pena por delitos contra el patrimonio cometidos por causa de su anterior condición de drogodependiente.

La ineficacia de estas disposiciones se evidencia gracias a los siguientes datos estadísticos: en 1986 los toxicómanos en prisión eran ya 6.102, lo que equivalía al 19,43% de la población reclusa; en 1988 la cifra ascendía a 7.500, representando el 24,13%; mientras que en el último relevamiento estadístico de junio de 1989, se alcanzaba ya la cifra de 8.790, o lo que es lo mismo, más de un cuarto del total de la población privada legalmente de libertad[22].

La verdad es que estos datos representan, en términos inadecuados por defecto, el dramatismo de la situación; no porque sean piadosa o prudentemente mendaces, sino porque "agregados" a nivel nacional establecerán el precio político de las emergencias locales. Al ser la drogodependencia una cuestión que se da esencialmente en las áreas metropolitanas, son las cárceles de las grandes ciudades las que sufren en mayor grado este fenómeno; por ejemplo, en las instituciones penitenciarias correspondientes a la inspección de Turín, la presencia de toxicómanos es de un 36,5%; mientras que en las de Milán es de un 31,42%, o en las de Padua, de un 31,63%[23]; y todavía es

mento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche", en GREVI, (editor): *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (l. 10 ottobre 1986 n. 663)*, Padua, CEDAM, 1981, pp. 178 y ss.; STOCCO, R.: "L'affidamento in prova al servizio sociale", en FLORA (editor): *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 190 y ss.

22 Datos extraídos de la investigación realizada por CASTELLANI, R. y DI LAZARO, A.: *Indagine nazionale sui soggetti tossicodipendenti e affetti dal viris HIV detenuti negli istituti penitenziari,* Roma, Direzione generale degli istituti di prevenzione e pena, 1990.

23 Información recopilada en la investigación que se menciona en la nota anterior.

más dramática la situación en algunos grandes centros penitenciarios, como los de San Vittore, Le Vallette, La Rebibbia…, donde los jóvenes involucrados en cuestiones de droga superan ya con creces el 50%[24].

En esta reseña de la no sólo ponderosa sino además ineficaz legislación italiana a favor de la excarcelación de toxicómanos, merece la pena por último recordar lo que establece la nueva "ley sobre drogas" en el tema de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad[25]. En esta figura vienen reguladas tres situaciones diferentes; la primera se refiere a aquellas personas condenadas a una pena de privación de libertad inferior a tres años por delitos cometidos relacionados con su condición de drogodependiente en caso de que esta condición haya cesado porque la persona ya se haya sometido a un programa terapéutico y de rehabilitación social; la segunda se refiere al caso en que la condición de dependencia no haya cesado, pero el sujeto esté ya inmerso en un programa de rehabilitación; y finalmente la tercera va dirigida a aquellos que tengan que responder solamente por delitos de producción y tráfico de pequeña entidad, siempre que las penas privativas de libertad correspondientes no superen los cuatro años. Este beneficio será concedido por el Tribunal de Vigilancia a instancia del condenado; si en los cinco años posteriores al auto de suspensión de la ejecución de la pena el condenado no cometiese ningún delito no culposo punible con la reclusión, la pena y cualquier otro efecto penal se extinguirán.

Este no es momento para entrar en matices técnicos, por lo que nos dedicaremos a intentar comprender la previsible eficacia del efecto excarcelador que se pretende con esta nueva figura.

La primera hipótesis, para entendernos aquella que contempla al condenado ex toxicómano, hay que apreciarla a fin de resolver una incongruencia

24 Con este propósito véase la investigación *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione nell'area milanese. I magistrati. Le comunità,* a cargo del Centro nazionale de prevenzione e difesa sociale, 1986. Las razones por las que no se permite a los reclusos drogodependientes disfrutar adecuadamente de las vías alternativas a la prisión son analizadas también en CASTELLANI: "Diffusione delle tossicodipendenze in carcere", en *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1984, pp. 212 y ss. y en DAGA, op. cit. Sobre este punto se volverá más adelante de manera más extensa en la parte final de este ensayo.

25 Me refiero a la nueva ley ahora regulada por decreto presidencial de 9 de octubre de 1990, nº 309 como "Testo unico delle leggi in materia de disciplina degli stupefacienti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza". Sobre este punto, cfr. TUREL, E., BUONACORE, G.: *Droga: manette e riabilitazione*, Udine, Misio, 1990, pp. 153 y ss.

que se determina en la regulación del ordenamiento penitenciario, y que ha sido justamente censurada por la doctrina[26]. Ésta se centra en que el beneficio de la entrega bajo custodia a prueba sin "pasar por la cárcel" puede ser disfrutado sólo por quien resulte ser toxicómano en el momento de la condena, con lo que se da una situación paradójica, ya que aquel que ya no lo fuera porque se desintoxicó antes de que llegase ese momento, debería sufrir el cumplimiento de la condena en reclusión.

Es cierto que bajo una perspectiva de racionalidad se comparte esta hipótesis de suspensión del cumplimiento de la condena, si consideramos que a tales situaciones paradójicas se había intentado frecuentemente poner remedio acudiendo al recurso del derecho de gracia, lo que desnaturalizaba, de por sí, la naturaleza excepcional de esta última figura de clemencia; y no tanto por su potencialidad para la excarcelación, cuyo límite se establecía en los tres años de pena privativa de libertad; ni por la posibilidad de disfrutar este beneficio una sola vez, ni por la circunstancia de que en el lapso de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el momento en que la condena se convierta en ejecutiva el condenado deba haberse librado "completamente" de su dependencia, sino porque se deja entrever que el recurso a esta figura iba a ser cuantitativamente modesto.

Todavía más pesimista es la previsión a la que se refiere la segunda hipótesis: aquella en que el condenado esté aún inmerso en un programa terapéutico; en esta hipótesis, la suspensión de la ejecución se diferencia de la entrega bajo custodia a prueba en casos particulares sólo por algunos, aunque apreciables efectos, lo que nos reenvía a la diferente naturaleza jurídica que tienen estos dos institutos, que se refleja, de hecho, desde el punto de vista de las consecuencias excarcelantes, dado que el espacio de operatividad de estas dos figuras es, por una parte, el mismo, y, por otra, la figura de la suspensión de la ejecución es más limitada en su aplicación de lo que es la entrega bajo custodia a prueba. Honestamente, se me escapa la *ratio* de política criminal que inspira esta hipótesis de la suspensión de la ejecución.

Por el contrario, es interesante la extensión que se opera de la suspensión para penas inferiores a los cuatro años, siempre que sean sólo por delitos de

26 Por ejemplo PRESUTTI: "Affidamento in prova al servizio sociale, etc." op. cit. p. 182; BECONI, FERRANNINI, op. cit. p. 865; FASSONE, comentario al artículo 4-ter, op. cit. p. 51.

"venta de drogas"; aquí se registra, aunque sea sólo para un determinado tipo de delitos, un ulterior avance del umbral de excarcelación que rebaja el de los tres años que parecía representar el nivel de compatibilidad no violable entre la necesidad de precaución general y aquellas otras para "librarse" de la pena de reclusión. Éste podría ser un primer indicio de un nuevo impulso hacia la excarcelación del drogodependiente, anunciado de manera significativa en una ley que posteriormente lo penaliza. Sólo por este aspecto, la nueva regulación de los estupefacientes se obstina en el vicio original de mantener compatibles ambas finalidades.

IV. El tratamiento terapéutico como alternativa a la cárcel: razones y críticas

En vez de la cárcel, una terapia de desintoxicación. Ésta es la opción que se le concede al toxicómano condenado a pena privativa de libertad en todas las políticas de criminalización de la droga imperantes en la actualidad. Ésta opción puede, aunque no necesariamente, convivir con diversas modalidades de vías alternativas, bien sea en el proceso penal mismo, en términos, por tanto, de digresión, bien sea en la pena de prisión, cuando la terapia se constituye en pena sustitutiva.

El tratamiento terapéutico desintoxicante como alternativa al sistema penal o al penitenciario define aquellas modalidades de tratamiento que se inscriben en el marco de una estrategia diferenciada de criminalización de las drogas, y desde este punto de vista las "salidas" legales del penal, de la pena privativa de libertad, o simplemente de la cárcel es como son examinadas.

Las razones a favor de la opción terapéutica a través de vías alternativas en el proceso, a las penas o a la cárcel son múltiples a la vez que poco homogéneas.

En este sentido, el efecto mismo de la construcción social de la droga como una cuestión criminal es determinante. Ésta se presenta como una hibridación irresoluble de la tipología subjetiva del consumidor de drogas ilegales que, por un lado, es dependiente de éstas, mientras que por el otro, es un criminal. Este primer aspecto evoca la enfermedad y sugiere la terapia, mientras que el segundo evoca la culpa y por tanto la pena. La necesidad de hacer convivir la represión con la cura, es decir, algo imposible, es uno de

aquellos tantos precios que se tienen que pagar en el proceso de desnaturalización de la cuestión social de la droga.

Y no sólo esto, sino que la terapia sólo puede ofrecerse como alternativa cuando la misma se lleve a cabo en términos adecuados a los requerimientos de control propios de la justicia penal, es decir, cuando se determinen las condiciones para una delegación del poder disciplinario entre sistema penal y sistema socio-sanitario.

En este proceso de traspaso de la problemática social, desde el sistema penal-penitenciario a otros sistemas[27], merece la pena que estos últimos se "sujeten" a las razones del primero. Esta servil subordinación al sistema penal se ejemplifica en nuestra realidad actual en la comunidad terapéutica, institución auxiliar en que la terapia se convierte en disciplina y control. En estas condiciones es cuando la alternativa es políticamente factible.

De aquí se desprende una primera situación paradójica: mientras la alternativa se revela desastrosa con respecto a aquel que recibe la delegación, debido a la imposibilidad de curar "castigando", la misma es apreciada positivamente desde el punto de vista del sistema penal, por la razón inversa, como es la de castigar "curando"[28], al ser esta apreciación, de naturaleza simbólica, aquello que en mayor medida se inserta en la esfera de legitimación de la pena[29]. Éste es el aspecto en el que se debe entender el dominio menos combatido y más intransigente en la construcción social de la droga como cuestión criminal.

Bien es cierto que en el afán de favorecer esta disposición del sistema penal carcelario hacia el sistema terapéutico, se ha dado mucho juego tanto a la finalidad preventiva especial de la pena, como a la interpretación reduccionista de ésta como tratamiento. Sin embargo esto sólo es así en apariencia y en términos de excusa. Más bien al contrario, resulta crucial, en este proceso, la decisión de rebajar la pena a través de un tratamiento "especial" del recluso toxicómano por fuera de cualquier consideración especial-preventiva.

27 Acerca de este aspecto, en términos teóricos, me apoyo en PAVARINI, M.: "Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale", en *Dei delitti e delle pene*, 1986, nº 2, pp. 251 y ss.

28 Cfr, las agudas reflexiones de PITCH, T.: *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milán, Feltrinelli, 1989, pp.23 y ss.

29 Véase PAVARINI, M.: "La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo", en *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, nº 1, pp. 1 y ss.

En este punto se impone una serie de consideraciones en un doble orden: la primera es que tanto ley como vías alternativas para el condenado toxicómano deberían constituirse en un "derecho especial"[30], donde precisamente la concesión de beneficios no puede ser adscrita a la lógica de la rebaja de la pena con fines especial-preventivos; la segunda, consecuente con la primera, es la que interpreta esta especialidad en una acepción tecnocrática como instrumento de excarcelación con la única razón de la gobernabilidad de las instituciones carcelarias. En vez de la cárcel, la terapia de desintoxicación "sea como sea", porque la cárcel no es capaz de gestionar materialmente esta presencia: sólo dentro de los límites establecidos por la ley, se garantiza siempre a todos esta alternativa.

Paradójicamente esta elección de política judicial, en los hechos, se muestra incapaz de conseguir la excarcelación, ya que la mayoría de los reclusos toxicómanos condenados hoy en día por sentencia firme se ven restringidos no sólo en las cárceles italianas, sino también por los términos legales para disfrutar de la entrega bajo custodia a prueba, de la que de hecho no disfrutan.

Personalmente no conozco datos fehacientes a nivel nacional, si bien dudo seriamente de que éstos existan, pero, sin embargo, puedo dar cuenta con absoluta precisión de la situación de la drogodependencia en prisión en un ámbito regional como es el de la Emilia-Romaña[31]. Si se considera que esta región es una de las más ricas a nivel nacional en cuanto al número de comunas terapéuticas y por la calidad de sus servicios, no es imprudente deducir que la media nacional atestigüe índices aún más dramáticos. Finalmente, gracias a repetidos y constantes contactos con funcionarios de

30 En la doctrina, entre otros, PRESUTTI, ult. op. cit. p. 187 y ss.; CORBI, op. cit. p. 1.154. Que la entrega a prueba bajo custodia particular se agote en una actividad esencialmente terapéutica se confirma, por tanto, por el tipo de prescripciones que pueden ser impuestas por el programa terapéutico, mientras que el recurso a aquellas otras previstas para la custodia ordinaria se justifica en la medida en que éstas no obstaculicen el programa de recuperación. En resumen, el cometido de los servicios sociales se limita sólo a aquellos de control.

31 Por necesidades ligadas a un proyecto experimental de reinserción al trabajo fuera de la cárcel de un análisis tipo representativo de los reclusos en las cárceles de la Emilia-Romaña, se ha dispuesto –a cuenta de las administraciones penitenciaria y regional- la organización de un levantamiento epidemiológico acerca de las necesidades de alternatividad entre la población reclusa; de esta investigación, realizada mediante pruebas periódicas, se puede dar cuenta con precisión hasta el 30 de marzo de 1990 de la situación de la drogodependencia en la cárcel.

prisiones de otros ámbitos regionales, estoy convencido de la credibilidad general de los datos que a continuación se exponen.

A 30 de marzo de 1990, los reclusos toxicómanos condenados por sentencia firme en prisión en las instituciones penitenciarias en la región de Emilia-Romaña eran 354; de éstos, el 42,4% resultaba que habían sido condenados a una pena de privación de libertad inferior a tres años y que nunca se habían beneficiado en el pasado de la entrega bajo custodia a prueba; a pesar de que la nueva jurisprudencia, que admite el beneficio de la entrega bajo custodia a prueba también para aquellos que tienen que expiar todavía una pena inferior a los tres años, el 78,5% de nuestra muestra se encontraba en esta situación. De ellos, sólo el 13,3% resultaba, por el contrario, que tenían una petición de entrega bajo custodia en curso.

¿Por qué? ¿Cómo es posible que la mayoría de los reclusos definitivos toxicómanos esté en la cárcel cuando, por voluntad de la ley y por decisión jurisprudencial, deberían estar en régimen de entrega bajo custodia a prueba? Las razones son múltiples y complejas, pero unánimes cuando apuntan al fracaso de toda política de excarcelación que persevere en políticas de penalización. Examinemos las principales:

- Para un drogodependiente condenado a una pena breve (inferior a un año) la elección terapéutica (esencialmente de tipo comunitario) se le presenta como mucho menos "atractiva" que la de la cárcel; en resumen, prefiere ir a la cárcel.
- Para aquellos otros que han sido condenados por sentencia firme y en espera de que otros procesos en contra suya se definan (siendo ésta una situación que se da muy frecuentemente entre los toxicómanos) o que piensan que en el futuro van a sufrir alguna vez más los rigores de la ley, es prudente no "consumir" esta posibilidad, a sabiendas de que no van a poder acogerse a esta medida en más de dos ocasiones.
- Para los otros que, en cambio, optarían por la alternativa terapéutica, en los hechos ésta les viene negada porque el nivel de receptividad y, por ende, de selectividad de las estructuras terapéuticas no es capaz o, en cualquier caso, considera que no se va a poder hacer cargo de todos. Por tanto, el recluso que no consigue llegar a un acuerdo para acogerse

a ningún programa terapéutico, no puede cumplir con las condiciones previstas para el régimen de la entrega bajo custodia a prueba.

Esta última circunstancia, la más dramática y temo la más recurrente, ejemplifica claramente lo que antes se ha afirmado teóricamente: la alternativa, en este caso la terapia de desintoxicación, es vivida apriorísticamente como un fracaso con respecto al toxicómano "criminalizado". Las condiciones de factibilidad para ser tomado a cargo bajo terapia –libre adhesión del paciente al tratamiento, reducción de los momentos disciplinarios a sólo aquellos exigidos por la terapia, etc.– les vienen decididamente negadas por las razones opuestas de la intervención penal. Se comprende, aunque sin querer con ello justificarlo, la actitud a menudo obstruccionista de quien es llamado por la ley a hacerse cargo del toxicómano "en lugar de la cárcel"[32]. Con el resultado de que, al no cumplirse en los hechos la delegación entre el sistema penal-penitenciario y el sistema socio-sanitario el toxicómano condenado o en prisión acaba finalmente por permanecer en ella.

V. El recluso tóxico: tipología carcelaria del despojo institucional

Sabemos que la población drogadicta en prisión en Italia tiende progresivamente a aumentar; he intentado dar las razones del porqué de este fenómeno. Ahora nos interesa conocer el perfil subjetivo del "recluso drogadicto". Mantengo que este perfil –a pesar de que su trazabilidad es todavía muy aproximativa– está en condiciones de mostrarnos como para este sujeto es irreal pensar en otro destino que no sea la cárcel.

En la fecha preestablecida del 15 de mayo de 1989 la Dirección General de Instituciones de Prevención y Pena, Departamento VII, del Ministerio de Gracia y Justicia, condujo una investigación nacional acerca de los drogodependientes contagiados con el virus HIV que estaban recluidos en las

32 Estas posiciones se explicitan claramente en L'*esperienza simulata, Discussione su droga e tossicodipendenza*, Trieste, Edizioni E., 1989, que recoge las actas de un curso de actualización profesional para operadotes socio-sanitarios que realizan sus labores en el ámbito de las drogodependencias.

instituciones penitenciarias[33]. Los datos obtenidos, a pesar de que todavía éstos están superficialmente procesados, son muy interesantes para la defensa de la tesis que quiero sostener.

En síntesis, el toxicómano que acaba en la cárcel pertenece a una franja de edad comprendida esencialmente entre los 22 y 30 años (62,1%), de sexo masculino (92,7%), soltero (85,3%), con baja escolaridad (el 5,7% no ha terminado los estudios elementales y el 40,5% tiene sólo el graduado escolar); normalmente en paro (41,4%), residente, en general, en las grandes áreas metropolitanas (el 23,9% de todos los investigados está recluido en instituciones penitenciarias del área de Milán; el 18,6% en las de Nápoles; el 16,4% en las de Turín y el 16,2% en las de Roma).

Es heroinómano en el 87,5% de los casos; tiene una "historia" personal de drogodependencia bastante larga (el 23,5% entre seis y diez años; el 14,4% más de diez años). En el 51,4% de los casos no se ha sometido nunca a un tratamiento terapéutico en estado de libertad; en el 31,6% de los casos ha tenido contactos anteriores con la estructura sanitaria pública y en el 5,9% ha conocido experiencias de tratamiento en comunidades terapéuticas en régimen residencial o semirresidencial. El 35% de aquellos que se han sometido voluntariamente a análisis (lo que equivale al 84% del total de los presos investigados toxicómanos) ha resultado estar infectado con el virus HIV.

Por lo que se refiere a un perfil más detallado sobre la posición jurídico-penitenciaria del toxicómano en prisión, resulta que sólo el 40,2% está cumpliendo condena con sentencia firme; en espera de juicio el 20,5%, mientras que en condición de apelante o recurrente se halla el 32,6%. En cuanto a la tipología de los delitos, el 38,4% corresponde únicamente a violaciones de la ley 685/75, mientras que el 46,3% corresponde a otros actos ilícitos; el 70,3% es reincidente, mientras que para sólo el 16% es su primera experiencia carcelaria.

Es ilustrativo que, del universo juvenil vinculado a la drogodependencia, el sistema penal penitenciario italiano haga una selección "feroz" entre aquellos débiles y aquellos otros más débiles. Si bien es verdad que la droga no conoce fronteras de clase, la criminalización de la misma, sin embargo, las magnifica, reproduciendo en términos amplificados las diferencias en cuanto a la igualdad de oportunidades existentes en la sociedad. En este sentido, el

33 Cfr. nota nº 22.

toxicómano recluido en prisión es muy poco representativo del "drogadicto". No obstante, en este aspecto no se registra ningún signo original: que el sistema penal sea reproductor de la desigualdad social se verifica no cierta y únicamente en relación a la drogodependencia, sino frente a múltiples situaciones marcadas por la pobreza y la marginación[34].

Más interesante, porque evidencia un perfil menos investigado, es el peso determinante que juega el fracaso de las políticas de asistencia social con respecto al proceso de encarcelamiento del toxicómano. Los datos presentados más arriba dan testimonio de que alrededor de la mitad de los drogodependientes en prisión ya había sido tomado a cargo, bajo diferentes conceptos y modalidades, por el sistema socio-sanitario (público y privado). Puesta a cargo que evidentemente ha fallado en el plano terapéutico desde el momento en que un sujeto se halla en prisión en razón, o por efecto de, su drogodependencia. Con ello quiero decir que en buena medida el toxicómano se halla en prisión también porque la red de servicios sociales asistenciales no ha conseguido "retenerlo". En este sentido el fracaso terapéutico viene acompañado a menudo por una especie de "abandono" de esta situación problemática por parte de los servicios sociales[35].

Y este abandono no puede más que significar que una delegación implícita de poderes al sistema de justicia penal. En resumen, el toxicómano en prisión sufre una marginación no sólo social, sino también institucional, como un "despojo" por parte de quien habría debido hacerse cargo de sus necesidades de asistencia y ha fallado en su cometido. Con ello no le reprocho al sistema social asistencial que no sea omnipotente; por el contrario, lo que pretendo es hacer una reflexión acerca de la inviabilidad de recurrir siempre al sistema social asistencial para la toma a cargo, como vía alternativa a la

34 Dentro de la sociología crítica del derecho penal el sistema de la justicia criminal en una sociedad desigual viene considerado, junto a las otras instituciones de socialización, como la instancia decisiva para el mantenimiento de una realidad social desigual. Sobre el punto cfr. STEINERT, H. (editor): *Der Prozess der Kriminalisieurung*, Múnich, 1973; GOLDMAN, N.: *The Differential Selection of Juvenile Offenders for Court Appearance,* Nueva York, 1963.

35 Acerca de la relación entre fracaso y abandono de esta situación problemática por parte de las agencias de Bienestar y de la construcción de una nueva categoría de la peligrosidad social, como peligrosidad situacional, así como sobre la interacción circular entre sistemas de control social h*ard e soft*, véase las penetrantes páginas de DE LEONARDIS, O.: *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Milán, Feltrinelli, 1990, pp. 79 y ss.

prisión, de aquellos que están en la cárcel porque precisamente han sido "descartados" por el sistema. Y sin embargo es eso lo que la ley "absurdamente" querría, cuando confía en que el tratamiento terapéutico es la alternativa "real" a la prisión para el toxicómano.

VI. La elección "obligada": La diferenciación en los tratamientos del toxicómano en prisión

Aquel que está resignado a aceptar está realidad como la única normalidad posible, desde hace tiempo sabe que cada vez más toxicómanos acabarán en prisión y que las vías alternativas a la pena privativa de libertad no lograrán "liberar" a las cárceles de esta incómoda presencia. Quien tiene la responsabilidad de administrar el funcionamiento de las cárceles está "obligado" a llevar a cabo una política realista: es la cárcel la que debe resolver por sí sola, es decir, "en su seno", esta emergencia. Y la cárcel sólo conoce una respuesta posible: la diferenciación.

La diferenciación de tratamiento en instituciones adecuadas y/o departamentos carcelarios –ya sea en verdaderas cárceles y/o en secciones "especiales" de éstas para los drogodependientes, por un lado; y convenios con las autoridades regionales competentes y con los centros médicos y de asistencia social para garantizar la asistencia sanitaria en prisión, por otro lado, se ofrecen –a distancia de tiempo– como las únicas respuestas practicables ante la emergencia de la drogodependencia en la cárcel.

Por lo que podemos entender, la respuesta carcelaria a esta nueva emergencia parece construirse en torno a algunas articulaciones principales:

1. Diferenciación tipológica de las instituciones o de las secciones de las instituciones: se destina a la población reclusa toxicómana estructuras habitacionales (módulos) que pueden estar organizadas en régimen de custodia atenuada. Es posible que algunas cárceles sean utilizadas con este fin; otras veces podrán ser secciones especiales; o bien deberán ser adaptados otros edificios.
2. A través del instrumento de los convenios: servicios públicos y privados "externos" garantizarán –en el interior de dichos espacios carcelarios– un servicio médico-asistencial a los reclusos toxicómanos.

3. Las modalidades de tratamiento dirigidas a los toxicómanos en prisión serán a su vez diferenciadas, comportando una ulterior diferenciación entre "diferenciados".

La respuesta, como se ve, es de bajo perfil, y no se deja estimar ni tan siquiera desde un punto de vista tecnocrático; ésta, de hecho, podría quizás responder a una lógica que, si bien no es compartible, se fija tan sólo en el funcionamiento de las cárceles en caso de que los toxicómanos en prisión fuesen "todavía" una estrecha minoría. Pero lo cierto es que ya no lo son más, y todo indica que pronto en muchas cárceles serán la mayoría. En este punto, totalmente paradójico, la diferenciación dentro de un régimen de custodia atenuada no podrá más que cambiar de signo para dirigirse ahora al no drogodependiente, a quien, quizás, se le "ahorrará" el tener que sufrir la "cárcel del drogata".

La legalización de las drogas frente a los estereotipos y la victimización*

Elías Neuman

Sumario:

I. El despegue del ser humano en las democracias modernas. **II.** Unificación lingüística y desconocimiento social. **III.** El juego de los estereotipos. **IV.** El criterio médico. **V.** Selectividad de las drogas. **VI.** La estrategia política. **VII.** Victimización primaria, ajena a la prohibición, por el uso y consumo de drogas. **VIII.** Legalizar y despenalizar. Formas y alternativas. **IX.** La experiencia en Holanda. **X.** Desincriminación del usuario y del poseedor. El caso argentino. **XI.** Algunos casos de victimización secundaria. **11.1.** Victimización de la familia. **11.2.** Para el sistema penal. **11.3.** Para los tratamientos asilares y deambulatorios. **XII.** Bibliografía.

I. El despegue del ser humano en las democracias modernas

La democracia moderna alienta al despegue del ser humano y no a su aplicada y prolija resignación. Potenciarlo para la libertad desde la vasta profundidad de sus tejidos y en todas sus aristas. Que su consenso a vivir en comunidad no demande la supeditación de la persona al todo social, al todo corporativo:

* El presente artículo es un capítulo del libro *La legalización de las drogas,* Buenos Aires, De Palma, 2da. edición, 1997.

se llame Estado, país, sociedad, dogma religioso, político, que caigan sobre ella, sobre la libre disposición del cuerpo, de las energías. O sobre la proyección y búsqueda de felicidad, conocimiento, creación y, si así lo prefiere, de su suicidio diferido en cuotas adictivas.

Frente o contra lo que se había dado en llamar "enfermedad" se recurrió a la ley penal. Y a la ley penal, mal que le pese a ciertos políticos y buena parte de la opinión pública, se debe llegar como última ratio, cuando todo lo demás, incluso, las llamadas medidas de prevención, han fracasado. Los programas prevencionales, planes sobre la salud, sanitario y de educación social.

Cuando la enfermedad es transformada en delito, el sistema penal resulta manipulado con finalidades ulteriores, aunque se le plantee al usuario y al consumidor opciones sobre qué es lo que pretende hacer. En los Estados Unidos (y también en Francia, Bélgica e Israel), por la Addict Rehabilitation Act (1966), se le permite optar entre un juicio penal en su contra o la desintoxicación y el tratamiento de rehabilitación. No se hace hincapié en las posturas legalistas y garantizadoras que señalan la inconstitucionalidad de obligar a un tratamiento.

Paralelamente se reprime al traficante de modo severo. Esa dicotomía conceptual, el consumo = enfermedad contagiosa y el traficante = delincuente genocida, no podía subsistir en el tiempo, al menos en los países latinoamericanos, donde se echó a rodar una falacia en la doctrina judicial: discriminando y reprimiendo al adicto y al mero tenedor de drogas, se combatía al traficante.

El tema de las drogas tiene, desde que existe el tráfico y el consumo, un claro sustrato sociopolítico. Cuando se transforma la enfermedad en delito, creándose un nuevo estereotipo, se impone el ingrediente jurídico de la ilegalidad sin consideración a la droga que se trafica y se consume. Tanto el traficante como el usuario y el adicto, pasan a ser rotulados como "socialmente peligrosos". Todo lo atinente a la droga se decreta ilegal y comienza el acucioso camino de la lucha por la seguridad interna primero e internacional después. Se engendra una nueva terminología tendiente a dar mayor "realismo" y convulsión al problema. Se habla de narcoterrorismo con notable liviandad y lasitud, sin que se sepa, a ciencia cierta, en qué consiste. Qué es.

La forma en que se acuñó el sorprendente enroque fue mediante la idea de que el consumo de drogas, sin más, engendraba delincuentes. No se distin-

guió. El estereotipo estaba lanzando como si las drogas, sin determinar cuál de ellas, tuvieran elementos químicos en su constitución que impelían al delito.

El Estado pasó a controlar ciertas sustancias que el ciudadano introduce en su cuerpo y que producen efectos sicoactivos. *Se creó una ética de robustecimiento del control sobre bases médicas, y, por ende, de dominación y consenso coacto de la libre elección.*

El protagonista principal dejó de ser la persona humana y pasó a ser las drogas y las leyes contra las drogas[1].

De esta época data la supuesta idea no refrendada por experiencia alguna, que se recoge en libros y conferencias cual si fuera verdad sabida de que el hachís era una palabra que deriva de asesinos. De allí surgió la progenie e identidad de "droga asesina". Se demoniza la cuestión, y el público, en abstracto, y ciertas víctimas de delitos, en concreto, comienzan a denunciar el haber sido atacados por "delincuentes drogados", y así hasta hoy. Como si la droga pudiera ser diagnosticada por la víctima e impeliese, en virtud de su composición, a robar o a matar.

Los pilotos de aviones, durante las guerras civil española y la primera mundial de 1914, usaban anfetaminas o éter antes de ciertas acciones bélicas. Se sabe que el alcohol desinhibe y así ocurren hechos delictivos, pero a no equivocarse, eran hechos que estaban instalados en la mente del autor.

En diversos países se verifica que en la medida en que la drogadicción crece, y con y por ella el precio de las drogas, hay adictos que cometen delitos, asaltos —sobre todo a farmacias—, robos y sustracciones de toda índole, con el fin de tener medios para adquirirlas. *Pero nunca se supo que el delito se deba a un efecto intrínseco de la sustancia.* Las drogas engendran enfermedad o la robustecen. Incluso muerte, pero por sí, por su consumo; no resulta científicamente serio decir que muevan a conductas que transgredan al código penal.

Empero, ese estereotipo y esa forma aviesa de fundamentación, que recuerda de modo ineludible a la criminología antropológica, obtuvo gran difusión en la década de los años 70. Nadie parecía (parece) reparar que buena parte de las drogas conocidas producen sueño, pérdida o disminución de la motricidad, alteraciones en el campo de conciencia, alucinaciones. ¿Cómo

1 La intromisión de la corporación médica en la cuestión de las drogas es innegable y está brillantemente desarrollada en el libro de Thomas Szasz, *Nuestro derecho a las drogas*, ed. Anagrama, Barcelona, 1993.

delinquir, entonces? La información estaba proyectada sobre borrosos confines. Se desconocía, y así hasta hoy, los efectos de las drogas, pese a las toneladas de información y de clichés lanzados para sustentar el combate. *Pero, lo que sí se logró con amplitud y con tono de inamovible, es que droga y delito sean una misma cosa.* Y curiosamente, en ciertos casos, ello llegó a ser creído y acatado por los propios adictos.

Es que los estereotipos tienen la misión de adelantarse, como seudópodos, a la concepción ideológica dominante. Luego ambos se superponen. Semejan hechos lineales, bien protegidos, que ocultan los intereses políticos y económicos que vienen a retaguardia.

La manipulación resultó excelente y legitimó la prohibición o proscripción de las drogas, mediante el uso de leyes draconianas de ejemplar severidad. Y de ahí el control sobre el tenedor, usuario, adicto, minitraficante para su propio consumo y los suministradores a título gratuito.

El Estado pasó a controlar a las drogas, en especial las peligrosas, y a los individuos igualmente "peligrosos" que las ingerían, protegiendo a la sociedad. Esas drogas peligrosas provocan, según esta falacia, que las personas tengan comportamientos aberrantes y que el Estado salga a proteger a sus ciudadanos, tal cual los protege del asesinato o de los delitos contra la propiedad, aunque no de las armas de fuego que tranquilamente pueden adquirir en cualquier armería y que, ocioso es decirlo, resultan más peligrosas, rápidas y letales que cualquier droga.

Se cayó, de tal modo, en el monitoreo médico paternalista, en la protección y represión "justificables" por sobre el derecho de la opción de utilizar drogas. La época de las drogas en que nos toca vivir, bien podría ser denominada terapéutica, como alguna vez fue renacentista y, alguna otra vez, teocrática.

Se decretó, con olvido de lo que enseña la historia, la necesidad de "leyes secas" para todos los países. Leyes que paradójicamente, más que intimidar y disuadir, fomentaron la adicción a drogas…, y que resultaron adoptadas con raro mimetismo en el mundo entero.

Si bien en materia de drogas psicoactivas existió y existe una conceptuación de cuño médico no se puede afirmar, frente a la realidad de los hechos, que el psiquiatra o el toxicólogo sustituyan al juez penal. Este reemplazo pertenece a una valoración simbólica o a un deseo gráfico de mostrar las ideas más que los cambios operados. La ciencia no es neutral ni apolítica, y sería preciso verificar

no tanto dónde se genera sino cómo es producida, manipulada y difundida. Aunque, por cualquier camino es imprescindible no perder de vista una verdad inconcusa: *la enfermedad es un problema de las personas, no de los médicos…*

El usuario, y en especial el consumidor adicto, se constituyeron en actores centrales dentro del diseño del control social. En el último decenio son presentados con la carnadura de estereotipos asistenciales y criminales que van (y vienen) de la enfermedad a la delincuencia.

Esos moldes resultan aparentes porque, repito, siempre es un juez penal el que decreta actos coactivos, prisión o medida de seguridad curativa, y establece dónde efectuar el tratamiento. La criminalización es el elemento cualificante. Sólo varía el modo y el *quantum* de la penalización.

Pena y medida de seguridad están hermanadas por conexidad hasta fundirse en la primera. El poseedor de drogas, el adicto y el dependiente, ingresan en lo que se ha dado en llamar el ámbito de los "comportamientos desviados", y esa circunstancia entroncará con la incidencia y proyección normativa.

Los estereotipos sirven como una suerte de tatuaje social que permiten lanzar y desarrollar la política de criminalización de las conductas referida a las drogas que acoge los sentimientos corresponsables de la opinión pública conformada previamente por esos mismos estereotipos.

II. Unificación lingüística y desconocimiento social

Pocas veces se ha visto en el mundo la proliferación tan excesiva de información sobre un daño potencial y a la vez tan menguada que sumerja en tanto desconocimiento popular. Ni aun en jornadas y congresos nacionales e internacionales, por los medios masivos de información y por los informadores sociales, se pueden recoger notas coherentes sobre las drogas en sí y los efectos que se atribuyen a cada una, puestas en contacto con los consumidores y en qué circunstancias se producen los efectos.

Daría la impresión de que la tarea de las agencias ideológicas, con la ayuda de la publicidad y las expresiones de los controles informales de criminalización, se basa en una suerte de estudiados estereotipos y adjudicaciones. En ese sentido la palabra "droga" se erige como un estereotipo por sí, sugerente y autorreferencial.

Es que desde hace algo más de tres décadas, cuando se dice droga se engloba a todas sin admitir que existan distinciones entre ellas en sus cualidades y las consecuencias de su ingesta. En síntesis tan falaz como manipulada, los efectos son siempre los mismos para todas las personas cual si fueran idénticas las drogas y las personas. El hombre pasa a ser un robot que la droga domina.

Para los efectos y finalidades del prohibicionismo, que ha recalado en la droga y no en los motivos de las adicciones, resulta más contundente englobar con la palabra droga a todas, vegetales y sintéticas. Es una forma ostensible de no admitir, por obstinación y miedo, o acaso por deliberada malevolencia, que no todas las drogas y sus efectos son negativos. Como no suele ser negativo un vaso de whisky o vino o un cóctel Margarita, en determinado momento.

De las drogas se habla constantemente, pero da la impresión de que existiese un enorme cuidado de no proveer nociones elementales para un conocimiento detallado por parte de la sociedad global, ni siquiera sobre sus capacidades adictivas ni sus efectos orgánicos primarios y secundarios. Y así, por la deliberada obra de los estereotipos, existe un lenguaje sobreentendido que pareciera no requerir explicaciones ni matices. La droga es lo prohibido. Todas las drogas, salvo las permitidas.

Cabría preguntar quién o quiénes efectuaron la selección destinada a prohibir o a permitir, o sobre el hecho concreto de que existen drogas legales o recetadas que producen mayores e iguales estragos en el ámbito de la alteración de la conciencia. Allí están el alcohol y el tabaco. También los psicotrópicos, aunque sujetos a control.

III. El juego de los estereotipos

Los consumidores asiduos y dependientes suelen casi siempre ser jóvenes casi angustiados, tensionados. Su denominador común es que no son o no se sienten exitosos para la vida, no arriban por sus propios medios a una sociedad que les propone consumo y servicios. Sus actitudes constituyen, al fin, un modo de no prestar consenso a esa sociedad.

Así ha ocurrido en los cuatro decenios últimos, con diversas matizaciones, pero resulta imprescindible recordar que inmediatamente, tras la tan

masiva irrupción social de los consumidores, se los ligó a un nuevo estereotipo: se los vincula a la delincuencia. *Desde un principio la Convención de Nueva York (1961) los tildó de delincuentes y así hasta hoy el estereotipo marca: droga = delincuencia, según lo dicho más arriba, como si en el quimismo de las drogas sintéticas o la sustancia de las vegetales, estuviera impresa la sinonimia.*

Al proceso que se sigue le es aplicable el teorema sociológico descrito por Thomas: afirmando constantemente un discurso falso, una imagen, un hecho ficticio, deviene cierto y sus efectos serán reales para la sociedad global. La droga queda encerrada en ese círculo autorreferencial. Y el estereotipo permite una reacción marginadora, represiva, que, es obvio, irá a legitimar al control social criminizador.

De pronto el estereotipo varía pero siempre contiene, aunque se superponga o resulte sucesivo, constancia residual. De pronto el tráfico y la consumisión de drogas denuncian al *enemigo interno o bien al enemigo externo o* al más reciente, *droga = narcoterrorismo.*

Otro tanto podría decirse de la palabra *narcotráfico*, cuyo sentido amorfo se ha generalizado como una suerte de cantilena sin la menor categoría científica. Y si no son científicas, depende de razones ajenas: represivas, políticas o económicas.

Enfermedad o delito, según los marcos de la ética dominante en distintas sociedades, van de la mano de una política prohibicionista que condena desde el simple usuario al *yunkie*, y las drogas se enlistan en la ilicitud, que súbitamente resulta ampliada conforme a necesidades que dicen contemplar la salud pública.

La televisión juega un papel activo en el mundo del "consumo para el bienestar" y, en menor medida —pero no despreciable— la radio y los diarios. A toda hora la televisión irrumpe diciéndonos que para ser feliz, para tener éxito, para gustar, en fin, es necesario meter algo en el cuerpo (aunque mal no fuera en la piel), desde whisky, cerveza, aspirinas, adelgazantes, estimulantes del sexo, aerosoles varios, y un caudaloso etcétera. Alguna vez fue: "pienso, luego existo" hoy: "compro, luego existo…".

IV. El criterio médico

En tiempos en que el saber se identifica con el poder, ciertas élites se adjudican el dominio de la ética social. Las ideas subrayadas por los intereses prohibicionistas sobre las drogas las ostentan los mismos que antes propiciaban su consumo. Y es a la ciencia médica a quién se atribuye esa facultad. Es el criterio médico el que fijó las pautas para la prohibición justamente entre aquellas drogas que habían servido, y tal vez alguna vez volverán a servir, a los usos terapéuticos.

La ética dominante varía según el sentido que adquiere el prohibicionismo. La transmutación sufrida al considerar al adicto como criminal primero, luego vicioso y, por último, enfermo, influye en la tonalidad de la información y sus registros. Así ocurrió en los Estados Unidos. El adicto fue delincuente cuando se trató de negros e inmigrantes y habitantes ilegales (y aun legales), de habla hispana. Ellos fueron quienes interesaron al principio al Buró de Narcóticos. El espectro varía cuando la misma llega a la clase media y alta: entonces se habla de enfermedad.

Los estereotipos se suceden según razones de mercado. En los días que corren *droga es sinónimo de cocaína* y el adicto aparece relegado en el desván cual una mercancía fracasada.

El control médico vuelve a ser el guardián del consenso cuando pretende la legitimación parcial de ciertas drogas y el regreso al círculo científico y su reincorporación, en casos de enfermedad. La heroína fue propuesta en un proyecto de ley, *Compassionate Pain Relief Act* HP 5290, en 1984, en los Estados Unidos y rechazada por el Congreso, pese a contar con el aval de algunos renombrados médicos. Se indicó que existían otras medicinas más potentes, por lo que resulta superflua, y su legalización, de producirse, no sería utilizada con fines terapéuticos sino para fomentar la adicción.

En la actualidad, en síntesis, el criterio médico se sigue utilizando aunque no de modo excluyente. Sirvió, en su momento, para avalar aspectos políticos y económicos sobre la base de la licitud o ilicitud de determinadas drogas. Y, más precisamente, para establecer el diagrama del control definiendo cuál era el ámbito de legalidad-ilegalidad.

En los primeros días de noviembre de 1966 se produjo un hecho de gran difusión periodística que, sin embargo, no resulta inédito en los Estados Uni-

dos. Se legalizó el consumo de la marihuana para uso médico en California (propuesta 215) y Arizona (propuesta 210), luego de que así lo decidieran los votantes en plebiscitos que se efectuaron de modo paralelo con las elecciones de presidente de la nación. Se permite a personas que padecen ciertas enfermedades cultivar o tener marihuana para utilización terapéutica cuando lo recomienda un profesional de la medicina. El uso sin prescripción médica sigue siendo punible.

Si bien he señalado (parágrafo 17) que Norteamérica es la primera productora de marihuana en el mundo y que se la suele cultivar por particulares en parques nacionales, jardines y hasta en macetas, abasteciéndose el total del consumo interno, esta votación hace que oficialmente el cáñamo recupere su antiguo uso medicinal. Desde siempre ha servido terapéuticamente para mitigar dolores, por ejemplo, los causados por la ablación del clítoris, como rito, en algunas comunidades árabes. También se utiliza en el tratamiento del cáncer, la anorexia —la ingestión de marihuana suele producir intensas ganas de comer— sida, glaucoma, artritis, dolores crónicos, cefaleas irreductibles, en la esclerosis múltiple —interrumpe los espasmos musculares—, en casos de enfermedades con vómitos constantes o producidos, por ejemplo, en la aplicación de quimioterapia y en algunas de carácter psíquico como las depresiones endógenas y neurosis depresivas reactivas en que resulta más eficaz que los antidepresivos, siempre bajo supervisión profesional.

Inmediatamente se alzaron voces, tanto de Arizona, California y el resto del extensísimo país, señalando que la legalización implica abrir las puertas a las drogas ilícitas y al peligro consecuente. Y se recalcó, una y otra vez, que la marihuana sigue siendo ilegal de acuerdo a las leyes federales. Pero, de acuerdo con la tradición social y jurídica estadounidense, es muy difícil que se eche por la borda algo que ha sido objeto de votación e imposición de la mayoría.

Se insiste, pero sin mayor consistencia científica, que no se ha comprobado que la marihuana resulte calmante de los dolores físicos más severos. Es lo que indica Barry McCaffrey, que conduce la lucha contra las drogas en los Estados Unidos. Sin embargo en otros estados como Ohio, Idaho, Florida y Washington, aunque no se suele decir comúnmente, se protege este tipo de uso desde hace años y hay tratamientos que dejan la convicción de que la marihuana es sedativa de dolores que sufren parapléjicos y cuadripléjicos. Se experimenta también con la epilepsia.

De modo que la marihuana tiene, al menos, un lado positivo y eso se sabe de antiguo y en un editorial de la revista médica más importante del mundo, *New England Journal of Medicine*, del 30 de enero de 1997, en que se indica que fumar marihuana puede aliviar múltiples dolencias y "patologías devastadoras". El tema sigue siendo tabú y es posible que muchos estudios no se hayan publicado.

De todos modos queda en entredicho el criterio médico y el señalamiento como prohibido de lo que pudo y puede resultar un calmante de primerísima magnitud. Ello al margen de la perplejidad y el azoramiento que deben haber causado las resoluciones de California y Arizona en el puritano sistema social de los Estados Unidos.

V. Selectividad de las drogas

Una y otra vez el tema irredimible lo configura la selectividad de las drogas. ¿Qué es lo que se permite y qué no a partir del criterio médico y legal? Esta circunstancia trae aparejado un cuestionario inquietante: ¿por qué existen drogas que pueden circular lícita y libremente y otras no? ¿Quién, ante quién y por qué, decide qué drogas se pueden tomar? ¿Por qué entre las que causan más daño demostrable no figuran el alcohol y el tabaco? ¿Cuáles son las drogas, y de qué modo y por qué constituyen un peligro para cada habitante de la Tierra en abstracto, para cada norteamericano en concreto y para los Estados Unidos como nación?

Una enorme cantidad de consumidores fueron decretados de manera instantánea como delincuentes, lo que derivó en dos consecuencias diversas y de gran significado. Buena parte se pasó a las drogas permitidas que producían similares efectos, aunque algunas eran desproporcionadamente superiores.

La segunda consecuencia fue que la elección selectiva dejó a un lado una droga tan singularmente adictiva como el alcohol, capaz de llevar, en los casos agudos, a la cirrosis hepática o al *delirium tremens*, como efectos primarios de su abuso. El cuerpo lo requiere como al sodio y el potasio, y su carencia provoca el síndrome de abstinencia en que el consumidor puede llegar por desesperación a extremos desesperados e, incluso, delictivos. La adicción síquica produce una alteración en la esfera de la conciencia, y los estados de

locura de la alcoholemia sólo son comparables al de la llamada psicosis anfetamínica. El adicto queda decididamente atrapado y el alcohol constituye la base de su vida, lo que produce otras tristes consecuencias, como la destrucción de la familia, el escaso o nulo rendimiento laboral, accidentes laborales y viales. Sin embargo, la sociedad advierte, día a día, una abierta incentivación al consumo en los medios de difusión y de publicidad directa y son desconocidas o escasas las campañas de deshabituación.

Tenorio Tagle, al referirse a la selectividad de las drogas, recuerda la condena de ciertas drogas "por razón de valores culturales".

Sugiere que en la base de esa selección se puede encontrar elementos racistas subyacentes. Se trataría del manejo de unja cultura dominante, a la cual aludí al tratar sobre la prohibición de la hoja de coca. Se imponen valores por los cuales las drogas de la cultura dominante son permitidas, en tanto que los de la cultura dominada resultan condenadas. Es el caso del peyote, que "luego de su condena como vicio intolerable en los Estados Unidos produjo diversas leyes prohibiéndolo, que más tarde fueron contrarrestadas y aun declaradas inconstitucionales por violar la libertad de religión"[2].

Estas reflexiones traen a la memoria el caso del antropólogo social estadounidense que reside por un tiempo con motivos de estudio en una comunidad indígena del Yucatán. Observa, en cierta oportunidad, cómo una chamana o bruja, después de buscar cuidadosamente hongos en la bosta del cebú, los prepara e ingiere y se presta frente a su tribu a celebrar rituales, envuelta en el celaje de la alucinación. Cuando todo vuelve a la serenidad, el antropólogo, tras cerciorarse de los efectos por el relato de la mujer, le ofrece píldoras de mescalina. La chamana no acepta, y le dirá: "Prefiero esperar, como siempre, los días húmedos en que el hongo aparece…". El antropólogo pareciera actuar de ese modo, por razones que estima prácticas o humanitarias. Pero el abordaje que efectúa se asemeja a una imposición cultural de la civilización dominante.

2 Tenorio Tagle, Fernando, *Ideas contemporáneas en torno a las drogas y sus consecuencias en materia legislativa*, ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Méjico, 1989, p. 97.

VI. La estrategia política

Los políticos, funcionarios y los medios de comunicación requieren del público para subsistir y se lanzan a una suerte de asentimiento táctico de la imagen social de las drogas. Se genera la retroalimentación como un fortalecimiento mutuo entre los medios de comunicación, las autoridades, funcionarios, políticos y el público. Se constituyen tácitamente en partes de una "empresa moral". Y la guerra contra las drogas se lanza, en principio, contra quien está más a la mano y ofrece un blanco fijo: el consumidor.

Estas circunstancias traen aparejada la dificultad intrínseca de componer nuevas estrategias, revisar metodologías o establecer con seriedad los roles de la droga en la economía y la participación de los otros actores que giran en el vastísimo negocio.

Por razones de arcana índole política, a favor del concepto de enfermedad, se pretende desincriminar al consumidor. Las leyes lo acogen, pero en la realidad hay obstáculos que lo hacen impracticable. El consumidor casi nunca es sólo consumidor, conjuga más verbos: tener, facilitar, suministrar, así sea a título gratuito, o practica el minitráfico para su necesidad. Se considera entonces que ha cometido delitos más graves, lo que inhibe el "tratamiento en lugares especiales" que las leyes prevén sólo para el tenedor y el consumidor de porciones módicas.

VII. Victimización primaria, ajena a la prohibición, por el uso y consumo de drogas

La victimización primaria está directamente relacionada con la naturaleza química de la droga, la personalidad del usuario o consumidor y las consecuencias negativas que produce en el ámbito de la conciencia y el organismo, independientemente del hecho o no de la criminalización.

Ocurre, entre tanto, que no a todos los usuarios idénticas drogas les acarrean similares consecuencias. Dependerá del siquismo individual, del lugar y ocasión en que las utilice, de la compañía, la ansiedad y expectativa, sugestionabilidad, la calidad de la droga y la cantidad.

El deterioro para la salud y los riesgos de adicción, como medida de la victimización primaria, no suele depender en sus efectos ni solamente ni de modo único de las drogas, o de la sustancia de éstas y la situación que atraviesa el consumidor. Hay drogas que no producen dependencia orgánica ni psíquica a cierta regularidad en la forma de consumirlas no siempre significa hábito.

Las investigaciones científicas sobre el efecto del quimismo de ciertas drogas no han formado un consenso definitivo (como ocurre con el alcohol y el tabaco), pues lo que se conoce no va más allá de indicadores empíricos, motivos de contradicciones, aunque el poder médico intenta a toda costa demostrar, de modo determinante y excluyente, el mal que producen las drogas sobre el ámbito de conciencia y desde el punto de vista clínico. Por esas u otras razones resulta difícil hallar médicos que sean partidarios de la legalización de las drogas lo que resulta, al menos, paradojal, pues están cerca de la enfermedad.

Frente al consumo y abuso de drogas hay factores de vulnerabilidad en las personas que sólo compete a la composición biológica, psíquica y social de cada una de ellas. Son peculiares de cada cual y muchos toxicólogos afirman que no todos los seres humanos están expuestos de la misma manera y a la misma suerte.

La denominada problemática de las drogas suele estar expuesta a la expansión por la mala fe o el desconocimiento cuando, en realidad, sólo un mínimo de jóvenes —salvo en los Estados Unidos— las consumen. Algunos las prueban y las dejan. Otros las utilizan esporádicamente, y un porcentaje ínfimo, dentro de la sociedad, se convierte en dependiente compulsivo.

Los criterios resultan anárquicos cuando se trata de establecer si existen factores predisponentes en el individuo y las sustancias son reforzadoras, o es la sustancia en sí, lo que prevalece en el caso de ciertas drogas.

El devenir de la historia es ejemplo de cómo la humanidad buscó alivio a sus aprensiones, ansiedades, tristezas, mediante elementos ajenos que el hombre o la mujer introducían en su cuerpo. Las drogas aparecen como una panacea que pocos resisten. Se fuma cigarrillos para quitar inhibiciones, para sentir seguridad; se toma café para esperar a una persona o para abrir una conversación; alcohol, para acompañar o expresar alegría y tristezas; píldoras de todos los colores: para dormir, para estar *a la page* en una reunión, adelgazar, contra la depresión, para aliviar males del alma. Todos ingerimos, aunque a veces expelemos.

El caso del tabaco y su alcaloide, la nicotina, resulta paradojal. Esta droga legal es la única conocida, capaz de lesionar la salud de quien la usa y de terceros que departen con él, o que se hallan frente a un pertinaz consumidor, o en un ámbito en el cual se fuma.

Aunque el mundo actual requiere placebos y soluciones adictivas fáciles e inmediatas por razones de tensión elevada, ansiedad, aprensión o como sutura de cierto hedonismo o del menor esfuerzo, la droga puede causar daños en el organismo y en el ámbito de la conciencia y no aristocratiza a nadie.

VIII. Legalizar y despenalizar. Formas y alternativas

Cuando se habla de legalización se trata de las drogas. De todas ellas. Desincriminar se refiere a decretar la irresponsabilidad penal de conductas humanas como, por ejemplo, la ingesta, de tenencia, el suministro gratuito, el minitráfico u otras. Despenalizar es dejar de lado la punición con respecto a esas conductas. Implica que una ley que no prohíbe reforme a otra que prohíbe.

Existen formas de permisión del uso, el consumo y la tenencia mediando la venta controlada, tal cual ocurre en las farmacias con las anfetaminas y barbitúricos u otros psicotrópicos.

Considero que la legalización es el género y la despenalización la especie pero no deseo oponer razones semánticas o de esgrima de palabras al debate. En definitiva, sólo por comodidad de lenguaje, acepto la sinonimia entre legalización no prohibición y despenalización de las drogas como propuesta alternativa.

Existen dos formas operativas:

a. *Total.* Implica la legalización en cuanto que es absoluta y abarcativa, por ende, de la desincriminación de todas las conductas que hoy llamamos delictivas atinentes a las drogas, a partir del respeto irrestricto del libre albedrío del consumidor y, con la consecuencia directa y fundamental de extirpar al tráfico internacional y todos los aspectos y consecuencias delictivas que la rodean; y,

b. *Parcial o intermedia*, cuando se trate de la desincriminación del tenedor y el consumidor o de la permisibilidad con respecto a determinada droga por lo general de menor riesgo (marihuana, por ejemplo).

En la legalización de las drogas surgen posturas intermedias que no siempre se presentan como tales. No tienen ánimo de dar pasos más importantes o están políticamente atadas o condicionadas. Sirven para ejemplificar determinados aspectos y los resultados obtenidos.

Despenalizar al adicto y penalizar el tráfico y todo el cortejo que inviste es, a estas alturas, ingenuo. El tráfico está instalado para tentar al consumidor hacia pautas degradadas y sus diversificados, y la mixtura de actores es tal que los efectos secundarios de asocialidad con respecto al consumidor seguirán persiguiéndolo.

En opinión de Beristain, resultaría oportuno "programar una cada día mayor desincriminación o, si se quiere, mayor legalización. Esa paulatina o creciente legalización-descriminalización se deberá ir ampliando a la vista de los resultados que ofrece y apoyándose en las parciales conquistas que logra". Señala que se debe tender, sin prisa y sin pausa, a la legalización de las drogas, pero que mientras ella ocurra como meta a largo plazo, "no debe obnubilar las mentes de manera que se desatienda el gravísimo problema actual (y en un mañana próximo) de una política criminal-social que también incluye las sanciones penales, cada vez menos severas, en un contexto cívico cada vez menos opresor del hombre"[3].

IX. La experiencia en Holanda

Hay un tibio consenso en Europa de aceptación y legalización de la marihuana (no en países como Francia o el Reino Unido). Son propuestas aisladas, difíciles de vehiculizar, pues marchan a contramano de cuestiones inherentes a la política y la economía internacional. Existe la sensación de que la represión a los consumidores no ha reportado el éxito esperado.

3 Beristain, Antonio, *De leyes penales y de Dios legislador (alfa y omega del control penal humano),* ed. Instituto de Criminología de Madrid (España), Madrid, 1990, p. 533.

La idea, que gana terreno entre los investigadores (y que los países no se atreven a instrumentar), reside en que cuando se trate de marihuana el delito se convierta en una infracción menor. No así con respecto a otras drogas, como las llamadas heroicas. En varios países europeos y en los Estados Unidos (en diez estados) no sólo no se reprime el uso de drogas blandas, como la marihuana, sino que el hallazgo de pequeñas cantidades para el propio consumo no se reprime, incluso se cree que el comercio internacional del cannabis es de escala menor, en comparación con el de drogas duras. Se trata entonces de permitir, de facto, la tenencia de algunos gramos para el autoconsumo. En Alemania, por ejemplo, ya no se persigue como delito, en virtud de la jurisprudencia del *Bundes Verfassungsgericht de Karlsruhe* (9 de marzo de 1994). Es común que en los centros donde los jóvenes van por las noches a escuchar música o a bailar se comercien y consuman drogas blandas en gran escala. Se tiene en cuenta, además, que ese consumo es de poco riesgo para la salud.

El cúmulo de medidas que se han tomado en Holanda con respecto a la no incriminación, que se logró hace unos años, no lo fue por ley sino por un acuerdo convencional sostenido con y por los fiscales. No son acusados quienes tienen una cantidad razonable de marihuana para su consumo. Holanda avanza hacia la legalización desde el "Acta del Opio" de 1976.

Decir que en Holanda la experiencia fracasó es incierto. Ha sido destacada por diversos investigadores en principio por qué se han diluido ciertos mitos con respecto al consumo y la atracción fascinante que ejercía la droga en la juventud. La marihuana no aumentó en su consumo y se redujo el número de detenciones y, en consecuencia, el trabajo policial, judicial y carcelario. Por eso la experiencia continúa hasta la fecha.

Los Países Bajos tratan de que la cannabis sea erradicada internacionalmente de la nómina de las sustancias prohibidas en la Convención Única. Cuando ello ocurra, como inmediata consecuencia, efectuarán la reforma en sus leyes.

En España, en cambio, se llevó a cabo un proceso de ida y regreso. Se desincriminó el consumo de drogas por la reforma del código penal (25/6/83), pero no se lo acompañó con medidas de ayuda y asistencia adecuadas. Era común ver, en ciertos barrios de Madrid, jóvenes inyectándose heroína o inhalando cocaína, que se ha difundido en los últimos años. La desincriminación de la tenencia y consumo favoreció el hecho de que en especial adictos de otras latitudes llegaran a España, cual si fuera el paraíso de la droga, provocando

gran malestar en la población. Fue una de las razones —no la única— que hizo dar marcha atrás y volver a la incriminación. El intento se vio en España y en el exterior como un fracaso de la legitimación parcial.

Lo que en realidad demostró es que la desincriminación o aun la despenalización parcial que se produce en un país medianamente consumidor, trae aparejada la afluencia de muchos dependientes y consumidores de otras regiones. La legalización debe ser concertada entre todos los países con un programa inmediato y teniendo en cuenta los problemas económicos que han de suscitarse. En tal sentido resultaría importante que los de mayor consumo del planeta, como los Estados Unidos, fuese quien la propiciase estudiando los problemas, en especial económicos y financieros que pueden producirse en los países de la producción u oferta y, en menor medida, aunque no despreciable, en los de lavado y tránsito.

La política holandesa surge de la no compatibilización con lo que pretende establecer internacionalmente los Estados Unidos. Louk Hulsman expresa que *"luego del proceso de descriminalización de la marihuana que se adoptó de hecho, y no por ley*, existía una mayoría política tendiente a proyectar legalmente esa previsión a casi todas las drogas que se consume en el país, lo que implicaría un cambio muy importante en la concepción pública"[4].

El cambio operado tiene directa relación con la salud pública. En un documento del Ministerio de Sanidad y Deportes de 1966, tomado de Internet, aparece la postura oficial del gobierno. Se lee:

> "La política holandesa con relación al consumo de cannabis está basada en la suposición de que una transición eventual del consumo de drogas blandas —y la experiencia ha demostrado que existe realmente esta necesidad en el consumo entre grandes grupos— es mejor que lo hagan en un marco dentro del cual no entren a la vez en contacto con la subcultura criminal que existe en torno a las drogas duras. Tolerando una oferta que incluya una adquisición relativamente fácil de pequeñas cantidades de drogas blandas para autoconsumo, se aspira a mantener separados entre sí los mercados de consumidores de drogas blandas y de drogas duras, quedando elevada de este modo la barrera social para la transición del consumo de drogas blandas al de drogas duras.

4 Hulsman, Louk, *La política de las drogas; fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, en "Nuevo Foro Penal", enero-marzo 1987, nº 35, ed. Temis, Bogotá, p. 70.

> En la práctica este punto de partida ha conducido, al cabo de algún tiempo, a que la justicia tolerara la venta de drogas blandas en sitios donde concurren los jóvenes, por comerciantes de confianza. A continuación surgieron los llamados *Coffe-shops* (bares-tiendas) donde, comercialmente, se venden drogas blandas a personas mayores de edad".

Esta visión holandesa recoge una postura basada en el estudio de lo que ocurre en el país: "Esta política de tolerancia oficial —continúa el informe— no se funda en una actitud más condescendiente —no digamos positiva— con respecto al consumo de drogas blandas. La base de esta política es la consideración de que tolerando bajo condiciones claras la venta de drogas blandas, se contrarrestará el consumo, por parte de jóvenes, de sustancias tóxicas más peligrosas. También la política relativa a los *coffe-shops* está bajo el signo de la reducción del mal".

Cuando el volumen de marihuana que posee el consumidor es excesivo se le considera ipso iure traficante o distribuidor. Y la producción, cultivo, venta, suministro (gratuito o no) y el procesamiento de drogas, son delitos penados severamente por la ley. Se intenta que el consumidor de marihuana no pase los límites de la legalidad, pues, si así fuera, ya no se podría llegar a él. La tipificación delictiva sería otra.

La piedra basal de esta política es la protección de la salud. Y, de modo secundario, el cuidado del entorno familiar y social. Las otras drogas entran en el llamado "riesgo inadmisible", aunque día a día crece la indulgencia con respecto a la heroína, L.S.D., cocaína, anfetaminas y aceite de hachís, siempre que se trate de una ínfima cantidad para el consumo propio.

Esa política es la que conduce a mantener, por un lado, la ley contra el opio, que data de 1919, con diversas modificaciones, y, por el otro, una acción nacional de prestación de asistencia notable e innovadora. Se trata de atenerse sólidamente a la legislación y, a la vez, establecer un control social y sanitario adecuado.

En 1989 se estimaba que la cantidad de drogadictos en la ciudad de Amsterdam oscilaba entre 4 000 y 6 000, sobre una población de 692 000 habitantes. Y a nivel nacional se calculaba que existen entre 15 000 y 20 000 adictos, sobre una población de 14 700 000 personas[5]. El número se acre-

5 En revista "Vital", Boletín de Véritas, Centro de Estudios sobre Drogadicción A. C., fascículos 7 y 8, Méjico, 1990, p. 30.

cienta en Amsterdam por la presencia de adictos de otras latitudes, que han tomado a ciertos sitios del puerto como lugares propicios para experimentar los efectos de las drogas.

El permiso del consumo de marihuana permitió dividir y erosionar al mercado holandés de la droga. Fue una actitud deliberada a fin de evitar que los jóvenes frecuenten sitios *underground*, donde se la vende en forma indiscriminada y son tentados a probar otras sustancias. Hay cierto circuito de mercados que se debe entender lícito, cuando se trata del *cannabis* y derivados del hachís.

Los puntos esenciales en que se basa la prevención, por medio de la asistencia, se componen así:

1) Una red multifuncional de medios y servicios médicos y sociales vinculados a las municipalidades de cada ciudad y poblaciones de cierta importancia, que puede funcionar de modos diferentes, pero existen, cuando es preciso, acciones solidarias entre ellas. Estas redes locales disponen de asistencia ambulatoria (trabajo de campo, seguimiento, tratamiento terapéutico, administración de metadona a heroinómanos, rehabilitación social, asistencia semirresidencial); centros de acogida diurna o nocturna con proyectos laborales y recreativos; asistencia residencial de tipo asilar (clínicas, comunidad terapéutica) para casos de crisis, síndromes de abstinencia, deshabituación física y síquica.
2) Hay un gran acceso a la asistencia. Mediante estas redes lugareñas se estima que se llega de un 70 a 80% de la población de consumidores habituales y adictos. La asistencia no sólo va orientada a poner fin a la adicción. Se piensa que, si así fuere, un buen número de consumidores, que no tienen necesidad de deshabituarse o no estuvieran en condiciones de hacerlo, quedaría fuera del alcance asistencial que se considera panaceístico o poco menos.
3) No se apunta obsesivamente hacia el caso de adicción como tal sino a mejorar el "funcionamiento social y corporal del adicto". Se acepta el hecho de que no pueda abandonar el uso de drogas, como un emergente, como un mero dato. En tales casos, la asistencia puede consistir en un trabajo de campo que sirva para acoger con armonía al adicto, en la administración de medios sustitutivos, ayuda mate-

rial, ofertas de recuperación social y de trabajo. La orientación se presta más hacia el apoyo, y la idea final es que el adicto derive hacia un consumo a corto plazo o por un tiempo más.

Hay una forma de asistencia que trata en especial de evitar el aislamiento social de algunas minorías étnicas, marginados y desempleados.

X. Desincriminación del usuario y del poseedor El caso argentino

Los partidarios de la no prohibición indicamos la eliminación de toda medida coacta y reclamamos el democrático respeto a la soberanía del individuo tanto en su cuerpo como en su mente.

Los resultados parciales en los países que adoptaron esta postura —Inglaterra, Holanda— resultan apreciables y valientes. Valientes, porque se han lanzado a una comprobación empírica, mientras en todo el mundo se siguen difundiendo estereotipos, ya afianzados por la ética dominante, que insisten en la política prohibicionista y la guerra contra las drogas.

Escribe Thomas Szasz: "Como la guerra contra la herejía era en realidad una guerra por la verdadera fe, así la guerra contra el abuso de la droga es en realidad una guerra por un uso justo de la droga: escondida detrás de la guerra contra la marihuana y la heroína está la guerra por el tabaco y el alcohol, y más en general, escondida detrás de la guerra contra el uso de drogas desaprobado por la ley y por la medicina está la guerra de drogas aprobada por la ley y por la medicina".

Para este autor estamos en trance, en la historia de la humanidad, de una "guerra terapéutica" emprendida contra las drogas y contra quienes las venden y consumen. Explica que no existe objeto o comportamiento humano que no haya sido considerado "peligroso" o "dañino" para Dios, el rey, el interés público, la seguridad nacional y, por ello, prohibido por las autoridades religiosas, legales, médicas o siquiátricas, y que en el tema de las drogas sucede el eterno enfrentamiento entre autoridad y autonomía, la tensión permanente entre el comportamiento que se somete a la represión y el que se basa en la libre elección de cada uno, "constituyen los temas básicos de la moral y la psi-

cología humanas, que ahora forman parte de una pieza en la cual los protagonistas principales son las drogas y las leyes contra las drogas"[6].

En el año 1978, durante la dictadura militar, la Corte Suprema de Justicia sentó un curioso principio en la causa "Collavini" para la represión de tenedores y consumidores: "Si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse no habría tráfico ilegítimo de drogas".

Este criterio, en que predomina una formulación de realismo mágico, nos lleva a otros extremos en la prevención del delito: volvamos a los cinturones de castidad y no habrá violaciones y estupros, con lo cual limitaremos a un mínimo las ansias y afanes de los posibles victimarios y la denigración de las víctimas.

Por entonces, la posesión o tenencia, aun para uso personal, era punible por ley, tal cual ocurre hoy en la ley 23.737, que reprime la tenencia aun para el uso y consumo. El caso "Collavini" signó por muchos años la doctrina judicial casi unánime de los tribunales penales del país. Lentamente se abrió paso una jurisprudencia contraria, encarada por los entonces jueces Maier y Zaffaroni en Buenos Aires.

En 1986, reinstaurada la vida institucional, la nueva Corte Suprema interpretó, por el voto de tres de sus miembros contra dos, que la tenencia para uso personal debía ser declarada inconstitucional. En la causa "Bazterrica" se indicó que "la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan".

Esta doctrina judicial respetuosa de las libertades irrestrictas de la persona, no tuvo repercusión en ciertos fallos de jueces de instancias inferiores. El 70%, en especial en la provincia de Córdoba, continúo aplicando un criterio punitivo con respecto a la tenencia de drogas, dejando a un lado el fallo del tribunal supremo y siguiendo la interpretación forzada del art. 19 de la Constitución nacional y de una norma (art. 6), de la ley antigua.

El criterio de la vigente ley y un nuevo fallo de la actual Corte Suprema de 1990 (causa "Montalvo"), ampliada a nueve miembros, han zanjado la

6 Szasz, Thomas S., *Il mito della droga*, ed. Feltrinelli, Milán, 1977,, p. 176.

cuestión. Vuelven a reprimir la tenencia de drogas como en el caso Collavini sucintamente referido más arriba.

En 1994 la Cámara Federal en lo Penal (causa Orbes) entendió que la posesión de drogas para uso personal no era delito, es decir, no quedaba sujeta a la acción jurisdiccional. Sin embargo la Corte de casación continúa en la posición contraria, conforme a la Suprema Corte. Y la ley 23.737 de estupefacientes condena de un mes a 2 años de prisión al tenedor. Le queda al juez la opción de internar, o acceder a internar, al imputado en una clínica de restablecimiento por un mínimo de 3 meses a 2 años, según el grado de dependencia que estimen los médicos forenses. La justicia designa expertos o peritos que van rindiendo al juez un juicio valorativo de la evolución operada.

La opción del juez penal de dar prioridad al tratamiento, tal cual ocurre con la legislación alemana de 1982, demuestra la liviandad del sistema y la contradicción con las finalidades que se adjudican a la ley en su exposición de motivos, en que se habla de enfermedad. El consumidor no es procesado tan sólo por el hecho de consumir, es decir, si tiene la droga en su organismo. Sí lo es, si esa misma droga está en sus bolsillos. Entonces queda inhibida la posibilidad de tratamiento y el imputado puede ser alojado en la cárcel.

En Colombia no se reprime al poseedor para su propio consumo. Se lo despenalizó mediante un fallo de la Corte Suprema. Y la ley de ese país, principal exportador de cocaína y productor de marihuana y heroína, del año 1994, señala como "dosis para uso personal" no más de 20 g de marihuana, 5 de hachís y 1 de cocaína o un subproducto que la contenga como elemento esencial.

XI. Algunos casos de victimización secundaria

La victimización secundaria implica efectos y consecuencias que se anudan por la fuerza a la prohibición y criminalización de las drogas. Opera no sólo sobre el consumidor, su familia y amigos, sino también con respecto a la sociedad y ocasionan altísimos costos sociales.

La legalización, contextualizando de modo armónico a todos los países, repercutiría inmediatamente en cascada y permitiría llegar a la desaparición de esa victimización suprimiendo el tráfico ilegal. He de enumerar algunos casos de victimización secundarias.

11.1. Victimización de la familia

A la marginación y el aislamiento de los adictos crónicos a cualquier droga o un grupo de ellas, se suma un sentimiento creciente de degradación familiar y social debido a la dependencia y la imprescindible frecuentación de un mercado ilegal. Los familiares suelen padecer conjunta e individualmente de sentimientos de culpa al que se liga el de marginación.

En general para los psicólogos el adicto es un emergente de todo el grupo enfermo. A costa de silenciar lo que ocurre y, a veces, por tener un respiro, preferirán la cárcel, un sanatorio, una casa de campo, donde pueda hacer terapia colectiva, pero ¡sacarlo del hogar! La familia se enferma y se transforma en verdugo por su propia iniciativa.

Es que muchas veces resulta abrumador vivir inmerso en el cortejo de angustias e irascibilidad de un adicto al que, por ejemplo, comienza a escasearle la droga. Algún familiar suele comportarse como el cómplice que sale a buscarla con tal de acallar la posibilidad de desenfreno o por el temor de que se dañe a sí mismo o de escándalos en el vecindario.

En *Diálogos con drogadictos* (pp. 171 y ss.) narro el drama en que vivió sumido un funcionario judicial que debía adquirir a diario anfetaminas para su esposa, sirviéndole de proveedor a fin de evitar sus desmanes o la posibilidad de un suicidio. Se advierte en este relato cómo se evade la realidad, se la ignora o distorsiona cuando recae sobre ella la estigmatización social.

A la victimización individual del adicto, habrá que sumar como consecuencia la de su familia, entre otros aspectos, por la impresionante y brutal incidencia social que sobre sus personas recae por la ejecución de la ley penal y la estigmatización social estimulada por las ideas sobre las drogas y la criminalidad.

11.2. Para el sistema penal

Precisamente nuestras abrumadoras cárceles —que no son ni sanas ni mucho menos, limpias (art. 18, in fine, de la Constitución nacional)— están pobladas en un gran porcentaje por esos tenedores de drogas con los consiguientes deterioros que ocasiona a tantos seres humanos y, además, casando un ingente gasto al erario público. Gasto que se eleva si se piensa en el movimiento de la maquinaria judicial.

D'Alessio presenta un caso conmovedor y didáctico: "Hace más de 5 años una persona fue detenida luego de un allanamiento en el que se secuestran 0,4 y 0,3 g de marihuana. Por otros indicios, también había tenido alguna vez LSD. Se requirieron tres años y cuatro meses para condenarla como autora del delito de tenencia simple, al que la ley amenaza con prisión de 1 a 6 años (mayor a la de los apremios ilegales, la estafa, la usura o el rapto).

La cámara de apelaciones la absolvió sobre la base de la escasa entidad de la tenencia, el fiscal dedujo recurso ante la Corte Suprema, ésta revocó la absolución y ordenó un nuevo fallo que fue nuevamente absolutorio; el fiscal volvió a recurrir y la causa se encuentra nuevamente en la Corte.

Para tener una idea de lo que ello significa, es útil establecer la cantidad de funcionarios que como mínimo debieron intervenir y deberá seguir haciéndolo. Descarto a los policías y empleados de Tribunales, porque resulta muy difícil un cálculo preciso. Culmina su artículo que apunta, entre otras cosas, al coste social y económico de delitos de insignificancia, señalando: "Me parece que la imagen del cazador que gasta pólvora en mariposas, se queda corta"[7].

Otra victimización por el sistema que mancilla principios básicos del derecho penal liberal, se advierte cuando la justicia debe valerse de *leyes penales en blanco*, según suele ocurrir en América Latina con respecto a las extensas listas de sicotrópicos que, de a ratos, se sustraen o se adicionan a la criminalización.

¿Cómo cohonestar estas circunstancias con el deseo tantas veces expresado de un derecho penal mínimo, que preconiza Nils Cristie garantizador de los derechos humanos?

Con respecto *a los traficantes arrepentidos* cabría señalar que las normas ineludibles a la vida en democracia resulta deslegitimadas y seriamente resquebrajadas, como lo indica Baratta, al comerciar con los delatores, lo que implica comerciar con el mundo de la delincuencia. El proponer su inmunidad, su relativo perdón, contradice el principio de legalidad.

Igualmente queda severamente comprometido el principio de idoneidad, que "impone que se compruebe con métodos rigurosos que la criminalización es un medio útil para controlar un determinado problema social: la ex-

7 D'Alessio, Andrés, *Es caro penar el escaso consumo de droga*, publicado en el diario "Clarín" del 24 mayo 1996.

periencia y las investigaciones sobre el impacto de la justicia penal sobre el problema de la droga, demuestran que la criminalización se realiza sin respeto a este principio. También el principio de subsidiariedad, que impone la previa comprobación de que no hay alternativa adecuada, es violado por la intervención del sistema punitivo, que no solamente no tiene en cuenta las alternativas subsistentes, sino que afecta negativamente a los sistemas terapéutico, asistencial y educativo en concurrencia con el de la justicia penal"[8].

La legislación, cada vez más draconiana, aumenta penas, y en muchos casos la doctrina judicial estricta y severa elimina la posibilidad de excarcelación durante la detención preventiva.

11.3. Para los tratamientos asilares y deambulatorios

Indica Louk Hulsman: "Las actividades de las instituciones especializadas de asistencia que se ocupan de las drogas ilegales tienen a menudo la tendencia a concentrar a los consumidores de drogas ilegales en ciertos lugares y, con ello, a marginarlos y aislarlos"[9].

Es el juez penal quien dispone, conforme a múltiples legislaciones, el control terapéutico y asistencial, lo que implica el seguimiento de los pasos del tratamiento que se supone un beneficio (aunque ocasionalmente se lo presente como un derecho). Recuerda a la llamada visita "higiénica" o conyugal en la prisión. Es un derecho biológico del preso y su mujer, pero en caso de mala conducta del recluso se cancela o se suspende.

Los criterios para la aplicabilidad o no del tratamiento o la penan quedan en el camino de circunstancias aleatorias. Es el caso de la insignificante cantidad de sustancia adictiva encontrada —unos pocos gramos—, que permite al juez un cierto manejo legal. Se trata de la "modesta cantidad" introducida por la ley italiana de 1975, que es adoptada por la ley argentina actual, 23.737.

Según esta ley, producida la excarcelación, el procesado puede solicitar de modo voluntario su internación en una clínica y deberá vivir en cierto estado de aislamiento hasta que los médicos indiquen que el resultado del tra-

8 Barratta, Alessandro, "La criminalización del consumo y tráfico de drogas, desde la criminología: aspectos económicos y políticos, en ponencia del II Congreso de Drogodependencias del País Vasco, de. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1988, p. 75.

9 Hulsman, Louk, *op. cit.*, p. 58.

tamiento ha sido eficaz. Entonces se decreta su liberación o, mejor, dicho la aplicación de una medida de seguridad curativa. Claro que ir a una clínica privada o una comunidad terapéutica implica serios gastos, de modo que estamos frente a una nueva formulación de selectividad social en materia penal, pues debe costearlos el justiciable o sus familiares. O, en otras palabras, ¿qué pasa con aquellos procesados y aún sentenciados, que no tienen dinero…?

De todos modos la inspección será efectuada por expertos, designados judicialmente, y si éstos indicaran que "no colabora" o que el tratamiento no avanza, el juez puede revocar la decisión y aplicar la medida de detención o la pena de prisión, que dejara en suspenso, al enviarlo a la clínica. El enfermo que no accede, no se aplica o se resiste al tratamiento, ¡deviene delincuente!

Cualquier terapeuta sabe que la no aceptación inicial de un tratamiento no significa fracaso. La desintoxicación no es difícil desde el punto de vista clínico toxicológico, pero sí lo es cuando se trata del siquismo, el ámbito de conciencia y conducta del consumidor. Depender de un control o de informadores de la situación de avance o retroceso, para asegurar la continuidad del tratamiento o su interrupción, introduce un elemento externo de perturbación e influye negativamente en la relación entre el terapeuta y del paciente. La comunicación, la "transferencia" queda seriamente dañada. Los tratamientos requieren de constancia y paciencia. Casi siempre hay recaídas, y el éxito depende de múltiples factores que no siempre están en la superficie, en especial en casos de adicción física o síquica o de ambas a la vez.

En las comunidades terapéuticas, en clínicas, adictos anónimos, hay un riesgo no inherente a la terapia en sí, que precisa de extrema atención. Es el ingreso de un nuevo adicto que casi siempre llega con la impronta de la calle o bajo el impacto de sus recientes "viajes" o la excelente calidad del último "porro" o del último "nariguetazo"… que narra en los primeros coloquios a la población estable. Sin proponérselo, promueve en el grupo un compulsivo deseo de consumir alguna sustancia y, para algunos, un down "bajón". Pueden ocurrir abandonos del tratamiento y fugas.

Para advertir las dificultades de un tratamiento, bastaría recordar el fenómeno del flash back en que en sueños se sienten los síntomas del "viaje" sin haberse drogado. Siempre habrá recaídas pero no significan necesariamente el fracaso del tratamiento sino un momento de su desarrollo. Cada situación suele

ser diversa, y aún no se ha pasado, en el ámbito de cada una de las metodologías psicológicas expuestas, de la constatación empírica que, siquiera por sentimiento moral, debería conceptuársela como exenta del apuro y de las presiones del control criminalizador para lograr una cabal evaluación.

XII. Bibliografía

Barratta, Alessandro, "La criminalización del consumo y tráfico de drogas, desde la criminología: aspectos económicos y políticos, en ponencia del II Congreso de Drogodependencias del País Vasco, de. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1988

Beristain, Antonio, *De leyes penales y de Dios legislador (alfa y omega del control penal humano)*, ed. Instituto de Criminología de Madrid (España), Madrid, 1990.

D'Alessio, Andrés, *Es caro penar el escaso consumo de droga*, publicado en el diario "Clarín" del 24 mayo 1996.

Hulsman, Louk, *La política de las drogas; fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, en "Nuevo Foro Penal", enero-marzo 1987, nº 35, ed. Temis, Bogotá.

Revista "Vital", Boletín de Véritas, Centro de Estudios sobre Drogadicción A. C., fascículos 7 y 8, Méjico, 1990.

Szasz, Thomas, Nuestro derecho a las drogas, ed. Anagrama, Barcelona, 1993.

Tenorio Tagle, Fernando, *Ideas contemporáneas en torno a las drogas y sus consecuencias en materia legislativa*, ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Méjico, 1989.

Control de drogas en el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo

Alex Valle

Sumario:

I. Introducción. **II.** Origen y desarrollo de la penalización y control en materia de drogas. **2.1.** Antecedentes de la sistematización y tipificación de delitos relacionados con drogas, en el marco de los Convenios de Naciones Unidas. **2.2.** Tipología de las regulaciones jurídicas en el control de drogas. **III.** Aplicación del derecho penal máximo o el derecho penal mínimo en el control de drogas. **3.1.** Costos y beneficios en la aplicación de un derecho penal máximo o un derecho penal mínimo. **3.2.** Reformas procesales penales en Ecuador como herramienta del Derecho Penal Mínimo. **3.3.** Reflexiones finales. **IV.** Bibliografía.

Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema.
Elena Larrauri[1]

1 Elena Larrauri, profesora de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

I. Introducción

El avance del derecho penal a lo largo de la historia ha respondido a exigencias sociales que han puesto de manifiesto más de un conflicto entre la defensa social y el garantismo penal. En dicha trayectoria se han destacado dos tendencias seriamente marcadas: la del derecho penal mínimo y la del derecho penal máximo. La primera, de característica garantista y respetuosa de los derechos[2] fundamentales, cuyo criterio es limitar o minimizar la aflicción de la pena; mientras que la segunda, presenta serios problemas respecto de la observancia a las garantías jurídicas establecidas en un Estado de Derecho, porque sus criterios parten de la idea de defensa social y la maximización de las penas.

El minimalismo propugna las garantías constitucionales como un pilar fundamental y necesario en el proceso penal, respetando el principio de inocencia, de legalidad, el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, el derecho de defensa, la judicialidad e inmediación de la prueba, la admisión de penas alternativas a las privativas de libertad, entre otras. Por su parte el maximalismo ha permitido el deterioro de dichos principios, fomentando la necesidad de penas más aflictivas, tribunales de excepción y hasta la imposición de la pena de muerte en algunos casos.

Según afirma Luigi Ferrajoli[3], el derecho penal es el ámbito donde de manera más emblemática se manifiestan los límites de la acepción puramente política de la democracia; en ese sentido, cada Estado es libre de adoptar en su legislación interna una postura respecto de su política penal, conforme el principio de autodeterminación.

Es así como los países han optado por la aplicación del derecho penal mínimo o máximo, identificándose en el primer caso a los Estados de Derecho como partidarios del garantismo penal; y por otro, a los Estados absolutistas o totalitarios[4].

En algunos casos la adopción del derecho penal mínimo puede convivir en la misma legislación con el derecho penal máximo; el caso concreto es el

2 Zambrano Pasquel, Alfonso, *De la Represión a la Legalización*, Revista Jurídica, Guayaquil, Internet, http://www.alfonsozambrano.com/

3 Ferrajoli, Luigi, Garantías y Derecho Penal, en Juan Oberto Sotomayor, *Garantismo y Derecho Penal*, Colombia, Temis, 2006, p. 7.

4 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 33.

que presentan las legislaciones de Latinoamérica; en las cuales, para el derecho penal común rige el derecho penal mínimo, mientras que para el derecho penal especial rige el derecho penal máximo impuesto por convenciones internacionales, como en el caso de las leyes de drogas y del lavado de activos.

Dicha convivencia de sistemas penales, ha evidenciado el tratamiento desigual que se da a las personas bajo los dos regímenes jurídicos citados. Así, mientras el derecho penal mínimo busca la preeminencia o el valor social del bien jurídico afectado y el respeto a los derechos fundamentales establecidos, considerando incluso hasta la renuncia del ejercicio de la potestad punitiva del Estado como última instancia; el derecho penal máximo cree que el primer recurso del Estado y mejor instrumento de disuasión con que cuenta el control social formal, es el derecho penal aplicado en su máxima expresión y sin consideración alguna por las normas fundamentales estatuidas.

En el presente trabajo analizaremos la procedencia de la legislación de drogas y su influencia en Latinoamérica. Posteriormente se revisará cómo la vigencia de leyes de drogas con carácter maximalista atentan contra: el principio de inocencia, de igualdad ante la ley y otros principios del debido proceso legal. Además se realizará una breve comparación de los efectos pragmáticos (costos-beneficios) en la aplicación del derecho penal máximo y mínimo en las legislaciones de varios países. Finalmente se analizará la validez de la intervención del Estado en la esfera de la autonomía personal.

II. Origen y desarrollo de la penalización y control en materia de drogas

2.1. Antecedentes de la sistematización y tipificación de delitos relacionados con drogas en el marco de los Convenios de Naciones Unidas

Generalmente hablar del tema de las drogas, implica una inmediata asociación con sustancias capaces de alterar la condición física o psíquica de los seres humanos. Pero a decir la socióloga Rosa del Olmo[5], no todas las sus-

5 Del Olmo, Rosa, *¿Prohibir o Domesticar? – Políticas de Drogas en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1992, p. 11.

tancias con dichas cualidades son clasificadas como tales, ya que para considerarlas como drogas se requiere de una condición que es necesariamente la calificación por parte de un Estado de dicha sustancia como "ilegal".

La calificación de "ilegal" a ciertas sustancias psicoactivas, sirvió para sistematizar y tipificar como infracción el uso, tenencia y tráfico de dichas drogas; con ese criterio, el Gobierno de los Estados Unidos cimienta su campaña de lucha contra las drogas. Es en el año de 1908 que Theodore Roosevelt, presidente de los Estados Unidos, alarmado del problema de adicción de los soldados norteamericanos al opio en las ocupadas tierras Filipinas, convoca a representantes de trece naciones para discutir la gravedad de la situación, surge así, en el año de 1909, la convocatoria a la Conferencia Internacional para discutir el Tráfico de Opio entre las Naciones, de la que surgió la Comisión Internacional del Opio.

El inicio de la lucha contra las drogas encerró un trasfondo más complejo que el descrito, puesto que las razones principales que motivaron a los Estados Unidos a tomar el liderazgo "moral" en el combate a las drogas fueron: a) reducir la resistencia China a las inversiones financieras norteamericanas; b) preocupación por la seguridad interna del país; c) preocupación por la salud de los consumidores, entre otras. La referida conferencia realizada en Shangai, no obtuvo los objetivos planteados de producir medidas legales prácticas para el control de los opiáceos, pero logró generar un movimiento emocional que más tarde se vería plasmado en las legislaciones internas de los países y en convenciones internacionales.

Entre los principales instrumentos internacionales, encontramos los realizados por Naciones Unidas[6]: a) Convención única de 1961 sobre estupefacientes; b) Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas; c) Convención de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Los citados instrumentos sirvieron para imponer ciertos criterios unificados, debido a que en un inicio las principales potencias de Europa tuvieron enfrentamientos con Estados Unidos por liderar el control de la producción y el tráfico de drogas. A medida que Estados Unidos adquiría un papel hegemónico en el mundo, fue imponiendo criterios que se verían plasmados

6 Naciones Unidas, Internet, http://www.incb.org/e/conv, Acceso: 20 enero 2009.

posteriormente en convenios bilaterales o multilaterales; en especial, se ha observado su injerencia en países de América Latina.

Las convenciones citadas incluyen la obligación de los Estados para aplicar mecanismos de cooperación internacional, en especial la Convención de Viena de 1988 que proporcionó el modelo de instrumento jurídico internacional para enfrentar otras formas de delincuencia transnacional organizada y que hace un llamado a penalizar la posesión de drogas para consumo personal como medida de potenciación de lucha contra el tráfico de drogas, aunque deja a cada país la posibilidad de legislar al respecto; por ello, los Estados miembros han compartido posiciones diversas que han ido desde la tipificación con sanciones privativas de libertad, hasta sanciones de carácter administrativo y terapéutico.

José Luis Diez Ripollés, al analizar el contenido de la Convención de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, revisa que ésta contiene el germen de la propuesta de derecho penal máximo y expresa que "se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico-penales de intervención mínima y de seguridad jurídica"[7].

El delito de tráfico de drogas en todas sus variantes y sus tipos derivados, fue tomado posteriormente como un delito con carácter transnacional, siendo un organismo de las Naciones Unidas el principal en coordinar y liderar las estrategias prácticas en la lucha contra las drogas y el delito, a través de su “Oficina Contra la Droga y el Delito”. Oficina que fusionó dos programas: el de control de drogas y el de prevención del crimen.

En el caso particular del Ecuador, se puede observar que tal ha sido la asimilación de dicho Convenio, que incluso nuestra ley de drogas lleva por nombre “Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”. Dicha tendencia ha sido recogida, especialmente por países productores de droga, ya que mientras las Convenciones de Naciones Unidas de 1961 y 1971 justificaban su existencia en salvaguardar la salud de la humanidad, la úl-

7 Diez Ripolles, José Luis, *“Alternativas a la actual legislación sobre drogas"*, en revista Nuevo Foro Penal, N° 54, Bogotá, Temis, 1991, p. 467.

tima de 1988, denota una preocupación que no es nueva sobre el deterioro de las economías[8], la seguridad interna de los países y la estabilidad democrática.

La tendencia de mayor represividad penal en la lucha contra las drogas se acentúa en América Latina con efectos más pronunciados por una serie de razones entre las cuales se destacan:

> a) El criterio geopolítico de reprimir primordialmente la oferta con acciones en los países de América Latina y el Caribe, y no en los principales centros de consumo;
> b) El énfasis puesto en la acción del sistema policial y en la participación de los ejércitos en ella;
> c) El estado de deterioro de los sistemas penitenciario y de justicia penal en la región[9].

Además de las convenciones citadas, encontramos un instrumento internacional para combatir los delitos con carácter transnacional, en el cual se enmarca claramente del tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; este es, la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional[10] del año 2000. Dicho instrumento también incluye disposiciones características del derecho penal máximo; entre las cuales, podemos citar:

a) Incremento de tipos penales en las legislaciones de países suscriptores del tratado. En derecho penal sustantivo, los países si aún no lo han hecho, deben tipificar cierto número de delitos (participación en un grupo delictivo organizado, lavado del producto del delito, corrupción pública, y obstrucción a la justicia).

8 En Estados Unidos en el año de 1971, el presidente Nixon señaló que el consumo de drogas es el enemigo público número uno y asignó 370 millones de dólares al tratamiento médico y a la rehabilitación de estudiantes y veteranos de guerra. En 1973 esa cifra se incrementó a 700 millones de dólares. Véase, Rosa Del Olmo, *¿Prohibir o Domesticar?*, p.18.

9 Carranza, Elías, *"Tráfico de drogas: su represión, balance y perspectivas",* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 296-297.

10 Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, este instrumento fue firmado en la ciudad de Palermo, Italia en el 2000. Actualmente ha sido firmada por 147 países y ratificada por 93, incluyendo Ecuador, en donde entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial 197 de 24 de octubre de 2003, Internet, htpp://www.unodc.org.co, Acceso: 17 febrero 2009.

b) Aplicación de la teoría retributiva de la pena. Se debe garantizar que el proceso, el trato y la sanción de los delincuentes en las diferentes partes del mundo sean acordes con el daño causado y con los beneficios obtenidos por las actividades delictivas. Asegurándose que las sanciones sean superiores a los beneficios del delito.

c) Aplicación de sanciones adicionales a la pena privativa de libertad. Los Estados deben asegurar rigurosos regímenes de decomiso que prevean la identificación, la localización, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los fondos y bienes adquiridos ilícitamente. Y disponer de mecanismos claros de cooperación internacional para esos efectos.

d) Violación de normas del debido proceso e igualdad ante la ley. Se respaldan las técnicas especiales de investigación de la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas; entre otras.

Por lo anotado, se puede inferir que la legislación internacional ha promovido una política de derecho penal máximo respecto del uso y control de sustancias psicoactivas, a través de las convenciones citadas y otras que varios países han suscrito de manera bilateral o multilateral, especialmente con los Estados Unidos.

2.2. Tipología de las regulaciones jurídicas en el control de drogas

Conforme lo señala la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cada país tiene la posibilidad de legislar la penalización de conductas como el consumo y tenencia. En este sentido, diversas han sido las posiciones asumidas respecto del manejo jurídico en el control de drogas, pero las más destacadas tipologías existentes son recogidas por Rodrigo Uprimny[11]; y resumidas, en los modelos siguientes:

1) **Modelo I. La "guerra a las drogas".** Se evidencia la aplicación de un derecho penal máximo en todas las fases y tipos de control contra las drogas, las sanciones enunciadas en los tipos penales son despro-

11 Uprimny, Rodrigo, "Drogas, Derecho y Democracia", presentado en el Seminario Itinerante POCAL, Bogotá, 2002, pp. 3 -7.

porcionadas, tratándose de producción, distribución, consumo, etc. Intenta suprimir a toda costa cualquier consumo de ciertas sustancias, consideradas dañinas, pues el Estado considera que tiene derecho a imponer modelos de virtud, o al menos de salud, a sus ciudadanos. Según este enfoque, si no hay drogas no hay consumo; y por ende, no puede haber abuso de las mismas. El enfoque es prohibir en forma absoluta su producción y comercialización, para suprimir la oferta, o al menos obstaculizar el acceso de las personas a las drogas, debido a la dificultad para obtenerlas y al incremento de los precios que comporta la penalización. Estados Unidos y varios países de Latinoamérica influenciados por su política, son parte de este modelo prohibicionista y sancionador.

Dichas afirmaciones, las podemos constatar al revisar las sanciones privativas de libertad vigentes en países de la región. En primer término, podemos observar que en el Ecuador, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, estipula penas de reclusión mayor extraordinaria entre 12 y 16 años para conductas de siembra, cultivo, tráfico ilícito, transporte, tenencia y posesión; mientras que delitos más infamantes como la tortura, son sancionados con penas de prisión que no exceden los 5 años; lo propio sucede en las legislaciones de Perú, Colombia, Bolivia y México donde las penas fluctúan hasta los 25 años[12].

En dichos países, además se invierten ingentes recursos económicos para dotar a la fuerza pública de armas, vehículos, tecnología y otros bienes específicos para la lucha contra el narcotráfico; y a pesar de ello, los resultados no han sido halagadores, por el contrario se ha reconocido el fracaso de dicha política o modelo represivo. Para citar un caso, de acuerdo con el gobierno colombiano, de los 700 millones de dólares que entrega Estados Unidos cada año, 580 millones van al componente militar del Plan y otros 120 millones se destinan a programas sociales[13].

12 Ministerio de Asuntos Exteriores de España y Fundación Ramón Rubial, Internet, http://cannabisymas.com/blog/riesgo-trafico-drogas-extranjero/, Acceso: 26 septiembre 2008.

13 British Brioadcast Corporation, Internet.http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_6616000/6616023.stm, Acceso: 14 marzo 2009.

Para corroborar dicha aseveración, podemos revisar la Declaración Sobre la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia emitida en Río de Janeiro en abril de 2008, en la que básicamente los miembros dicen: "que las políticas prohibicionistas basadas en la represión de la producción y distribución, así como la criminalización del consumo, no han producido los resultados esperados. Estamos más lejos que nunca del objetivo de erradicación de las drogas"[14].

2) **Modelo II. "políticas de reducción del daño y de minimización de los riesgos".** Convive un derecho penal máximo para el caso de producción y distribución mayorista de drogas, con un derecho penal mínimo, para el caso de consumo y distribución minorista.
Los defensores de dicha política tienen una perspectiva pragmática, consideran que es imposible suprimir el consumo, por lo cual sólo puede aspirarse a reducir los daños asociados a los usos problemáticos, para lo cual plantean que es necesario despenalizar el consumo de ciertas sustancias, a fin de evitar el marginamiento de los usuarios. Estas estrategias que han sido adoptadas por Holanda, Suiza y por varias ciudades europeas, han liberado el consumo y tenencia de pequeñas dosis pero se mueven dentro del ámbito prohibicionista; y, mantienen la criminalización de la producción y de gran parte de la distribución de estas sustancias.

3) **Modelo III. "estrategias de legalización selectiva o regulada.** Tiene una estrategia para admitir el consumo en mínimas cantidades, asimismo admite la distribución y producción a pequeña escala, protege la salud pública en el marco de los derechos humanos. Los defensores plantean que, con el fin de reducir los daños y efectos perversos de la prohibición, en términos de violencia, corrupción, erosión del respeto a la ley y afectación de los derechos de la persona, es indispensable ampliar o generalizar las estrategias de reducción del daño, por lo cual es necesario despenalizar y regular también la producción y la distribución de todas las sustancias psicoactivas.

14 Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia realizada en Brasil, Tercera reunión de 30 de abril de 2008, Internet, http://drogasydemocracia.org/documentos-da-comissao, Acceso: 7 mayo 2009.

4) **Modelo IV. "liberalización total del mercado de las drogas".** Este modelo es el más flexible y blando en lo que a penas se refiere, ya que prácticamente se eliminan las sanciones o al menos existe una política diferenciada frente a las drogas, puesto que parte de una confianza en el poder regulador del mercado.
Sus defensores tienen la idea de que el Estado no puede impedir que una persona se haga daño a sí misma; y por ende concluye, que las sustancias psicoactivas deben estar sometidas a reglas de mercado similares a las de cualquier otra mercancía. Protege al máximo la libertad individual de las personas y restringe el papel interventor del Estado. Esta política es defendida porque se dice que con su legalización, se evitaría muertes por su uso clandestino, se reducirían los altos precios que sirven para enriquecimiento de las mafias y presentaría un adecuado control en la calidad y cantidad de las sustancias.

Hoy en día la política dominante a nivel mundial es la estrategia tipo I, debido a la enorme influencia de los Estados Unidos. Dicho modelo de represión de las drogas está firmemente arraigado en las legislaciones latinoamericanas; y debido a eso, su debate ha sido considerado prácticamente como un tabú, por su identificación con el crimen. Por ello, romper el tabú, reconocer los fracasos de las políticas vigentes y sus consecuencias es una condición previa a la discusión de un nuevo paradigma de políticas más seguras, eficientes y humanas.

III. Aplicación del derecho penal máximo o el derecho penal mínimo en el control de drogas

3.1. Costos y beneficios en la aplicación de un derecho penal máximo o un derecho penal mínimo

Comparativamente la aplicación de un derecho penal máximo represivo, tiene un costo humano que en ocasiones excede el contingente de muertes que se producen en guerras convencionales. A decir de Elías Carranza[15], hay

15 Carranza, Elías, "Tráfico de drogas: su represión, balance y perspectivas", pp. 301-306.

que desmitificar la división taxonómica de drogas legales e ilegales pues todas producen por igual daño en la salud; ya que con tal división, se pierde la óptica sanitaria y preventiva para dar paso a una política eminentemente policial-represiva.

Para Alfonso Zambrano Pasquel[16], con la propuesta del derecho penal mínimo, se busca un derecho penal alternativo y democrático en el que se puede favorecer al descongestionamiento carcelario y el respeto a los derechos fundamentales; mientras que en el segundo caso, prima la represividad llegado a su máxima expresión con la renuncia de los Estados a su propia soberanía, permitiendo la concesión de la extradición o la autorización para incursiones militares extranjeras en suelo nacional.

Según los estudios realizados por la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia en 2008, respecto de los logros alcanzados en la lucha contra las drogas, se coincide en señalar que pese al aumento de los recursos económicos y la intensidad de la represión, los resultados no son alentadores; por lo cual, se plantea un cambio de estrategia en la lucha contra las drogas.

Para ilustrar lo anterior, citaremos algunos datos sobre la lucha contra las drogas emitido por la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (ONUDD) en la 17ª Reunión de Jefes de los Organismos Nacionales Encargados de Combatir el Tráfico realizada en Ecuador en octubre de 2007. El mencionado informe examina datos sobre el cultivo ilícito de coca, adormidera y cannabis, también presenta estadísticas sobre el tráfico de drogas e incautaciones efectuadas en el año 2006 y anteriores; además, analiza las tendencias a futuro.

La ONUDD en su informe manifiesta, que actualmente el cannabis se cultiva en 172 países y territorios y que hay 160 millones de personas, es decir, el 3,8% de la población mundial de 15 a 64 años de edad que lo consumen, y que en la región de América Latina y el Caribe, el índice anual de personas de 15 a 64 años de edad que usan cannabis es del 3,8%, es decir, igual que la media mundial. Según sus datos, los países de Sudamérica notificaron un claro aumento del consumo de cannabis, lo cual se refleja en las cifras de producción, ya que en el año de 2005 a América se le imputa el

16 Zambrano Pasquel, Alfonso, Revista Jurídica, p. 13.

46% de la producción mundial de hierba de cannabis, seguida de África (25%), Asia (22%) y Europa (5%)[17].

De otra parte informa que Bolivia, Colombia y Perú siguen siendo los principales productores de arbusto de coca. Según el estudio del cultivo de coca realizado por la ONUDD en la región andina (Monitoreo de Cultivos de Coca, 2007), en total en 2006 se dedicaron al cultivo de arbusto de coca 156.900 hectáreas, lo que representa una disminución del 2% respecto de 2005 (159.600 hectáreas). De ese total, Bolivia cultivó el 17%, con 27.500 hectáreas, Colombia el 50%, con 78.000 hectáreas, y Perú el 32%, con 51.400 hectáreas.

Respecto de las incautaciones, se indica que en América, éstas aumentaron en un 24% en 2005 hasta llegar a 8.145 toneladas métricas, lo que representa el 55% del total mundial. La subregión con el mayor volumen de incautaciones en 2005 fue América del Sur con 4.149 toneladas, seguida de cerca de América del Norte con 3.518 toneladas. Los países de América del Sur en que se incautaron grandes cantidades en 2005 fueron: el Perú con 1.633 toneladas (la mayor parte de hoja de coca); y, Colombia con 1.020 toneladas (en su mayoría de hoja de coca). El tipo de droga más incautada en la región, siguió siendo la hierba de cannabis con 3.456 toneladas, seguida de cerca de la hoja de coca con 3.208 toneladas.

Los datos señalados muestran que la guerra contra las drogas y la política prohibicionista fracasaron; por el contrario, la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, ha señalado algunos efectos nocivos de la estrategia de prohibicionismo máximo aplicada hasta ahora en los diversos países de la región latinoamericana, entre los cuales podemos destacar:

a) Un sobrecargado aparato judicial y una sobrepoblación en los centros carcelarios.
b) Un monopolio criminal de la distribución provocado por la ilegalidad, con todas las secuelas de violencia, corrupción e inestabilidad institucional.
c) La prohibición ha inducido conductas delincuenciales en algunos usuarios que recurren a robos para procurarse un producto artificial-

17 Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Estadísticas sobre las tendencias del tráfico de drogas en América y a nivel mundial", Internet, http://www.unodc.org/pdf/honlea/honlac_2007_crp-1_es.pdf, Acceso: 12 mayo 2009.

mente caro.

d) La guerra a las drogas ha estimulado comportamientos xenófobos y racistas, con ciudadanos originarios de países productores.
e) La lucha contra las drogas ha asumido formas militares e intervencionistas por parte de los Estados Unidos, que hicieron de las drogas un asunto de seguridad nacional que ha desbordado fronteras nacionales.
f) La estrategia ha fomentado la creación de un derecho penal cada vez menos liberal y con mayores restricciones a garantías ciudadanas. En algunos países se viola el principio de inocencia en materia de drogas, se afecta el principio de igualdad y de proporcionalidad con relación a las penas impuestas, entre otras.

Por otro lado, la aplicación de un derecho penal mínimo como un modelo de política antidroga, es denominada por sus defensores como una estrategia de reducción del daño. Su finalidad no es eliminar totalmente de la sociedad el consumo de las drogas, ya que este objetivo es considerado poco realista, sino reducir los daños resultantes del abuso de sustancias sicotrópicas y de las propias políticas de control.

Estas estrategias pretenden minimizar no sólo los efectos primarios relacionados con el abuso de sustancias psicoactivas, sino también reducir los costos y daños secundarios, es decir, aquellos que derivan de las propias políticas contra las drogas. El ejemplo más conocido, pero no el único de esta estrategia es Holanda, por lo que es necesario destacar sus avances.

Hasta mediados de los años setenta, Holanda siguió una política represiva similar al resto de países europeos, pero viendo los efectos contraproducentes de la misma, en esa fecha la varió sustancialmente. A pesar de que se persigue el gran tráfico de drogas, se ha despenalizado la distribución minorista y el consumo de las drogas suaves como la marihuana, y se ha evitado criminalizar al consumidor de drogas duras como la heroína. Se han implementado programas de distribución gratuita de jeringas para evitar la extensión del SIDA, el suministro de sustitutos como la metadona para evitar el síndrome de abstinencia, la ayuda profesional voluntaria para el drogadicto que así lo desee, desarrollo de programas comunitarios destinados a integrar socialmente al consumidor, etc.

El enfoque holandés pretende evitar la marginalización de los consumidores, pues se considera que su criminalización agrava los problemas sociales; por ello, su enfoque insiste en los derechos humanos de los consumidores y busca su *normalización*, evitando aislarlos en clínicas y programas de rehabilitación[18].

Entre los efectos positivos de la aplicación de una política de derecho penal mínimo podemos citar:

a) La aplicación de una política más económica que la guerra a las drogas. Así, el dinero gastado en la aplicación en la represión es cuatro veces más elevado en los Estados Unidos que en Holanda[19].
b) Los costos sobre los derechos individuales son menores ya que el número de personas privadas de la libertad por infracción a las leyes contra las drogas en los países que aplican el derecho penal mínimo son diametralmente opuestas a la política maximalista.
c) Los resultados en términos de salud son alentadores, pues no sólo el número de consumidores de heroína no ha crecido sino que éstos pueden llevar una vida más normal y están en mejor estado de salud que los que viven en otros países.
d) Por último, y contrariamente a lo que supondrían los defensores de las estrategias más represivas, estas políticas más liberales no se han traducido en aumentos dramáticos del consumo.

3.2. Reformas procesales penales en Ecuador como herramienta del Derecho Penal Mínimo

En el Ecuador, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas aparece publicada en el Registro Oficial No. 366 del 30 de enero de 1990, como respuesta a la incompleta Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1987. Dicha normativa se elabora en el contexto de las tres Convenciones de Naciones Unidas de 1961, 1971 y

18 Ethan Nadelmann, "Pensando Seriamente en Alternativas a la Prohibición de las Drogas", en Comisión Andina de Juristas, *Materiales de Lectura Conferencia Internacional Drogas y Narcotráfico, Propuestas desde la Región Andina*, Lima, CAJ, 1993, p. 3.

19 Diirk Jaan Kraan, "La politique néerlandaise en matiere de stupéfiants: une perspectiva économique", ver en Rodrigo Uprimny, *Drogas, Derecho y Democracia*, p. 12.

1988, contenido que responde a una política de derecho penal máximo, apreciable en varios países de Latinoamérica como en las leyes de drogas del Perú (1982), Argentina (1989), Colombia (1986), Bolivia (1988). Como ya se citó en párrafos anteriores, en estas legislaciones se pueden apreciar penas privativas de libertad superiores a 15 años; pero más allá de eso, se pueden también observar que los tipos penales son de carácter abierto, general y abstracto. Lo dicho podemos apreciarlo con la simple lectura de cualquier artículo de la actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del Ecuador; para el presente caso citaremos:

> **Art. 60.- Sanción para la elaboración, producción, fabricación, o preparación.-** Quienes extraigan, purifiquen, cristalicen, recristalicen, sinteticen, o por cualquier forma o procedimiento, elaboren, produzcan, fabriquen, preparen o envasen sustancias estupefacientes o psicotrópicas sin autorización de la Secretaría Ejecutiva del CONSEP o infringiendo las normas de esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis (sic) años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales[20].

En dicho tipo penal se puede apreciar lo que Zaffaroni[21] llama "la multiplicación de los verbos rectores", pues encontramos que el legislador amplía las diferentes maneras de cometer el delito, sólo en el caso citado encontramos diez acciones diversas. Se puede apreciar que simples actos de preparación, tentativa, se sancionan como actos principales; además, se aprecia que el principio de legalidad se transgrede, al someter ciertas conductas punibles a la decisión de un órgano de carácter administrativo.

Finalmente, es necesario recalcar que la represión penal en materia de drogas se ha desarrollado selectivamente, y que ésta se ha recargado sobre los eslabones más débiles de la cadena, siendo los consumidores y mulas quienes han recibido las sanciones más graves, en relación con los traficantes, quienes han salido muchas de las veces favorecidos por la debilidad del sistema.

Todas estas falencias, vacíos y debilidades de la actual normativa ecuatoriana en materia de drogas, evidentemente merecen un replanteamiento, más aún si se observa que la misma Comisión Latinoamericana Sobre Drogas y Democra-

20 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, 2008.

21 Véase el artículo de Eugenio Raúl Zaffaroni que consta en esta obra.

cia a dicho lo propio en su informe de 2008. El cambio de una política restrictiva y prohibicionista en materia de drogas a una más garantista, no se logrará únicamente con la despenalización de ciertos tipos penales, la legalización de ciertas sustancias o la rebaja de penas privativas de libertad, sino con la adecuada utilización de herramientas procesales penales vigentes en nuestra legislación.

Para confirmar lo manifestado quiero referirme en primer lugar, al principio de oportunidad planteado en las reformas al Código de Procedimiento Penal publicadas en el RO-S 555 de 24 de marzo de 2009, el cual da la posibilidad al Fiscal de abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada en caso de que encuentre que el presunto delito no comprometa gravemente el interés público o vulnere los intereses del Estado. Es decir que el Fiscal podrá razonar, sopesar y decidir el inicio o archivo de una causa, conforme se presenten los hechos presuntamente delictivos, frente a sus posibles repercusiones; por ejemplo: un joven de 18 años que es aprehendido por primera vez, en posesión se sustancias sujetas a fiscalización, cuyo peso excede en apenas unos gramos al dispuesto para el consumo personal, ¿merece pasar varios años en la cárcel? Acaso el archivar el caso no le evitaría la estigmatización social, una segura afectación en su vida personal, la influencia negativa que le acarree un posible vida delictiva frente a un hecho que claramente no compromete el interés público o la vulneración de los intereses del Estado. Lo contrario sucedería si el detenido es un conocido traficante, pertenece a un grupo delictivo organizado o es reincidente.

En ese sentido, si el juez de garantías penales constata que el delito no merece seguir investigándose, éste deberá declarar la extinción de la acción penal respecto de dicho hecho. Cabe indicar que con la extinción basada en el principio de oportunidad, no se extinguen las acciones de carácter civil, en los casos en que los ofendidos persigan el reconocimiento de perjuicios derivados del acto objeto de la denuncia.

Finalmente, las reformas introducidas establecen el procedimiento simplificado y la suspensión condicional del procedimiento. Con la primera figura, se busca un procedimiento más ágil y eficaz que favorezca a las partes, pues con la aceptación de dicho procedimiento, los ofendidos lograrán su pretensión con menos costos y en menor tiempo; por su parte el procesado obtendrá una pena inferior a la máxima establecida en el Código Penal. De su parte, con la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garan-

tías podrá suspender el procedimiento penal incoado, siempre que el procesado admita su participación en el acto delictivo. Al conceder la suspensión, el juez de garantías dispondrá alguna o algunas de las medidas dispuestas para el efecto: residir en un lugar determinado, abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas, someterse a tratamiento psicológico o médico, tener o ejercer un trabajo u oficio, asistir a programas educacionales o de capacitación, reparar a la víctima, entre otras medidas que pueden ser más efectivas y beneficiosas, tanto para el procesado como para el ofendido.

Para que procedan ambas figuras, se exige que los delitos por los cuales se acusa al procesado, sean sancionados con una pena máxima de cinco años y no estén inmersos en los crímenes de odio, violencia intrafamiliar, delitos sexuales y de lesa humanidad, por lo que bien podrían proceder en delitos menores establecidos en la ley de drogas. Lastimosamente las penas establecidas en dicha ley son excesivas y desproporcionadas; tal es el caso, que para un profesional que despache una receta con algún contenido de sustancias estupefacientes o psicotrópicas de manera injustificada, se establece la pena de de reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

Por lo mencionado, es necesaria una reforma urgente y una adecuada gradación en la proporcionalidad de las penas establecidas en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pues mal se puede estipular una misma pena para un delito de lesa humanidad como la tortura, que para un despacho injustificado o negligente de medicinas. En ese mismo sentido, y realizada una reforma en las sanciones penales por delitos estipulados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, podría considerarse según el caso concreto, la imposición de medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad.

3.3. Reflexiones Finales

Luego de esta breve revisión y estudio del tratamiento y control de las drogas en el mundo, desde las ópticas maximalistas y minimalistas, podemos establecer las siguientes conclusiones necesarias para el perfeccionamiento de las políticas de lucha contra las drogas, que necesariamente deberán observarse para el replanteamiento de la ley de drogas en el Ecuador.

En los párrafos anteriores, se ha dejado claro que pese a que en la mayoría de países de América Latina han aplicado políticas prohibicionistas basadas

en la represión, sus resultados no siempre han sido positivos tal y como lo confirma el informe de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, que más bien ha evidenciado según sus estudios, que dicha región sigue siendo la mayor exportadora mundial de cocaína y marihuana, aumentando en los últimos años la producción de opio y heroína; iniciándose también, en la producción de drogas sintéticas.

Por ello, en América Latina la revisión a fondo de las políticas actuales contra la lucha de drogas, es aun más urgente a la luz de su elevado costo humano y amenazas a las instituciones democráticas, dado que la actual estrategia basada en la protección de la salud pública, no se ha traducido en políticas públicas que protejan a las víctimas de la lucha contra las drogas, por el contrario se verifica un crecimiento de la violencia en la sociedad.

Es obvio entonces, que la aplicación de una política de derecho penal máximo en el combate contra las drogas ha causado más de un efecto negativo en su aplicación, demostrando una gran inefectividad y ocasionando más de una violación a los derechos fundamentales de las personas sometidas a dicho régimen penal. En nuestro país las reformas a la ley de drogas son más que necesarias y urgentes, y deben estar basadas en un marco garantista y respetuoso de los derechos fundamentales.

Hay que tomar en cuenta diversos contextos, ya que en todo el mundo se siguen difundiendo estereotipos, que insisten en aplicar una política prohibicionista y la guerra contra las drogas, aunque en el país de la demanda por antonomasia —Estados Unidos—, el uso y tenencia de marihuana sólo es punible en 13 Estados. Sin embargo en el Ecuador existen sanciones en la ley de Drogas, que son desproporcionadamente superiores con relación a delitos más infamantes como la tortura, lesiones, violación, entre otros. Por ello, su replanteamiento debe ser considerado en las próximas reformas a la ley.

De su parte, las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas, han tenido en la corrupción de funcionarios o autoridades, un medio que facilita su actividad ilícita, lo cual ha dificultado el combate contra los grupos transnacionales organizados dedicados al tráfico ilegal de sustancias psicoactivas. La criminalización de la política y la politización del crimen, así como la proliferación de vínculos entre ambos, refleja la infiltración del crimen organizado en las instituciones democráticas. Por ello, se ha podido evidenciar que en las últimas décadas ha existido un aumento del crimen organizado.

Además, los tratamientos médicos obligatorios para el caso de los consumidores, resultan lesivos a sus derechos y en gran parte termina por marginarlos socialmente; por ello, debe establecerse únicamente como una alternativa que debe escogerla el consumidor de forma voluntaria. Las políticas de derecho penal máximo han afectado a consumidores, pequeños traficantes y tenedores de droga, siendo estos quienes han llenado las cárceles con penas totalmente desproporcionadas al hecho acusado. También se ha demostrado social y científicamente que las políticas del derecho penal mínimo aplicadas en la lucha contra el tráfico de drogas han resultado más eficientes que las políticas maximalistas.

Finalmente se ha podido observar en los últimos años, que bajo el concepto de lucha contra las drogas las potencias hegemónicas han aplicado sus políticas incluso bajo el intervencionismo económico, condicionando su ayuda a la homologación normativa y de políticas públicas impuestas por los supuestos benefactores. Esas políticas no permiten un control de la calidad y cantidad de los productos por parte de los Estados, lo cual afecta gravemente la salud pública, aumentando compras clandestinas que terminan en intoxicaciones y en la muerte de los consumidores.

IV. Bibliografía

Libros

Del Olmo, Rosa, *¿Prohibir o Domesticar? – Políticas de Drogas en América Latina*, Nueva Sociedad, Caracas, 1992.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal*, Temis, Colombia, 2006.

———, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

Nadelmann, Ethan, *Pensando Seriamente en Alternativas a la Prohibición de las Drogas*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993.

Revistas

Carranza, Elías, *Tráfico de drogas: su represión, balance y perspectivas,* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992.

Diez Ripolles, José Luis, "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", Revista Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis, Bogotá, 1991.
Fundación Esquel, "Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Penal", Quito, Fondo de Justicia y Sociedad, 2003.
Alegre, año 3 N° 2, enero-junio de 1990.

Instrumentos Legales

Constitución de la República, 2008.
Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, 2008.
Código de Procedimiento Penal y sus reformas de 24 de marzo de 2009, Registro Oficial Suplemento 555.

Internet

British Brioadcast Corporation, Internet, http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_6616000/6616023.stm
Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia realizada en Brasil, Tercera reunión de 30 de abril de 2008, Internet, http://drogasydemocracia.org/documentos-da-comissa
Ministerio de Asuntos Exteriores de España y Fundación Ramón Rubial, Internet, http://cannabisymas.com/blog/riesgo-trafico-drogas-extranjero/ Naciones Unidas, Internet, http://www.incb.org/e/conv
Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, este instrumento fue firmado en la ciudad de Palermo, Italia en el 2000. Actualmente ha sido firmada por 147 países y ratificada por 93, incluyendo Ecuador, en donde entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial 197 de 24 de octubre de 2003, Internet, htpp://www.unodc.org.co
Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Estadísticas sobre las tendencias del tráfico de drogas en América y a nivel mundial", Internet, http://www.unodc.org/pdf/honlea/honlac_2007_crp-1_es.pdf
Zambrano Pasquel, Alfonso, De la Represión a la Legalización, Revista Jurídica, Guayaquil, Internet, http://www.alfonsozambrano.com/

III

Hegemonía y resistencia del discurso de drogas

Globalización del control penal, sistema penal y drogas en Venezuela*

Elise Rosales*

Sumario:

I. Introducción. **II.** En qué consiste la globalización del control penal. **III.** Un recuento necesario. **IV.** Cómo se instauró la política antidrogas imperial en Venezuela. **V.** Bibliografía.

A Juan Bustos, quien hace 25 años me enseñó desde su óptica del bien jurídico, que la dogmática penal no puede perder de vista, que el sentido del Derecho está en la realización de los derechos.

I. Introducción

Este estudio pertenece al ámbito dedicado a la *seguridad* adelantado dentro de sistemas penales, línea de investigación que se lleva a cabo en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela. Allí contextualizada, la hipótesis de la globalización del control penal opera como eje transversal conductor de los proyectos y estudios dedicados a comprender el

* Este estudio es un producto de Sistemas Penales y prosigue los hallazgos publicados desde 1990 sobre globalización del control penal, justicia penal y drogas en Venezuela.

comportamiento de los sistemas penales, desde una concepción dinámica que lo asume como "el conjunto de relaciones y procesos derivados del control punitivo formal e informal"[1]. La tesis que plantea es que en las últimas décadas se asiste a una expansión del control penal que trasciende los ámbitos nacionales y que aprovecha el fenómeno de la globalización. Sin embargo, esta expansión del control no es homogénea, ni transcurre al unísono por todos los caminos y espacios del control penal, sino que se extiende por áreas específicas que responden a intereses coyunturales de esferas de poder con predominio internacional. Los tres ámbitos que se han identificado bajo sistemas penales son la trilogía compuesta por el control de las drogas ilegales, el terrorismo y la delincuencia organizada.

Cuando se aborda el caso del control antidrogas se pretende explorar, caracterizar y exponer la tendencia del control penal en este ámbito y sus estrategias jurídicas de desarrollo local, en este caso en Venezuela, partiendo del ámbito internacional.

En ese campo del Derecho Penal destinado al control penal de las drogas ilegales, que asocia componentes legales y jurídicos internacionales y nacionales, el comportamiento de la teoría jurídico penal y de las leyes aplicadas a ese control penal distan acentuadamente del ideario democrático de los Estados constitucionales contemporáneos y constituye uno de los pivotes que tejen la tendencia hacia la progresiva sustitución del Derecho penal de garantías, o en todo caso del Derecho penal ideado para los modelos de Estados de Derecho democráticos, por un emergente Derecho penal "eficaz", máximo, de "excepción" o portador de fórmulas contrarias a las garantías.

II. En qué consiste la globalización del control penal

Sistemas Penales se ha dedicado a estudiar el comportamiento de los sistemas penales o de alguno en particular, para comprenderlos, explicarlos, caracte-

1 Rosales, Elsie, "El sistema penal en apuros: aproximación al sistema penal venezolano de las últimas décadas", 2003, Revista TSJ. Sistema Penal y Estado Constitucional. *Capítulo Criminológico, 2005; Sistema penal, Estado Constitucional y ley penal*. Tribunal Supremo de Justicia, 2007.

rizarlos y poder extraer conclusiones con vocación prospectiva que pueda ofrecer algunas propuestas con pertinencia social[2].

Las explicaciones y la búsqueda por comprender un universo complejo, como es el de los sistemas penales, amerita la focalización de ámbitos o procesos que permitan luego establecer interconexiones e inferencias acerca de su comportamiento. Emplear la globalización del control penal como eje transversal para abordar los estudios sobre sistemas penales, supone la observación de una tendencia a la expansión y direccionalidad de la política penal internacional –al menos claramente marcada en Occidente y cada vez más articulada a lo largo de más de cincuenta años– que toma como punta de lanza la trilogía *drogas, terrorismo* y más recientemente los entroniza en la amalgama que configura a la *delincuencia organizada*, y que comparte ciertas características expresivas de una tendencia a la sustitución del Derecho Penal de garantías, deseable conforme con la evolución del constitucionalismo contemporáneo dirigido hacia el Estado Constitucional como Estado de garantía de los derechos humanos[3], hacia un Derecho Penal antigarantista, de excepción, máximo, *eficientista*, y respaldado ideológicamente en tesis como la del Derecho Penal del enemigo o de la tolerancia cero.

También se ha observado que la tendencia descrita aprovecha la globalización[4] entendida como el proceso contemporáneo asociado al estadio actual de evolución del capitalismo caracterizado por tendencias predominantes que promueven la homologación y emulación a todo el orbe de modelos económicos, sociales, culturales y de otros órdenes con alta influencia en el comportamiento y organización de la vida humana y social; con lo cual de entrada, se asume que la globalización como fenómeno *complejo* en el capitalismo postmoderno, no es sólo un fenómeno económico como propone el globalismo,

2 Al efecto, se usa la voz *sistema penal* para referirse a los procesos implicados en el ejercicio del *control penal*. De tal modo que no sólo supone al conjunto de instituciones vinculadas directamente con el ejercicio del control penal estatal, sino a todas *las relaciones* que tienen que ver con el ejercicio de tal control, ya estén o no formalizadas. La idea de control penal alude a las relaciones y procesos, formales o no, derivados de la *facultad punitiva del Estado*. (Rosales, 2002, 2003, 2004, 2005, 2008.)

3 Borrego, Carmelo, *Constitución y proceso penal*, Universidad Central de Venezuela, 2000.

4 Principalmente han sido considerados para la instrumentalización del concepto en este estudio: Beck, Ulrich, *¿qué es la globalización?*, Paidós, 1998; .
Brunner, José Joaquín, "El difícil camino hacia la sociedad global", Revista Nueva Sociedad, 2002, pp. 78-83.

como tampoco lo es el capitalismo pues a pesar de su impronta económica, éste supone la supeditación de los derechos humanos en general, al extremo que puede afirmarse sin temor que en muy alta medida el acceso a los derechos depende en buena medida del capital o dicho de otra forma, que el capital es predominante para determinar el acceso a los derechos; de modo tal que siendo los derechos humanos hoy conceptualizados desde los de primera generación, individuales, pasando por los de segunda (colectivos), los de tercera (de los pueblos) o de cuarta, quinta y hasta sexta generación (acceso, dominio y aprovechamiento de tecnologías y sistemas de información) como lo más expresivos de la realización y felicidad humanas, todos ellos, en sus diversas expresiones y realidades se ven *relativizados* y comprometidos con relación a la disponibilidad de la riqueza. De modo que aun respetando el concepto de *aldea global* como las manifestaciones mundiales de la interconexión cada vez más próxima en lo informativo, recreativo y cultural debido a las facilidades tecnológicas, mediáticas y comunicacionales, es más pertinente el concepto de globalización que relaciona el fenómeno expansivo y comunicativo con aspectos predominantes del orden mundial contemporáneo. Es decir permite observar su complejidad, la *multi* dimensión y dinámicas de la globalización[5], su reedición de lo local, las nuevas relaciones, dinámicas y conflictividades en dimensiones que mezclan lo local y lo global –*glocal*– en lo cultural, social, ecológico, jurídico, comunicacional, tecnológico, político, militar.

En la perspectiva jurídica, Boaventura de Sousa Santos habla específicamente de diversas formas de globalización de la cultura jurídica; esta tesis también sirve como fundamento para correlacionar al control penal con el proceso de globalización. De modo que el control penal, como expresión política de poder, comienza a trascender la frontera nacional —del Estado nación— para asistir a formas de expresión que comunican no sólo los sistemas jurídicos nacionales para atender demandas de soluciones jurídicas internacionales en cada uno de sus espacios, sino que mediante la internacionalización del Derecho en general, y de instancias judiciales en particular, o a través de la creación de normas comunes en tratados modélicos y de la vigorización del Derecho Internacional y, en el ámbito penal, tanto

5 Se elige el concepto de *globalización* —no obstante su raíz anglicista— en vez de *mundialización*, más acorde con el idioma castellano, pues globalización es la que ha recibido mayor teorización, y por tal explicaciones indispensables para estudios como éste.

del Derecho Penal Internacional, como por otro lado, del emergente Derecho de los derechos humanos, los centros de poder mundial despliegan estrategias que lideradas por estados predominantes influyen en los cursos de la política penal internacional. Estrategias que se van convirtiendo en convenciones y tratados sobre el control penal bajo estándares comunes y que luego se transforman dentro de los sistemas penales locales en legislaciones internas, estructuras institucionales, ejercicios y prácticas.

Como en el orden mundial, el planeta se adentra progresivamente en el fenómeno de la *globalización, la expansión del control* es especialmente propicia cuando se trata de adelantar políticas uniformadoras de las decisiones y acciones en el ámbito internacional que cada vez más se confunden a lo interno de los países. Al efecto, téngase presente que el *control penal* representa un área crítica del poder estatal y además supone una fuerte injerencia y afección de derechos humanos como consecuencia del ejercicio de la potestad punitiva. Esta injerencia puede trascender las relaciones de la sociedad y el Estado dentro de un determinado país y también modelar las relaciones entre Estados[6].

De esa forma, el control penal como expresión, formal o informal, del poder punitivo del Estado, contextualizado ahora en la globalización, nada más y nada menos como "nuevo momento del poder planetario" según enseña Zaffaroni[7], tiende a desenvolverse conforme a esas directrices internacionales que no son precisamente resultado de consensos construidos democráticamente en mesas internacionales entre iguales, sino que son portadoras del predominio de algún Estado o factor de poder mundial. En la experiencia de sistemas penales, esta tendencia —comprobada en estudios sociojurídicos[8]— se centró primero en el estudio del desarrollo de la política

6 Según el profesor inglés Slater estas injerencias para el caso del terrorismo, pueden trascender e influir en la construcción de una visión que integre determinadas nociones en el plano internacional desde una perspectiva unilateral, como sucede con las nociones de libertad, seguridad y democracia. Véase "Política de la memoria y Estados terroristas", Revista Nueva Sociedad, 1992, p. 177. Disponible en: http://www.aecid.es/04bibliotecas/sumarios/images-ib/PDF/nueva-sociedad-177-2002.pdf,

7 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En torno de la cuestión criminal*, Ediar Argentina, 2005, p. 181.

8 Borrego, Carmelo y Elsie Rosales, *Investigaciones sobre justicia penal y drogas*, 1992; véase también Rosales, Elsie, 1991-1993-1995-1998-2000, a cuyos contenidos se remite pero que constituyen fundamentos y antecedentes muy importantes de la hipótesis del curso de la globalización del control penal; allí se demuestra cómo la justicia penal en drogas se convierte en *maquinaria institucionalizada de violación de derechos humanos.*

internacional antidrogas que ya hoy día se inscribe dentro del conjunto de lo que se engloba como delincuencia organizada, y constituye el pivote que muestra una política punitiva internacional sistemática desde mediados del siglo XX, con enorme presencia en el mundo del control penal. Por tanto, a la cuestión de las drogas ilegales se dedica esta retrospectiva que permite mostrar la progresiva conformación actual de un *nuevo control penal basado en la delincuencia organizada*, cuyos parámetros de acción pretenden ir expandiéndose y sustituyendo al Derecho Penal normal en contra del deseable Derecho Penal de Garantías. Esta es la historia del control penal antidrogas en Venezuela.

III. Un recuento necesario

No olvidaré la impresión que hace veinte años me causó constatar que en la Convención Única de 1961 —documento paradigmático de las directrices mundiales antidrogas— se prometía erradicar los cultivos durante aquellos años. Poco importaba para esa cruzada, como diría Malamud Gotti en su reflexivo estudio *Humo y Espejos,* el costo ecológico y humano en daños ambientales, desplazamientos y violación de sus derechos con perjuicios trascendentes a generaciones futuras[9].

Cuando más de cuarenta años más tarde de la vigencia de aquella paradigmática Convención, en 2005, con motivo de la reunión del Grupo de Pensamiento Crítico Latinoamericano, en el fraterno escenario de la ciudad de Nuevo León en México, Mauricio Martínez nos ilustró con datos que explicaban cómo en esta última década tras los planes Colombia y Patriota sí se había logrado "aumentar la erradicación de cultivos", pero a la vez se había conseguido expandirlos a todo lo largo y ancho del territorio colombiano, recordé nuevamente cómo el cruce de todas las variables e indicadores que han evaluado el fenómeno del control antidrogas apuntan hacia su fracaso, incluso contra los indicadores referentes al aumento de las incautaciones que usualmente se esgrimen como supuestos logros en la "guerra contra las drogas"[10].

9 Malamud Gotti, J., *Humo y espejos. La paradoja de la guerra de las drogas*, Editorial del Puerto, Argentina, 1994.

10 Así ha sido conocida la dirección de la política internacional liderada por los gobiernos norteame-

Venezuela, un país más de América, de la América que ha padecido el sometimiento de ese designio dictado por el más dominante de sus países en la política exterior, Estados Unidos, ha pagado igual que los otros —así como también han pagado los derechos de sus habitantes y de millones en la región—, los elevadísimos costos de la industria del control, como la llamaría Chistie[11], para referirse ya no sólo al macabro negocio de venderle sustancias tóxicas a la gente, sino al negocio sistemático de combatirlo al más puro estilo bélico, desde los aparatos de poder formal y de los que la propia industria del control teje en paralelo.

El estudio y comprensión de este proceso ha sido documentado por la literatura crítica y jurídico garantista producida a lo largo de estas cuatro décadas, con pronunciamientos no sólo de pensadores reconocidos sino con declaraciones y estudios de juristas y criminólogos de Occidente, tal y como en la década de los ochenta se pronunció en España con el documento de los profesores Perfecto Andrés Ibáñez, entre una lista de destacados juristas[12], o con las obras de Alessandro Baratta[13] o Hulsman[14], inspiración para gran parte del pensamiento criminológico crítico o alternativo de Europa y América; con trabajos jurídicos de renombrados penalistas como Hassemer, Muñoz Conde, Zaffaroni o Bustos Ramírez, así como de Velásquez, Bacigalupo, Barbero Santos, Luzón Peña, Boix, Vives Antón, Orts Berenguer y Carbonell; o penal criminológico como los de Beristain, de la Cuesta Arzamandi, Diez Ripollés, Kreuzer, Londoño Berrío, Martínez o Tocora; o con los innumerables estudios con verificaciones empíricas de Arana, Del Olmo, Duarte

ricanos. En 2001, Gary S. Becker, premio Nobel de Economía, condenó la asunción de esta estrategia de control punitivo, al igual que el también premio Nobel de Economía, Milton Friedman, lo ha expresado a profundidad en diversos foros desde hace más de dos décadas. En esta línea crítica véase también los aportes de organizaciones no gubernamentales que promueven una política alternativa como Transnacional Institute, o Wola.

11 Chistie, Nils, *Criminal Control as industry,* Roulegte, England.

12 *Manifiesto por una nueva política sobre drogas,* Nuevo Foro Penal N° 47, Temis, Bogotá.

13 Desde su célebre *Criminología Critica y critica al derecho penal*, Siglo XXI, 1986, hasta estudios específicos como "El debate sobre la despenalización, introducción a una sociología de las drogas", Debats. N° 29, España.

14 Hulsman, Louck, "The penal system and drugs: criteria for criminalization and decriminalization", 1973, *Revue Internationale de Droit Penale*, Francia. Y en 1987: "La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión, Nuevo Foro Penal, N°35, Temis, Bogotá.

Nossei y Zsatch, Borrego y Rosales; o mediante estudios críticos de Aniyar, Tocora, Ambos, Fernández Carrasquilla, García Méndez, González Escobar, González Zorilla, Jaramillo Restrepo, Mitterbaum, Neuman, Rementería, Saavedra, Tokatlian, Ugaz, Van den Haag, Villalba, entre otros.

Desde muy variadas perspectivas se ha mostrado la conexión entre la política internacional y la cuestión del control punitivo antidrogas, así como las nefastas consecuencias humanas de sus desatinos. En este estudio, se sigue el curso de estas observaciones centrando el análisis en el comportamiento del fenómeno del control penal antidrogas dictaminado por la política internacional de control y llevado al comportamiento del sistema de justicia penal venezolano, pero lo que es aún más significativo, su trascendencia al curso de las políticas de seguridad, ya en su ideología, legislación o praxis, así como en su repercusión en la lesión de los derechos humanos.

El recuento histórico no se dedica al "huevo de la serpiente"[15] que significó el giro de la política de control desde la represión antidrogas como herramienta de dominación concertada a partir de los saldos de la segunda guerra mundial, la erección de Estados Unidos como importantísima potencia mundial, ni la conformación de las Naciones Unidas en ese particular escenario. Esa conclusión se asume y se da por descontada, tal y como se abordó en párrafos anteriores al tratar lo que se denomina críticamente *globalización del control penal*, que desde ese momento crucial en el preludio del proceso de globalización en la segunda mitad del siglo XX, afina la tendencia que corona con el dictado de la Convención Única de 1961 como documento maestro de la política imperial —término usado en el sentido acuñado por Negri[16]— en la *primera fase* identificada por este estudio, que va desde los sesenta hasta la Convención de Viena de 1988 y de allí, dibuja la *segunda fase* hasta la Convención de Palermo del 2000, cuando se inicia la *tercera fase*, a nuestro entender, *tres fases* que auguran el curso de la política penal cada vez más internacionalizada para el nuevo siglo y que según esta hipótesis define la trilogía "drogas-terrorismo-*delincuencia organizada*", para fusionarlas en la remozada formulación de la delincuencia organizada como categoría unificadora de conjuntos de delitos, cuyo común denominador es

15 Nombre dado por Bergman a su célebre film sobre la gestación del nazismo, entre otros temas existenciales.

16 Negri, Antonio y Michael Hardt, *Imperio*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002.

el desarrollo de economías más o menos paralelas y contrarias a las reglas del mercado legal, independientemente de que se abarque temas tan disímiles como el tráfico de materiales estratégicos, la corrupción o la trata de personas, con la caracterización que se irá mostrando dirigida hacia la progresiva sustitución del Derecho Penal normal —y más aún del deseable Derecho Penal de garantías— posible mediante el fortalecimiento constitucional que le daría paso real; por uno, bastante alejado del designio del Estado Constitucional de Derecho, conformado por lo que se conoce hoy como Derecho Penal del enemigo, fórmula de control penal al peor estilo bélico, autoritario, desigual y antigarantista, para lo cual, la expansión generalizada del control antidrogas durante estas cuatro décadas ha servido para el desplazamiento del control penal hacia la actual fase de implantación progresiva de la categoría de delincuencia organizada como nuevo modelo articulador tanto de la ideología, como de los aparatos y las estructuras del sistema penal propio del *anti*Derecho Penal del Enemigo, que marca una *peligrosa* tendencia hacia su generalización a las más variadas formas delincuenciales, con la correspondiente expansión de sus nefastos efectos a todo el mundo del control penal pero más gravemente aún al mundo cotidiano imbricado por las políticas públicas de seguridad ciudadana.

La originalidad del estudio se concentra en la asimilación interna de los dictados internacionales que sistemáticamente instauran la industria del control antidrogas mediante evaluaciones sociojurídicas que dan cuenta de la situación del sistema penal y la justicia penal que se traducen en los elevados saldos que ha sufragado Venezuela como resultado de su extraviada adscripción en esta cruzada, y acerca de cómo este panorama del control antidrogas se cruza con la situación actual de violencia delictiva, y se tamiza a las políticas de seguridad ciudadana, para inferir algunos elementos para la perspectiva posible.

IV. Cómo se instauró la política antidrogas imperial en Venezuela

Durante la década de los sesenta, Venezuela bajo el designio, al menos formal, de su constitución democrática de 1961, en todo sentido era un país ajeno a la cuestión de las drogas, no era percibido como país productor, ni

consumidor, ni de tránsito, no se reportaban cifras, ni noticias que lo relacionaran con este tema, tampoco era un país con datos elevados de criminalidad ni de violencia delictiva; la época de primeros años de la guerrilla urbana había sido superada y, en términos generales, la bonanza petrolera lo colocaba en una condición "privilegiada" en la región. Situación en extremo opuesta a la de su vecina Colombia, encendida con la progresión del conflicto interno que ha durado más de cincuenta años. La legislación penal venezolana, salvo algunas normas dispersas anteriores, sólo contaba con la tipificación de la producción y comercio de drogas en el artículo 367 de su Código Penal[17].

Sin embargo, durante la década de los setenta, la impronta de la Convención Única[18] comenzaba a dejarse sentir y tenía un dispositivo muy bien definitivo en los términos del Acuerdo Sudamericano firmado en Buenos Aires en 1973, que Velásquez cuestiona como el documento orientador de la política y legislación penal antidrogas implantada durante esa década[19] y otros documentos internacionales complementarios como fue el Convenio sobre sustancias psicotrópicas aprobado por ley del 20 de enero de 1972.

Durante poco más de una década, Venezuela adelantó los trabajos preparatorios de lo que sería en 1984 la *Ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas* que marcaría la implantación de la política foránea, incluso con novedades autóctonas más represivas, pero que además, constituyó un hito y componente clave de la redefinición del sistema penal venezolano, tanto por sus elementos ideológicos como para su praxis, así como por su repercusión en el estado de la criminalidad y la violencia hacia senderos abiertamente contrarios al orden constitucional y la garantía de los derechos.

Con sentido similar a lo acontecido en los demás países de la región y bajo la órbita de la "guerra contra las drogas" desatada a escala mundial, el

17 En estudios anteriores, se describe detalladamente toda la normativa relacionada, su caracterización y sobre todo, su evaluación dogmática a la luz de los conceptos del Derecho Penal contemporáneo, severamente trastocados por el perfil punitivista, irracional y bélico de las legislaciones antidrogas. Al efecto, ver Borrego, Carmelo y Elsie Rosales, *Drogas y Justicia Penal,* 1992. Véase también Rosales, Elsie, *Administración de Justicia y drogas*, Universidad Central de Venezuela, 1998.

18 Convención Única sobre estupefacientes de 1961 (New York), y sus protocolos adicionales (Ginebra de 25/3/72) que forman parte del cuerpo normativo nacional, con ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial Nº 1235 de 16 diciembre 1968.

19 Velásquez, Fernando, "La legislación colombiana en materia de estupefacientes", en *Drogas problemática en España y América*, Temis, Bogotá, 1989.

pronunciamiento de la ley antidrogas venezolana se insertó en la peor coyuntura del comportamiento de la criminalidad. Esto porque 1983 marca un hito en la historia socioeconómica del país con el llamado "viernes negro" que si bien refería la devaluación de la moneda nacional frente al dólar norteamericano —estable desde 1962— marcaba un salto en la nueva realidad socioeconómica del país sostenida durante las décadas anteriores de aparente bonanza, que ahora se derrumbaba en la línea de la caída de los ingresos y la crisis económica y social. Según la literatura que explica el desarrollo de la violencia delictiva en el país, para aquel entonces, Venezuela no calificaba en las observaciones internacionales de violencia delictiva debido a su relativamente moderada tasa de homicidios, que justo en esos años inició una carrera progresiva de implantación de la violencia delictiva que aún no ha cesado y que en estos últimos 25 años ha llevado la tasa de 8 a más de 44 homicidios por cien mil habitantes[20].

Lo paradójico es que en 1984, Venezuela reclamaba la inauguración de una política de seguridad ciudadana que desde el fortalecimiento del Estado de Derecho democrático contrarrestara el efecto perverso de la exacerbación del conflicto social procurado por los desafíos de la nueva y progresivamente más dura realidad socioeconómica tejida al hilo de los paquetes neoliberales aplicados desde la "economía global", con consecuencias desastrosas para la región. Al respecto, la literatura especializada en macroeconomía ha explicado cómo a pesar de que el discurso oficial ha sentenciado que el mercado de las drogas es el causante del deterioro de la economía, críticos de esa política afirman que lo cierto es que se ha promovido una alianza entre la economía sucia de la droga y el proceso globalizador y hegemónico de la economía mundial. Así lo explica el profesor de economía de la Universidad de Ottawa Michel Chossudovsky: "Desde el inicio de los ochenta los *programas de estabilización macroeconómica* y el *ajuste estructural* impuesto por el FMI y el Banco Mundial en los países en desarrollo (como condición para la renegociación de la deuda) han llevado al empobrecimiento de cientos de miles de

20 Briceño León, R., 2009, "Venezuela en un mundo de violencia globalizada" en *Inseguridad y violencia en Venezuela, Informe OVV* 2008; San Juan, AM 1997, *"La criminalidad en Caracas. Percepciones y realidades"*, Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, Vol. 3. N° 2-3; Aniyar de Castro, L., "Prevención de la violencia con respeto a los Derechos Humanos", UCV en imprenta; Rosales, Elsie, *Bases de un modelo de seguridad para la reducción de la violencia*, ILDIS, 2007.

personas (...) el programa de ajuste estructural ha contribuido a desestabilizar las monedas nacionales y a arruinar las economías de los países en desarrollo". Según Chossudovsky, deuda externa, política económica internacional y reestructuración económica presionan para que se sustituyan los mercados lícitos por ilícitos[21].

Sin embargo, la respuesta gubernamental ante esta razonable necesidad de un país donde aún para esa década no se percibía un "problema de drogas" principal, fue exactamente administrar internamente los dispositivos bélicos de la guerra contra las drogas mediante el adelantamiento de una política de persecución penal muy agresiva, amalgamada a una legislación con componentes autoritarios y bélicos característicos de lo que actualmente se define, por el aporte de Jakobs, como Derecho Penal del enemigo[22], que para aquel momento se mostraba como suerte de maximización del Derecho Penal caracterizado por el abuso y predominio policial, la reducción de las garantías y el desborde de la represión penal hacia los sectores más vulnerables socialmente. El resultado pudo observarse rápidamente en el colapso del sistema penitenciario que, a poco de aplicarse la ley, disparo la reclusión a veinte por ciento de encarcelados por "drogas", pero no precisamente por tratarse de grandes traficantes sino por el encarcelamiento masivo de pequeños poseedores, consumidores, entre uno que otro distribuidor menor de los tóxicos ilegales, llamado popularmente "buhonero de la droga", así como de algún curioso y gente completamente ajena al asunto de las drogas ilegales que fue llevada a prisión sólo por obra de la corrupción y el capricho policial o la debilidad y lenidad de los tribunales[23]. A contracorriente de la tendencia y medidas dictadas para descongestionar la prisión que en paralelo, dio lugar durante esa década al dictado de cien mil formas alternativas al encierro como respuesta a la descalificación del país en la tercera peor posición por la evaluación del "Preso sin condena en América latina y El Caribe[24]"; por su parte,

21 Chossudovsky, Michel, The globalization of poverty. Impacts of IMF and World Bank reforms Third World. Network, Penang and Zed Books, London, 1997.

22 Jakobs, Gunther y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

23 Sobre los resultados de la aplicación judicial de la legislación antidrogas en Venezuela, puede verse estudios anteriores *in extenso* en Borrego, Carmelo y Elsie Rosales, *Drogas y Justicia Penal*, 1992; Rosales, Elsie, *Administración de justicia y drogas*, Universidad Central de Venezuela, 1998.

24 Carranza, Elías; Houed, Mario, Mora; Luis Paulino, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y El Caribe*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988.

la alocada política antidrogas sustituía delitos comunes principalmente violentos, pues han sido los que primordialmente conducen a la pena privativa, por "presos de la cruzada antidrogas", constituida en su mayoría por supuestos que no ameritaban encarcelamientos y menos tan prolongados.

Los dispositivos ideológicos insertados en la ley antidrogas, no sólo cumplían al pie de la letra el designio foráneo, sino que dramatizaban la respuesta innovando normas que ampliaban el espectro irracionalmente represivo y abusivo de la ley. De ese modo, se erigió una figura "comodín" denominada *tenencia de drogas*, variante más perversa de posesión, tenencia o detentación sugerida en los tratados y de la observada en otras legislaciones, que a la vez, aglutinó el mayor número de causas y encierros, y que consistía en perseguir a quienes portaran las sustancias prohibidas, pero no estuviere dirigida al tráfico, ni al consumo. Todo un acertijo. La incriminación del mero porte de cantidades exiguas o mínimas, permitía de esta forma, la imposición de la pena prácticamente sin pruebas. Los consumidores que no encajaban en la hipótesis del consumo terminaban condenados, así como muchos otros pequeños buhoneros o cualquier inocente, víctima de la represión.

Insólitamente, un asunto que hubiere constituido un tema más de la agenda de prevención y control, se convirtió en el generador criminógeno de la "construcción local del problema drogas", pero además en uno de los pivotes de la violencia delictiva, así como de variados efectos perversos contra los derechos, contra la política de seguridad ciudadana necesaria, demoledores del Estado de Derecho, y por tanto contrarias al desarrollo humano indispensable para hacer realidad un mundo más justo, equitativo y feliz.

Durante la década de los ochenta, también los mundos de los sistemas penales y del control penal ofrecen otros panoramas y variables asociadas al desarrollo de la violencia, tanto institucionalizada como delictiva, que padecen los países de la región. Esa década puede ser observada como caracterizadora de un fenómeno de expansión del control penal propio de las décadas posteriores a la última posguerra, que Silva Sánchez[25] describe como expansivo de la legislación, pero que sin duda, tiene expresiones mucho más complejas que las meramente normativas: se trata de la *expansión del sistema penal en general* que en medio de una de sus peores crisis de legitimidad, ensaya

25 Silva Sánchez, Jesús, "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Civitas, Madrid, 1999.

expandirse para pretender aunque sea "simbólicamente", como diría Hassemer[26], relegitimarse en contra de la grave constatación de su inoperancia ante las demandas más elementales de justicia o mejor aún, de intervención pacificadora en los conflictos más acuciantes en los que le toca actuar. Tal expansión se aprecia, tanto en la legislación antidrogas internacional como nacional, que aumenta su producción a multiplicidad de acuerdos y convenios, así como incentiva el dictado de las normativas nacionales correspondientes.

Pero no sólo la cuestión cuantitativa documenta el fenómeno expansivo que sucede de manera dialéctica entre control y delito, *entre industria de las drogas ilegales e industria del control punitivo*, sino que además ofrece una lectura cualitativa, porque la ansiedad de la directriz internacional no se agota en la persecución e interdicción del llamado sugestivamente "narcotráfico" sino en todo cuanto pueda asociar al complejo *iter criminis* con el cual se desenvuelve. Es decir que se salta de la persecución más concentrada dirigida hacia el narcotráfico y también hacia los consumidores, supuestos no delincuentes pero tratados con la mano dura de la represión penal, y se gira hacia lo que sería el control de los precursores íntimamente ligados a las industrias de países más ricos e industrializados, pero que para la represión antidrogas supone la incursión en un atractivo mundo económico de capitales e inversiones, de la industria farmacológica y de las prácticas de su *dumping*, el mundo que va más allá de la producción de materias primas hacia los precursores.

Mientras que en la otra punta de la cadena, se encuentra otro espectro económico y financiero amplísimo, mucha más llamativo, que es el mundo del lavado de dinero, indispensable para garantizar el encubrimiento del origen prohibido de las ganancias, pero que de modo más significativo supone la incursión en la esfera de los enormes beneficios económicos, por cierto casi acaparados por países como Estados Unidos donde además se desarrolla la mayor parte de las actividades de lavado de dinero con importante impacto en su economía, según han explicado expertos[27]. Dos notas cualitativas de la expansión que dan cuenta del progresivo deslizamiento del control hacia el mundo de la

26 Hassemer, Winfried, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos" en *Nuevo Foro Penal,* N° 51, Temis, Bogotá, 1989.

27 Por ejemplo, Hardinghaus, Nicolás en "Drogas y crecimiento económico. El narcotráfico en las cuentas nacionales", en *Nueva Sociedad: La alquimia política de las drogas*, N° 102 (julio-agosto 1989).

inconsistente categoría de delincuencia organizada —como diría Zaffaroni[28]— que traza una línea difusa y confusa con el macromundo de los negocios transnacionales, tal y como ha explicado en sus estudios Chris Eskridge.

Este proceso de expansión y desplazamiento hacia los polos con mayor contenido económico en el negocio de las drogas ilegales —en especial hacia el lavado de activos— va aparejado a evaluaciones, inicialmente unilaterales y más recientemente en apariencia multilaterales, acerca del seguimiento y apego de las políticas locales a la directriz internacional que transita desde los años ochenta hasta la década del 2000, en un camino que va desde la *certificación* hasta el *mecanismo de evaluación multilateral* (MEM)[29]. En otras palabras, también los instrumentos cuasi coactivos de sujeción a la línea política diseñada desde la política exterior norteamericana se expanden y más precisamente cobran un efecto más difundido en el espacio local, al extremo que con este nuevo siglo, la implantación de la política antidrogas viene diseñada a detalle en cada uno de los planes nacionales antidrogas periódicos desarrollados a partir de los modelos preconcebidos y adaptados localmente desde la directriz foránea fortalecida durante estas últimas décadas mediante una cada vez más consolidada estructura de organismos y oficinas (CICAD, JIFE, GAFI) dedicadas a la unificación de la política mundial y asociada al curso de los tratados y convenios desde escenarios como la Asamblea General de Naciones Unidas, la OEA o la Cumbre de Las Américas dándole presencia ante el mundo como resultado de mesas de consenso internacional, pero que en los hechos son el resultado de imposiciones o predominios[30].

28 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado - Una categorización frustrada*, Editorial Leyer, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, 1996.

29 Proceso que he expuesto en XV Jornadas sobre el Fenómeno Social de las Drogas (Drogak, Fenomeno Soziala XV Jardunaldiak) en mayo del 2000 en Askagintza-Altza, Donostia, Cultura, San Sebastián, y que forma parte del estudio *Globalización del control penal: Una síntesis sobre Venezuela y la política internacional antidrogas* publicado en TSJ 2009, allí explico cómo la certificación como mecanismo de evaluación abiertamente unilateral, y por tal odioso, paulatinamente pasa a ser sustituido por uno más complejo, en apariencia consensuado y de naturaleza multilateral, en el cual todos los países pasan a ser corresponsables de la aplicación, seguimiento y control de la política "internacional" erigida en el área, al configurar el problema como "asunto de todos". Ojalá hubiera la misma disposición cuando se trata de superar la desigualdad como principal problema planetario.

30 Sobre estos predominios en las mesas internacionales he tratado en "Terrorismo y globalización del control penal", Revista de TSJ, 2003.

Durante la década de los noventa, ya Venezuela había instalado firmemente la violencia delictiva interpersonal, notable en los picos que desde el llamado "Caracazo" —una suerte de rebelión popular con saqueos que desbordó a la capital el 28 de febrero de 1989 y que fue brutalmente reprimida por el gobierno— no mostraría retroceso hasta hoy. Los presos por drogas de los ochenta, en su inmensa mayoría jóvenes varones pobres que la selectividad del aparato penal reclutó y encarceló durante un promedio de ocho años de prisión, según midió con precisión el estudio sobre justicia penal relativa a las drogas en Venezuela[31], representaban el lado injusto, desproporcionado, irracional e inhumano de un sistema penal que bajo la impronta de la lucha antidrogas convertía a la administración de justicia en "maquinaria institucionalizada de violación de derechos humanos". Este fenómeno daba cuenta del abuso policial, de la selectividad extrema del sistema, del predominio en el juzgamiento de ese abuso convalidado con la condena sin mediación adecuada de las pruebas, ni del debido proceso, ni de la defensa debida, ni de la regla de libertad. Por cantidades exiguas, cuando no inexistentes, sin mediar explicación, ni evidencia, la condena usual era de ocho años, sin posibilidad de fórmulas alternativas al encierro. El maltrato sistemático contra los derechos y la expansión de los costos de esos encierros hacia las familias y la sociedad, se tradujo en una suerte de bomba de tiempo o espiral del maltrato que seguramente conspiró junto a una amalgama de complejos factores en la instalación y aumento geométrico de la violencia delictiva e institucional que se instauró en Venezuela. Valga observar como dato sólo en cuanto a la violencia institucionalizada, la caracterización de la grave crisis del aparato policial que padece Venezuela mostrada con rigurosidad y contundencia por los estudios de Conarepol en 2006[32].

En esa progresión, en 1992 se dictó una reforma integral a la ley antidrogas con el fin perverso de cerrarle el paso a las soluciones que a tantas injusticias venía abriéndose a tientas la jurisprudencia, las denuncias y los costos humanos, sociales e institucionales de lesiones a los derechos. Así también, la reforma servía para adecuarse al dictado de la reciente Convención de Viena de 1988, inauguración de la *segunda fase* que reeditaba la política de

31 Véase Borrego, Carmelo y Elsie Rosales, 1992. También Rosales, Elsie, *op. cit.*, 1998.

32 Comisión Nacional para la Reforma Policial, Conarepol, *La policía venezolana. Desarrollo Institucional y perspectivas de reforma al inicio del tercer milenio,* República Bolivariana de Venezuela.

control hacia los términos expansivos anotados y en la cual, el control de los activos provenientes de las actividades ilícitas constituía elemento cumbre. La reforma de 1992 incluye *in extenso* la tipificación penal del lavado bajo la maniquea denominación de "legitimación de capitales" con fórmulas abiertas que permiten estrangular a imputados y hasta al sistema financiero si resulta apetecible. Sin embargo, como era de esperar la vulnerabilidad de quienes manejan capitales en el mundo delictivo o aun, su proyección en los sistemas bancarios, es mínima ante esas escaladas simbólicas del control, el riesgo de persecución penal, incluso arbitraria, se presenta contra el ciudadano de a pie y en uno que otro caso, contra chivos expiatorios o contra alguno contra quien las sanciones antilavado puedan servir en lo mediático como excusa relegitimadora. En el caso venezolano, este efecto ya venía cumpliéndose porque de un modo increíble, ya en la versión original de la ley en 1984, se había incluido una norma que insinuaba el lavado de dinero —aun antes de la convención internacional— y permitía el decomiso de bienes de modo casi ilimitado. Esto conllevo un particular estímulo para la corrupción policial y judicial que en ocasiones aprovechaba el tono de alto calibre de la cruzada antidrogas para dejar en la cara plana a alguno que eventualmente juzgara o condenara por "narcotráfico".

Para fines de los noventa, el daño estaba hecho: Venezuela no sólo mostraba indicadores de violencia delictiva tremendos, aún sin superar, sino que además el "problema" de las drogas se había construido a plenitud. En los barrios populares hay bandas que se disputan el control territorial por el ilegal negocio; el impacto del problema ha asistido a la criminalización de la mujer que reproduce el lado más duro de la exclusión y compromete a personas en la denigrante actividad de llevar la droga escondida como "correos" o bajo la indignante denominación de "mulas". El sistema penitenciario ha llegado al extremo de su crisis, la justicia penal, a pesar de la innovación del sistema acusatorio que pudo haber sido un mecanismo de retorno a las garantías, está hundida en una crisis combinada de ilegitimidad y profundo irrespeto[33], por lo que sus posibilidades de fortalecimiento son reducidas; la policía se ha co-

33 Al respecto véanse estudios previos: Rosales, Elsie, "Reforma procesal penal y relegitimación procesal, 2002; *Violencia, sociedad y justicia* (Roberto Briceño León, editor), Clacso-Eudeba-Lacso, Buenos Aires, Argentina; Rosales, Elsie, Borrego, Carmelo y Gilda Núñez, *Sistema penal y acceso a la justicia*, Universidad Central de Venezuela, 2008.

rrompido más porque los dispositivos ideológicos e instrumentales de la guerra contra las drogas, así como de otras leyes y prácticas bélicas, la coloca al borde de la legalidad y la corrupción. Estas legislaciones en particular le dan cabida a "potestades" contrarias al orden constitucional como sucede con los agentes encubiertos, el predominio probatorio de su actuación, el relajamiento de garantías, la delación, las entregas vigiladas o peor aún, las encubiertas, los decomisos, las confiscaciones, las prohibiciones de juzgamiento en libertad o de formas alternas al cumplimiento encarcelado de las condenas.

A cambio, sí hay en las policías unidades antidrogas que se extienden a lo largo de la policía civil a la militarizada, ésta última congratulada con el hecho de que la legislación antidrogas le otorgó desde siempre facultades de investigación penal principal. También hay fiscalías especializadas en materia de drogas. Ha habido una instancia o ente rector de la materia, en momentos adscrita a la Presidencia de la República y otras veces con estructura ministerial, que está dedicada a la aplicación del Plan Nacional Antidrogas y a los programas de interdicción y prevención: en Venezuela cada vez está más configurada como organismo de seguridad especializado en la materia, sin abandonar su injerencia en las campañas de "prevención". También hay una red enorme de organizaciones gubernamentales o no, que están destinadas a este problema, igualmente la superintendencia de bancos, seguros, valores y todas las instancias asociadas al mundo financiero dedican recursos, esfuerzos y acciones al control del lavado de activos. Las regulaciones alcanzan farmacias e inmobiliarias, el control tamiza múltiples instancias de la vida social y gubernamental. La industria del control se erigió. Al tiempo, hay cada vez mayores incautaciones de las sustancias ilegales y en los medios de comunicación diariamente no falta una noticia relativa al tema. Las campañas de prevención también son ampliamente difundidas incluso en las escuelas. La intención de la directriz internacional por involucrar al país que le señalaba como "país de tránsito" debido a su privilegiada ubicación en América, algo similar a lo que acontece con España en el contexto europeo, ha calado tanto que nadie cuestiona esa idea. La realidad es que tantas piezas se han montado para "combatir" como en las guerras un asunto que finalmente no sólo se terminó construyendo, sino convirtiendo a Venezuela en país *víctima*, cuando aún no termina de padecer los extravíos de una política con fuertes componentes bélicos, irracionales y contraconstitucionales.

Desde el 2000 hasta hoy, la importancia mayor gira hacia la delincuencia organizada; la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional firmada en Palermo inauguró la *tercera fase* y se erigió en el primer documento maestro de lo que a futuro podría ser la homologación de la legislación, tesis, políticas, estructuras y prácticas de los sistemas penales bajo esta nueva órbita tributaria del Derecho Penal del enemigo.

La delincuencia organizada marca la nueva era del control penal cada vez más globalizado.

Ya la política antidrogas dio réditos en lo que se perseguía pues a estas alturas nadie creería que se busca proteger la salud, y si así se creyera, en todo caso, estaría más que corroborado el completo fracaso de estos métodos para lograrlo. Por eso, cuando se acude a la inteligencia, pero también a la sensibilidad para abordar los problemas del sistema penal, cada vez es más convincente la idea acuñada en estudios anteriores de sistemas penales, según la cual "a mayor garantías mayor eficacia del sistema".

Ni siquiera la flamante Constitución de 1999, ejemplo de Constitución democrática que innova para Venezuela la constitución normativa, flexible, destinada a la garantía de los derechos y que profundiza y redimensiona significativamente los postulados de la Constitución democrática de 1961, se ha salvado de la represión antidrogas; en ella, se entremezclan conceptos atinentes a la debida protección de los derechos humanos, que dan cabida a la imprescriptibilidad de los delitos contra éstos cometidos, entre otros dispositivos diseñados para la evitación de mecanismos de impunidad contra las violaciones a los derechos humanos, con la represión penal antidrogas y contra la delincuencia organizada, permitiendo por primera vez las confiscaciones o la imprescriptibilidad de los tipos penales de tráfico de drogas (Constitución venezolana, artículo 271[34]).

Cierto es que en 2005 en Venezuela se dictó una nueva ley antidrogas, aparentemente menos represiva que las anteriores, pero con la tremenda particularidad de que el capítulo destinado a la tipificación de los delitos se agrupa bajo la denominación de "delitos de delincuencia organizada" aplicable a todas las formas delictivas incluidas en la ley. Pero además, también en 2005 se dictó la primera *Ley orgánica contra la delincuencia organizada*

34 Sobre este análisis, véase el estudio previo Rosales, Elsie, "Sistema penal y reforma penal", *Capítulo Criminológico*, LUZ. Vol. 32 N° 4, 2004.

(Lodo) ampliamente cuestionada desde sus trabajos preparatorios realizados en la década de los noventa que, sin embargo, entró en vigor con toda la carga de sus irracionales tipos penales y dispositivos con figuras como son los agentes encubiertos, las entregas vigiladas y los comisos de todo tipo.

Para esta década la violencia delictiva interpersonal urbana que atenta principalmente contra los más vulnerables socialmente, ya está instalada ante la convulsión de un sistema penal complicado con la locura de la represión antidrogas que lleva, por ejemplo, a la policía venezolana extraviada en una maraña de contradicciones y desviaciones a considerar, aun en este milenio, que la *prioridad* de su actuación es el combate al narcotráfico y no, por ejemplo, cuidar y proteger la vida de las personas, en un país que documenta una tasa de homicidios alrededor de 44 por cien mil habitantes. El valioso estudio de Conarepol sobre autopercepción, aplicado en 2006 a la policía venezolana, reportó tanto para los policías civiles como para la policía militar, que consideraban en un sesenta y setenta por ciento las drogas como tema de atención prioritaria[35].

Otro dato increíble es que aun frente a esta realidad, nunca falta alguna posición extrema que "ponga orden en casa" y más mano dura y ley y orden de lo se puede suponer o tolerar; así, como si nada hubiere pasado, como si no hubiere corrido la historia y con ella los saldos rojos de la irracional guerra contra las drogas que llevada al contexto primitivo del aparato penal venezolano, multiplicaba sus resultados nefastos. En esta insólita línea, en 2001 el Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia que declaró a los tipos sobre drogas como "delitos de lesa humanidad", seguramente su mentor, el magistrado de la Sala Penal que inventó el desatino[36], no haya sabido que remedaba a aquel Presidente venezolano que el 25 de septiembre de 1984 en el albor de la primera y horrenda ley antidrogas venezolana, declaró en Naciones Unidas el problema de las drogas como un problema contra "la seguridad". La diferencia estriba en que el Presidente sencillamente sinceraba la realidad de la guerra contra las drogas, su uso maniqueo como punta de lanza del orden mundial *securitario*, de la imposición de la seguridad de unos por la fuerza, contra la legalidad y respeto a los derechos de

35 Conarepol, "Visión de la policía sobre su desempeño y sus funciones" por Yoana Monsalve, 2007.

36 Sobre el cuestionamiento de estos fallos puede verse Malaguera Rojas, J. y Ferreira De Abre, "Los crímenes de lesa humanidad y el delito de tráfico de drogas ilícitas", Revista Cenipec ULA, 2004.

todos, de una seguridad "presunta", funcional a determinados intereses, mientras que, la triste sentencia, aun más gravemente reproducida por la jurisprudencia nada más y nada menos que de la Sala Constitucional, no sólo contradice toda la doctrina penal y penal internacional sobre el concepto de lesa humanidad, sino que le da un tremendo espaldarazo al paraestado policial que pervierte al sistema penal y a su concreción en supuestos como el de la prohibición de libertades en los procesos o condenatorias correspondientes a los juicios por drogas ilegales, sin reparar ni en la injusticia, ni en su impacto en el colapsado aparato penal, ni menos aun en la perversidad de su mensaje para lo que sería la política de seguridad ciudadana posible, centrada en los derechos y las garantías. Poco importa si la Constitución apuntala los derechos, si se comienza a tientas a entender en algunas esferas gubernamentales y sociales la manipulación de la línea internacional. El aparato penal y sus cultores siguen fieles a los dictados de un "orden" que no conocen pero que reproducen a ultranza como *"los custodios"* que los Schwendinger revelaron a la luz del conocimiento evidenciando su oscurantismo y perversa sumisión.

VII. Bibliografía

Baratta, Alessandro, Criminología *Critica y critica al derecho penal*, Siglo XXI, 1986.

———, "El debate sobre la despenalización, introducción a una sociología de las drogas", Debats, N° 29, España.

Borrego, Carmelo, C*onstitución y proceso penal,* Universidad Central de Venezuela, 2000.

Borrego, Carmelo y Elsie Rosales, Drogas y Justicia Penal, 1992.

———,*Investigaciones sobre justicia penal y drogas*, 1992.

Comisión Nacional para la Reforma Policial, Conarepol, *La policía venezolana. Desarrollo Institucional y perspectivas de reforma al inicio del tercer milenio*, República Bolivariana de Venezuela.

Beck, Ulrich, *¿qué es la globalización?*, Paidós, 1998.

Brunner, José Joaquín, "El difícil camino hacia la sociedad global", Revista Nueva Sociedad, 2002.

Carranza, Elías; Houed, Mario, Mora; Luis Paulino, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y El Caribe*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988.

Chistie, Nils, *Criminal Control as industry*, Roulegte, England.

Chossudovsky, Michel, The globalization of poverty. Impacts of IMF and World Bank reforms Third World, Network, Penang and Zed Books, London, 1997.

Hassemer, Winfried, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos" en *Nuevo Foro Penal*, N° 51, Temis, Bogotá, 1989.

Hardinghaus, Nicolás, "Drogas y crecimiento económico. El narcotráfico en las cuentas nacionales", en *Nueva Sociedad: La alquimia política de las drogas*, N° 102 (julio-agosto 1989).

Hulsman, Louck, "The penal system and drugs: criteria for criminalization and decriminalization", 1973, *Revue Internationale de Droit Penale*, Francia.

———,"La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión, *Nuevo Foro Penal*, N° 35, Temis, Bogotá, 1987.

Jakobs, Gunther y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

Malaguera Rojas, J. y Ferreira De Abre, "Los crímenes de lesa humanidad y el delito de tráfico de drogas ilícitas", Revista Cenipec ULA, 2004.

Malamud Gotti, J., *Humo y espejos. La paradoja de la guerra de las drogas*, Editorial del Puerto, Argentina, 1994.

Monsalve, Yoana, "Visión de la policía sobre su desempeño y sus funciones", 2007.

Negri, Antonio y Michael Hardt, Imperio, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002.

Rosales, Elsie, *Administración de Justicia y drogas*, Universidad Central de Venezuela, 1998.

———, "Reforma procesal penal y relegitimación procesal, 2002. *Violencia, sociedad y justicia* (Roberto Briceño, León, editor), Clacso-Eudeba-Lacso, Buenos Aires, Argentina.

———, "Terrorismo y globalización del control penal", Revista de TSJ, 2003.

———, "Sistema penal y reforma penal", *Capítulo Criminológico*, LUZ. Vol. 32 N° 4, 2004.

———, "El sistema penal en apuros", 2003, Revista TSJ. Sistema Penal y Estado Constitucional, *Capítulo Criminológico*, 2005.

———, *Bases de un modelo de seguridad para la reducción de la violencia*, ILDIS, 2007.

———, *Sistema penal, Estado Constitucional y ley penal*, Tribunal Supremo de Justicia, 2007.

Rosales, Elsie, Borrego, Carmelo y Gilda Núñez, *Sistema penal y acceso a la justicia*, Universidad Central de Venezuela, 2008.

Silva Sánchez, Jesús, "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Civitas, Madrid, 1999.

Velásquez, Fernando, "La legislación colombiana en materia de estupefacientes", en *Drogas problemática en España y América*, Temis, Bogotá, 1989.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado - Una categorización frustrada*, Editorial Leyer, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, 1996.

———, *En torno de la cuestión criminal*, Ediar Argentina, 2005.

La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo

David Cordero Heredia

Sumario:

I. Introducción. **II.** Los intereses que sostienen la vigencia de la actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. **III.** La pertenencia de las normas a un sistema jurídico determinado. **IV.** Incompatibilidad con el Principio de Soberanía. **4.1.** Una ley importada. **4.2.** Los convenios de cooperación Internacional. **V.** Incompatibilidad con el Derecho al Debido Proceso. **5.1.** El principio de presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva. **5.2.** El derecho a la defensa adecuada. **5.3.** El derecho a un proceso. **5.4.** El principio pro reo. **VI.** Incompatibilidad con el Principio de Proporcionalidad. **VII.** Incompatibilidad con el Principio de Necesidad. **VIII.** Incompatibilidad con el Principio de no Criminalización del Consumo. **IX.** Conclusiones. **X.** Bibliografía.

I. Introducción

El artículo primero de la nueva constitución de la República del Ecuador consagra que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia[1],

1 Véase Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 1: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada".

éste es un cambio de paradigma constitucional respecto al Estado social de derecho que contemplaba la constitución de 1998. Este cambio de paradigma tiene como principales características (i) el reconocimiento de las normas constitucionales como normas jurídicas del más alto rango dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano[2], (ii) el reconocimiento al respeto y garantía de los derechos humanos de las personas como fin último que debe perseguir el Estado[3], y (iii) que la búsqueda de justicia es el valor fundamental que debe perseguir la aplicación e interpretación del Derecho, en contraposición a la tesis positivista Kelseniana de que la justicia estaba excluida de la ciencia jurídica[4].

Estas características tienen, en cuanto al ámbito legislativo, su aplicación en la obligación de que cada norma perteneciente al ordenamiento jurídico ecuatoriano debe ser una herramienta para la protección o implementación de los derechos humanos y que deben respetar los principios contenidos en la Carta Magna[5].

En un país que lleva ya casi dos siglos de vida republicana, podemos suponer que existe un complejo entramado de normas jurídicas vigentes aprobadas bajo la vigencia de veinte constituciones de la más variada índole y que, por la escasa vigencia temporal de las mismas, ha logrado desarrollarse de forma independiente a los designios de las normas constitucionales, que además eran consideradas normas políticas o programáticas y no como mandatos jurídicos.

2 *Ibídem*, artículo 424: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica".

3 *Ibídem*, artículo 3: "Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes".

4 Véase Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 79.

5 Véase Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 84: "La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución".

El principal reto que se presenta, con la vigencia de la nueva Constitución, es el conseguir la plena vigencia del Estado de derechos y justicia, esto se consigue mediante el análisis y reforma de la legislación y reglamentación existente; y, la creación de nueva normativa acorde a la norma fundamental vigente[6].

En ese contexto, es imperativo analizar la existencia de normas que, evidentemente, no sólo contravienen los derechos y principios recogidos en la nueva Constitución sino que, lo hacían ya con los principios y derechos de las constituciones anteriores[7]. Tal es el caso de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas publicada en el registro oficial número 523 del 17 de septiembre de 1990 y codificada posteriormente en el suplemento del registro oficial número 490 del 27 de diciembre de 2004.

En el presente artículo se demostrará cómo esta ley: (i) es sostenida por intereses político-económicos y no por consideraciones jurídicas; (ii) las normas que la integran no pertenecen al sistema jurídico ecuatoriano; (iii) violenta el principio de soberanía; (iv) es incompatible con el derecho al debido proceso; (v) es incompatible con el principio de proporcionalidad; (vi) es incompatible con el principio de necesidad; y, (vii) es incompatible con el principio de no criminalización del consumo. Finalmente, se expondrán las modificaciones necesarias para contar con una Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas acorde al Sistema Jurídico ecuatoriano.

6 La Asamblea Constituyente estableció un mandato a la Asamblea Nacional de modificar el sistema jurídico para armonizarlo con la nueva Constitución en la disposición transitoria primera; en esta disposición se especifican las normas que deberán ser modificadas de forma preferente y los plazos concedidos al órgano legislativo para llevar adelante esta tarea.

7 En el caso Suarez Rosero contra Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en 1997, por primera vez, una violación al artículo 2 (obligación de armonizar la legislación interna) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por disposiciones de derecho interno que excluían a las personas procesadas con base en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de la regla sobre la permanencia máxima de una persona en prisión preventiva. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Suárez Rosero vs. Ecuador", Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 93 a 99.

II. Los intereses que sostienen la vigencia de la actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

Como ya mencionamos antes, la tesis que se tratará de sustentar en el presente artículo, es que esta ley constituye, de hecho, un sistema jurídico paralelo dentro del Estado ecuatoriano con sus propios principios, valores, intereses y política penal, totalmente ajenos al sistema jurídico oficial que rige en nuestro país[8].

Como primer punto debemos destacar los poderosos intereses que han conseguido sostener este sistema jurídico paralelo, tanto en el ámbito nacional como internacional. Podemos dividir estos intereses en notorios y clandestinos.

Dentro de los intereses notorios podemos identificar el rédito político que cosechan partidos y candidatos al identificarse como promotores de la política antidrogas; los fondos adicionales, cursos y reconocimiento profesional que reciben los miembros de la Policía que participan en la ejecución de la política antidrogas[9]; el reconocimiento que reciben jueces y fiscales, proporcional al número de personas detenidas y condenadas por delitos relacionados con el narcotráfico; y, los beneficios económicos que recibe el Estado, vía preferencias arancelarias y créditos internacionales, por adscribir a los planes internacionales de lucha antidrogas[10].

8 El 10 de diciembre de 2007, Andrés Borja, David Cordero, Luis Ángel Saavedra y Elizabeth García, como procuradores comunes de 1 000 ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas presentaron una acción de inconstitucionalidad de la Ley de Sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas, la cual fue rechazada sin ningún análisis de fondo por el Tribunal Constitucional en 2008.

9 Véase Convenio de Cooperación entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América relacionado al fortalecimiento de la capacidad institucional de la República del Ecuador para controlar la producción y tráfico de drogas, publicado en el Registro Oficial No. 703 del 13 de noviembre de 2002; y su enmienda publicada en el Registro Oficial No. 505 del 7 agosto 2005.

10 "La ATPDEA […] provee a los países beneficiarios acceso libre de derechos al mercado estadounidense para cualquier producto que no haya sido excluido específicamente. El objetivo de la ATPA es promover el desarrollo económico de base amplia, diversificar las exportaciones, consolidar la democracia y derrotar el flagelo del tráfico de drogas mediante la provisión de alternativas económicas sostenibles a la producción de cosechas de drogas en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú". Tomada del "Primer Informe al Congreso sobre la Operación de la Ley de Preferencia Comercial Andina, tal como fue Enmendada", Resumen Ejecutivo disponible en *http://www.usembassy.org.ec/lincolnirc/libre/documentos/ATPDEA.htm*, Acceso: 8 abril 2009.

Entre los intereses clandestinos podemos destacar los sobornos que reciben funcionarios administrativos, policías[11], jueces y fiscales para permitir que el negocio ilícito del tráfico internacional de sustancias estupefacientes funcione; los aportes económicos a campañas que reciben varios políticos[12]; y, el sostenimiento de grupos armados irregulares como bandas de sicarios, grupos paramilitares y guerrillas en todo el continente[13].

Estas afirmaciones no parecen ser descabelladas si tomamos en cuenta que, entre más duras son las leyes, más dinero se invierte; y, más grandes y técnicas son las fuerzas del orden destinadas a controlar estas actividades, el negocio del narcotráfico parece ser cada vez más sólido.

11 Véase por ejemplo, *The Miami Herald* (Miami, Florida), en su edición del 30 agosto 1994, en la que se da cuenta de la colaboración de policías estadounidenses con narcotraficantes; "Crece en EU *compra* de policías por narco", *Reforma* (México), edición del 1 febrero 1998; véase también "Revelan vínculos entre narcos y marinos de EU", edición del mismo diario Reforma, 14 diciembre 1998 . Además, ¿qué tiene esto de raro? Para repetir lo dicho, ¿cómo puede alguien en sus cabales pensar que la droga sale de los países productores, pasa por los de tránsito, entra a los mercados de consumo sin la ayuda de sus autoridades? Sólo la mala fe o el propósito de encontrar *chivos expiatorios* podía permitir pensar en una sola vía". Véase De Greiff, Gustavo, "La Creación Legislativa de Delitos (El Delito y la Ley)", en Pablo de Greiff y Gustavo de Greiff (compiladores), *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 233.

12 Véanse "Los hechos de los últimos días en torno a la narcoparapolítica son vistos desde los representantes del régimen político y del actual Gobierno uribista, como hechos, que si bien son graves, no afectan para nada lo sustancial de la política, y mucho menos de los asuntos económicos", Nelson Fajardo, "¿Afecta la narcopolítica la situación económica?", en *Centro de Medios Independiente Indymedia*, publicado el 6 de diciembre de 2006, Internet, *http://colombia.indymedia.org/news/2006/12/53861.php*, Acceso: 8 abril 2009. "La inmersión de sectores definidos de la sociedad colombiana en el narcotráfico y en reciprocidad la recepción de sus efectos negativos comenzó a mediados de la década de los setenta, con la apertura de la llamada 'ventanilla siniestra' del banco de la República autorizada por el presidente Alfonso López Michelsen. A partir de ese hecho, surgieron los carteles de las drogas, el lavado de dineros, la incursión de los capos en la política local, regional y nacional, el sicariato, la burbuja de las economías subterráneas, la guerra de las drogas en toda su extensión, la degradación del conflicto interno, la inmersión de los agentes generadores de violencia en el narcotráfico, el terrorismo, la estigmatización de los colombianos en el exterior y mucho más"., Luis Alberto Villamarín Pulido, "De la narcopolítica a la parapolitica", en El Tiempo (Bogotá), 16 mayo 2007, Internet, *http://www.eltiempo.com/participacion/blogs/default/un_articulo.php?id_blog=3550793&id_recurso=350001210*, Acceso: 8 abril 2009.

13 Véase Thoumi, Francisco, "Las políticas contra las drogas, reformas y relaciones Colombo-Americanas", en Camacho Guizado, Álvaro (editor), *Narcotráfico: Europa, EEUU, América Latina*, Barcelona, 2006, pp. 163 y ss.

Los paquetes de estrategias para la erradicación del tráfico internacional de sustancias sujetas a fiscalización tenían como fines específicos: (i) la disminución de la cantidad de drogas que circulan en el mercado[14], (ii) el incremento de los precios de comercialización de estas sustancias[15], y (iii) la disuasión a las personas de participar en este tipo de actividades delictivas[16]. Sin embargo, varias organizaciones han denunciado el fracaso de estas políticas para alcanzar los fines propuestos y las constantes violaciones que los derechos humanos que acarrean en la práctica la aplicación de dichas medidas[17]. De esta manera, cada año se incrementan el número de hectáreas utilizadas para cultivos de coca marihuana y amapola, el incremento de las sustancias sujetas a fiscalización incautadas, mientras que los precios en el mercado de dichas sustancias se encuentran a la baja y las prisiones están cada vez más llenas de personas que participan en delitos relacionados con el narcotráfico[18]. En contraposición, son pocos los detenidos y condenados que han adquirido ganancias desmedidas producto de este negocio y, en su mayoría, las personas privadas de su libertad son pequeños vendedores, campesinos, consumidores y las personas denominadas "mulas del narcotráfico"[19].

El fin de este análisis es evidenciar la necesidad de un acto legislativo que establezca una nueva Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que recoja las experiencias obtenidas mediante los fracasos de estos dieciocho años de aplicación que plantean soluciones efectivas al fenómeno del narcotráfico, aunque estas se aparten de la política internacional de la materia y, finalmente, esté acorde a los derechos y principios recogidos en la nueva Constitución ecuatoriana, para que esta ley realmente pertenezca al sistema jurídico del Ecuador y deje de ser el sistema jurídico paralelo de excepción que es actualmente.

14 Véase Youngers, Coletta A. y Eileen Rosin, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*, Washington D.C., Washington Office on Latin America (WOLA), noviembre 2004, p. 1.

15 *Ibídem*, p. 1.

16 *Ibídem*, p. 9.

17 *Ibídem*, p. 7.

18 Véase Torres Angarita, Andreina, *Drogas, cárcel y género en Ecuador: la experiencia de mujeres "mulas"*, Quito, 2008, p. 18.

19 *Ibídem*, p. 17.

III. La pertenencia de las normas a un sistema jurídico determinado

La identificación de cuáles normas pertenecen, y cuáles no, a un sistema jurídico determinado ha sido una de las principales preocupaciones de la ciencia jurídica. Los principales exponentes del positivismo jurídico continental (Hans Kelsen) y del *common law* (H L Hart) dedicaron buena parte de sus trabajos a la determinación del *pedigree*[20] de las normas jurídicas.

Con el objeto de desarrollar el presente apartado, tomaremos como características que definen la pertenencia de una norma a un sistema jurídico a su (i) compatibilidad con las normas jerárquicamente superiores, (ii) el respeto a los valores que protege el Sistema Jurídico en cuestión, y, (iii) que la norma sea emanada por el órgano competente reconocido por la Constitución. La tercera característica es la más importante desde la teoría positivista, sin embargo el presente estudio reconoce que la Ley de Drogas vigente fue aprobada por el órgano legislativo competente siguiendo el trámite constitucional pertinente, por lo que no analizaremos este parámetro.

El análisis de compatibilidad con las normas jerárquicamente superiores de una norma no es un ejercicio complejo si nos basamos exclusivamente en el texto de la norma. Por ejemplo, la nueva Constitución ecuatoriana contiene la prohibición de la criminalización del consumo de drogas (artículo 364), lo cual entra en clara contradicción con el texto de la actual ley de drogas que penaliza la tenencia de pequeñas cantidades de droga, aunque su destino sea el consumo personal (sobre este punto ahondaremos en el apartado 8). De la misma manera, nuestra Carta Magna sostiene que no se podrá revisar la sentencia de una persona condenada para empeorar su situación (artículo 77(14)), lo cual está en contradicción con la facultad de los jueces, conferida en virtud de la ley de drogas vigente, para revisar las sentencias de las personas condenadas y aumentar su sentencia (este punto será desarrollado en el acápite 5.4).

Mientras tanto, el análisis de la compatibilidad de las normas jurídicas con los valores que protege el sistema jurídico resulta un ejercicio más complejo. Se

20 Véase Ávila Santamaría, Ramiro, "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad", en Cabonell, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 314.

requiere para esto tomar en cuenta los principios que consagra la nueva Constitución de forma expresa y los que subyacen en otras normas de este rango. Sobre este punto analizaremos cómo la actual Ley de Drogas no respeta los principios de soberanía, proporcionalidad y necesidad de la pena, además el derecho fundamental al debido proceso y algunos de sus principios específicos.

Con estos parámetros de análisis buscaremos demostrar cómo las normas que componen la ley de drogas vigente no pertenecen al Sistema Jurídico ecuatoriano (ni lo hicieron bajo la vigencia de la Constitución de 1998), sin embargo de lo cual ha sido una de las leyes más aplicadas por la administración de justicia penal y por un enorme aparato gubernamental que incluye un cuerpo policial especializado, instalaciones propias y un poderoso órgano administrativo para administrar los recursos que genera la lucha en contra del narcotráfico. Este sistema jurídico paralelo es una de las mayores fuentes de violaciones a los derechos humanos (4 de 8 sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Ecuador se refieren a violaciones cometidas en el marco de la aplicación de la Ley de Drogas vigente y de la lucha en contra del narcotráfico en Ecuador)[21], llena las salas de la administración justicia penal y colapsa el Sistema de Rehabilitación Social del país[22].

IV. Incompatibilidad con el Principio de Soberanía

El principio de soberanía de los Estados es la base de las relaciones internacionales entre los Estados. Así lo reconoce la carta de las Naciones Unidas al establecer que no pueden existir relaciones sino entre Estados libres y sobe-

21 Caso Suárez Rosero (1997), Caso Tibi (2004), Caso Acosta Calderón (2005) y Caso Chaparro Álvarez (2007). Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero…, op. cit.*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador,* Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129; y, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170.

22 Véase Torres Angarita, Andreina, *op. cit.*, p. 18.

ranos[23]. La soberanía es la cualidad de un Estado de decidir, en última instancia las formas de organización de su sociedad en el campo político, económico y jurídico. Es en ejercicio de la soberanía que los Estados son capaces de asumir obligaciones mediante la firma de tratados internacionales (en sentido positivo) y que pueden resistir y rechazar todo intento de injerencia externa (en sentido negativo).

En el siguiente acápite analizaremos cómo la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente, constituye una injerencia externa dentro del sistema jurídico ecuatoriano: (i) al ser una ley importada, que se asemeja a varias leyes introducidas en varios países de la región; y, (ii) al estar respaldada en convenios binacionales con los Estados Unidos de América que condicionan el acceso a ayudas económicas al cumplimiento de determinados parámetros de la política antidrogas de dicho país diseñada para América Latina.

4.1 Una ley importada

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente es esencialmente una ley penal y procesal penal especial; desde su aprobación contiene penas equiparables a las reservadas a los delitos de mayor gravedad del Código Penal y contienen un procedimiento penal agravado que incluye, entre otras cosas, la exclusión de los reos a etapas de la rehabilitación social como son la prelibertad, la libertad controlada y la reducción de penas[24].

23 La Carta de las Naciones Unidas declara en su artículo 2: "Para la realización de los Propósitos consignados en el Art. 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros". En el mismo sentido, la Carta de la Organización de los Estados Americanos reconoce: Art. 1.- Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Art. 3.- Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: [...] e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales".

24 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, artículo 117: En esta clase de juicios no se admitirá caución, ni se concederá condena condicional, prelibertad ni libertad controlada, ni los beneficios de la Ley de Gracia y del indulto. La rebaja de penas a favor del sentenciado que demuestre conducta

Estas características, tan apartadas de la técnica jurídica en materia penal, son comunes en las leyes aprobadas en países como Colombia, Perú, Bolivia, Venezuela y varios países de Centroamérica, impulsadas por el Departamento de Estado en las décadas de los ochenta y noventa[25]. Este hecho no es oculto, sino que es compatible con la política hemisférica de los Estados Unidos en materia de drogas. La Washington Office on Latin America (WOLA) en su informe *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy* ha señalado que la principal característica de la política antidrogas de los Estados Unidos ha sido buscar una fuerte criminalización de las actividades relacionadas con el narcotráfico en los países considerados de origen.

El mismo departamento de Estado ha impulsado iniciativas en la región como "El Plan Colombia", que supuestamente buscan erradicar el cultivo producción y tráfico de sustancias estupefacientes en Latinoamérica erogando ingentes ayudas económicas a los países que estén dispuestos a militarizar las zonas donde se considera que operan los productores de droga y a extraditar, incluso a sus nacionales, para ser juzgados en las cortes de los Estados Unidos, donde les esperan sentencias más gravosas que las de los norteamericanos que cometiesen los mismos delitos, sin embargo más tenues que las que les esperarían en sus propios países de origen.

Países como los de Latinoamérica, cuyas economías se han vuelto extremadamente dependientes (desde el consenso de Washington y el auge del Neoliberalismo en la región) se encuentran ávidas de préstamos internacionales y de la aceptación de sus exportaciones en el mercado de los Estados Unidos[26]. Por esto, el condicionamiento de las ayudas económicas y concesiones arancelarias a la sujeción de las políticas nacionales a la política exterior antidrogas de los Estados Unidos, constituye una forma de coerción e intervencionismo económico que viola el principio de soberanía de nuestros Estados.

ejemplar será concedida por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social.

25 Véase Youngers, Coletta A. y Eileen Rosin, *op. cit.*, pp. 2-3.

26 Véase "Gobierno sin plan B, si no se renueva el Atpdea", Hoy (Quito), 18 mayo 2007, Internet, *http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-sin-plan-b-si-no-se-renueva-el-atpdea-267323-267323.html,* Acceso: 8 junio 2009.

4.2. Los convenios de Cooperación Internacional

La muestra más clara del intervencionismo, al que se hizo mención en el apartado anterior, lo constituyen los acuerdos de cooperación entre la República del Ecuador y la de los Estados Unidos de América. Estos acuerdos, en realidad constituyen dos cuerpos normativos separados: en primer lugar, contienen un convenio que estrictamente trata sobre la ayuda económica y logística que prestará los Estados Unidos de América a la Policía Nacional en materia de lucha contra el cultivo, producción y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, en segundo lugar, un convenio que establece preferencias arancelarias a ciertos productos ecuatorianos dentro del mercado estadounidense como recompensa al Estado ecuatoriano por el avance en la lucha contra el narcotráfico.

El primer convenio contiene una cláusula mediante la cual la renovación de estos acuerdos está supeditada al incremento anual de las detenciones de personas e incautaciones de sustancias ilícitas, lo cual repercute en el incremento de la utilización de personal y recursos de la Policía Nacional al desarrollo de esta actividad en detrimento de las demás acciones concernientes al mantenimiento del orden público que debe realizar esta institución[27].

Además, el cumplimiento de estas cuotas implica el aumento de las causas penales en materia de drogas, el incremento de la población penitenciaria y el abuso de figuras como la prisión preventiva, que deviene en una serie de violaciones a los derechos humanos sobre todo en lo concerniente a la privación arbitraria de la libertad.

Estos convenios obstaculizan el desarrollo de una política penal dirigida a la garantía de los Derechos Fundamentales de las personas y, por consiguiente, limitan el accionar del Estado para determinar en última instancia cuáles deben ser las directrices de mantenimiento del orden publico por la necesidad, cada vez más apremiante, de endurecer la política antidrogas para conservar los beneficios económicos que ésta conlleva, limitando, nuevamente, la soberanía del Estado ecuatoriano.

27 Véase Enmienda al Convenio de Cooperación entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América Relacionado al Fortalecimiento de la Capacidad Institucional de la República del Ecuador para Controlar la Producción y Tráfico Ilícito de Drogas, publicado en el Registro Oficial número 529 del 22 febrero 2005.

V. Incompatibilidad con el Derecho al Debido Proceso

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en la Constitución ecuatoriana, expedida en el 2008, en un amplio capítulo referido a los derechos de protección[28]; se encuentra además reconocido en tratados internacionales ratificados por el Estado, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos[29] y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos[30].

Este derecho se instrumentaliza mediante la promulgación de leyes adjetivas que recogen y amplían el contenido del derecho al debido proceso. En Ecuador, estas leyes son, principalmente, los Códigos de procedimiento civil y penal.

La Constitución, los tratados internacionales y los códigos antes mencionados recogen los principios (i) de la presunción de inocencia[31], (ii) el derecho a la defensa adecuada[32], (iii) el derecho a un proceso rápido[33], (iv) la excepcionalidad de la prisión preventiva[34], (v) el principio pro reo[35], entre otros.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas establece un proceso penal especial, que contiene normas que violan los principios antes enumerados y que constituyen, prima facie, una violación al principio de no discriminación; además, dichas normas, disminuyen ostensiblemente el contenido del derecho al debido proceso de las personas encausadas en base a la ley en mención respecto a las demás personas encausadas por delitos contenidos en el código penal. Para demostrar estas afirmaciones, a continuación analizaremos cada uno de los principios que dan contenido a este derecho.

28 Constitución de la República de Ecuador de 2008, capítulo octavo, título II.

29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.

30 Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 14.

31 Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 76(2); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8(2); y, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 14(2).

32 Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 76(7); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8(2)(c), 8(2)(e) y 8(2)(f); y, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículos 14(3)(b), 14(3)(d), 14(3)(e) y 14(3)(f).

33 Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 75; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8(1); y, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 14(1).

34 Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 77(1), y, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 9(3).

35 Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 76(5).

5.1. El principio de presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva

El principio de presunción de inocencia se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana en su artículo 76 (2)[36]. Este principio se materializa con el establecimiento de la carga de la prueba del lado de quien acusa (en este caso El Estado), en lo gravosas que sean las medidas cautelares personales y reales que se le impongan al acusado durante el proceso penal, así como en la forma en que, en la práctica, los jueces penales apliquen estas medidas dentro de los procesos.

En cuanto a la carga de la prueba, en la práctica de aplicación de la ley en estudio, el simple informe de la policía es prueba suficiente para iniciar una instrucción fiscal. Así, en la mayor parte de procesos la vinculación de los acusados se basa en suposiciones de la fuerza pública por sobre las pruebas materiales que puedan aportarse al proceso. En los casos Suarez Rosero y Tibi en contra de Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la responsabilidad internacional del Estado por el hecho de que la detención de las víctimas haya estado basada exclusivamente en informes policiales[37].

Tal vez, el ejemplo más importante de la violación de este principio es la obligación de las personas narcodependientes de demostrar su condición antes de ser desvinculadas del proceso penal. Esta demostración se basa en un estudio psicosomático que debe ser costeado por la persona acusada, en la práctica muchas personas adictas son encausadas y condenadas por el hecho de no contar con los recursos suficientes para pagar un examen de dichas características[38].

36 *Ibídem*, "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: […] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada".

37 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 107; y, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 44.

38 Véase Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: "Art. 63.- Calificación de la persona dependiente.- El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes de juicio, previo peritaje de los Médicos Legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere".

En cuanto a las medidas cautelares, el artículo 120 de la ley en estudio[39] dispone el inmediato establecimiento de medidas cautelares reales en contra de todos los bienes de la persona encausada, sin que el juez o el fiscal tengan la obligación de argumentar acerca de cómo dichos bienes han ayudado o son producto de la actividad delictiva.

De la misma forma, la prisión preventiva es aplicada en todos los casos como regla por ordenarlo así el artículo 120 de la ley, violando de esta manera, el principio de excepcionalidad de la misma, contenido en el artículo 77 de la Constitución[40]. Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no recoge el principio de excepcionalidad sobre la prisión preventiva, éste ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte integral del principio de presunción de inocencia:

39 Véase Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: "Art. 120.- Una vez que el Fiscal haya dictado la resolución de instrucción, solicitará al Juez Penal la adopción de las medidas cautelares de prisión preventiva y las reales de secuestro, prohibición de enajenar y retención; y de manera especial, la prohibición de enajenar todos los bienes del imputado y la inmovilización de sus cuentas monetarias y bancarias y de las acciones y participaciones sociales. Para que se inscriba la prohibición de enajenar se enviará circular por el medio más rápido posible, a todos los registradores de la propiedad, mercantiles y especiales de la República, quienes, en el término de veinte y cuatro horas posteriores a su recepción, informarán al Juez del cumplimiento de dicha orden. Si no lo hicieren, el Juez insistirá en su orden, y si ésta no fuere cumplida, pedirá la destitución de quien la incumpla. Para la inmovilización de las acciones bancarias, cuentas monetarias, corrientes y de ahorros el Juez oficiará inmediatamente al Superintendente de Bancos y Seguros, quien en el término de veinte y cuatro horas, dará cumplimiento a esta orden, notificando con ella a las entidades del sistema financiero del país, que estarán obligadas a inmovilizar esos valores y confirmar su cumplimiento, por escrito, en el término de cuarenta y ocho horas, al Superintendente de Bancos y Seguros y al Juez. En los casos de fuero, el Juez competente comisionará la diligencia de destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido aprehendidas, a uno de los tribunales penales. Se tomarán las muestras respectivas, que la Secretaría Ejecutiva del CONSEP entregará a los peritos".

40 Véase Constitución de la República del Ecuador: "Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

> La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación **debe tener un carácter excepcional**, en virtud de que **se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.** El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; **tampoco probó la necesidad de dicha medida.** Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención[41].

El abuso de la prisión preventiva se demuestra además en los artículos 120 y 122 de la Ley en mención; establecen, respectivamente, la obligación del agente fiscal de solicitar al juez la prisión preventiva y medidas cautelares, una vez dictada la instrucción fiscal y la consulta obligatoria, al superior, del auto que revoque la prisión preventiva. Estas dos condiciones no son contempladas en el caso de los procesos seguidos en virtud del código de procedimiento penal.

Por último, como se mencionó en el acápite anterior, el cumplimiento de las cuotas establecidas en los convenios de cooperación con los Estados Unidos de América impulsa a que tanto fiscales como jueces vinculen a la mayor cantidad de personas a los procesos penales con el respaldo cada vez menor de pruebas materiales.

5.2. El derecho a la defensa adecuada

El derecho a una defensa adecuada incluye el acceso a un abogado o abogada de elección de la persona acusada o la provisión de un defensor o defensora pública en caso de que no se cuenten con los medios económicos necesarios para acceder a una defensa privada[42].

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.*, párrs. 106 y 107. Véase además Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, op. cit.*, párrs. 74 y 75; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, Sentencia de 2 septiembre 2004, Serie C No. 112, párr. 228.

42 Constitución de la República del Ecuador, Art. 76(7)(g).

Este principio se viola, en primer lugar, por el hecho de que, al confiscar todos los bienes de la persona acusada y congelar sus cuentas bancarias, no se le permite contratar a un o una profesional, que le asista en su defensa, a su elección. En segundo lugar, porque todavía no existe en el Estado ecuatoriano una unidad de defensa pública que tenga al menos el mismo personal y recursos que la Fiscalía General del Estado. En tercer lugar por la estigmatización que sufren los abogados y abogadas que aceptan defender a las personas acusadas por el cometimiento de un delito especificado en la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes.

Acerca del último punto, destaca la propuesta de excluir como candidatos a la Corte Suprema de justicia a los abogados y abogadas que hayan aceptado defender casos de narcotráfico[43].

Esa estigmatización no es exclusiva de Ecuador ni de Latinoamérica, ya en la década de los ochenta, la Asociación de Abogados del Estado de Nueva York denunció la persecución que sufrían los abogados norteamericanos que aceptaban ser defensores en este tipo de causas[44].

5.3. El derecho a un proceso

El derecho a un proceso rápido ha sido recogido por la Constitución ecuatoriana[45] y la Convención Americana[46]. En el caso del proceso penal especial, recogido en la Ley en estudio, existen una serie de consultas obligatorias que retardan excesivamente los procesos penales, que no existen en los mismos términos en el proceso penal ordinario[47].

43 Véanse *El Comercio* (Quito), 8 diciembre 2005, "La polémica se da por los artículos 10 y 11 de la Ley Reformatoria de la Función Judicial, en donde se indica que no pueden ser magistrados de la Corte Suprema, ´quienes hayan defendido casos por narcotráfico´. El punto generó dos posturas encontradas al interior del Comité Calificador y solo pudo ser subsanada en una reunión cumplida el pasado miércoles en la tarde", "Dos artículos sembraron la discordia en el Comité", Internet, *http://www. elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=138729&anio=2005&mes=8&dia=12*, Acceso: 8 abril 2009.

44 Citado en De Greiff, Gustavo, *op. cit.*, p. 233.

45 Constitución de la República del Ecuador, Art. 75.

46 *Ibídem*, Art. 8(1).

47 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: Art. 122.- Consulta obligatoria.- No surtirá efecto el auto en que se revoque la prisión preventiva, de suspensión o cesación de medidas de aprehensión,

Por ejemplo, una persona procesada que sea declarada incontente deberá someterse al siguiente procedimiento: instrucción fiscal (en la que el fiscal decide no acusar a la persona), consulta al fiscal distrital —fase intermedia del proceso penal, en la cual el juez dicta auto de sobreseimiento provisional—; consulta a la corte provincial del sobreseimiento provisional; consulta al agente fiscal acerca del sobreseimiento definitivo; sobreseimiento definitivo dictado por el juez penal; consulta al fiscal distrital sobre el sobreseimiento definitivo y ratificación final de esta resolución judicial definitiva dictada por la Corte Provincial.

Como vemos, una persona inocente que ni siquiera recibió acusación por parte del agente fiscal permanece encausada un promedio de seis años, para esto estuvo, en el mejor de los casos, un año detenida y las medidas cautelares reales no le son levantadas sino hasta la terminación del proceso.

Esta necesidad de constantes consultas dentro del proceso impide el acceso al derecho a un proceso rápido, además de situar al encausado o encausada de mantener un abogado o abogada a través de todo este largo proceso, sin tener acceso a sus bienes para cancelar los honorarios correspondientes.

5.4. El principio *pro reo*

El principio *pro reo* consiste en la aplicación de la norma más favorable a la persona que está siendo encausada o que ha sido condenada por el cometimiento de un delito[48]. En la actual Constitución, este principio se expresa además por la prohibición de que las resoluciones de impugnaciones a la condena de una persona empeoren su situación[49] y por la obligación de le-

retención e incautación, si no es confirmado por el superior, previo informe obligatorio del Ministro Fiscal correspondiente, quienes emitirán su opinión en el término de veinte y cuatro horas posteriores a la recepción del proceso. Art. 123.- Sentencia.- […] El auto en que se revoque la prisión preventiva, de cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el juez y las sentencias condenatorias y absolutorias serán obligatoriamente elevadas en consulta a la respectiva Corte Superior, quien resolverá, previo informe obligatorio que emitirá el Ministro Fiscal dentro del plazo improrrogable de veinticuatro horas.

48 Constitución de la República del Ecuador, Art. 76(5).

49 *Ibídem*, Art. 77(14).

vantar las medidas de privación de la libertad de las personas sobreseídas o absueltas aunque queden pendientes consultas o recursos[50].

Como se mencionó con anterioridad esta serie de consultas que se realizan dentro del procedimiento penal especial contemplado en la ley en estudio, permiten que, en cualquier momento se agrave la situación de la persona sometida al proceso.

En la provincia de Pichincha son comunes los casos en que la Corte provincial cambia la sentencia del tribunal penal, colocando el máximo de la pena contemplada para un delito de narcotráfico, a pesar de que el tribunal considerase que existían eximentes, o no existían agravantes, que justifiquen la imposición de la máxima pena contemplada[51].

De la misma forma, el principio *pro reo* se viola en el momento en que, existiendo un procedimiento más garantista de los derechos de la persona en el código de procedimiento penal, se continúen aplicando las normas adjetivas de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Para finalizar, otra violación al principio *pro reo*, la constituye la aplicación de la prohibición de acceso a ciertas fases de rehabilitación social (prelibertad, libertad controlada y rebajas) a las personas procesadas en virtud de esta ley, cuando existen disposiciones comunes a todos los delitos contempladas en el código de ejecución de penas y que regulan el proceso de rehabilitación social, que es el fin, al menos en el papel, de la pena de privación de la libertad[52].

VI. Incompatibilidad con el Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, en materia penal, consiste en que la pena debe guardar relación con el presupuesto fáctico del delito. Esta proporcionalidad no es de fácil análisis, sin embargo, en el presente punto se tratara de analizar si las penas contempladas en la ley en estudio son proporcionales

50 *Ibídem*, Art. 77(10).

51 Constatación realizada por el autor del presente artículo en sus años de trabajo en el Centro de Rehabilitación Social Femenino de Quito.

52 Constitución de la República del Ecuador, Art. 201.

a los presupuestos fácticos que regulan, mediante el análisis de la importancia del bien jurídico que protegen[53], para luego comparar las penas establecidas por la ley en estudio con otras penas establecidas para otro tipo de delitos en el Código Penal.

En primer lugar, debemos identificar cuál es el bien jurídico protegido por los tipos penales contenidos en la ley en análisis. Podemos colegir del texto del artículo 364 de la Constitución ecuatoriana[54] (en contradicción con el artículo 1 de la ley en análisis)[55], que el bien jurídico protegido es la salud pública. Ferrajoli propone que uno de los criterios para establecer la gravedad de un delito es la lesividad, es decir el daño que provoca el delito al titular del bien jurídico tutelado.

En el caso de los delitos contemplados en la ley en estudio, nos encontramos con la dificultad de establecer cuál es el sujeto o sujetos que son afectados por el cometimiento de uno de estos delitos. Dado que no podemos establecer el vínculo causal directo entre el tráfico de estupefacientes y la afectación a la integridad personal o la vida de personas identificables podríamos asimilar estos delitos al tráfico o tenencia ilegal de armas.

En la tenencia ilegal de armas no se sabe el destino ni el uso que se les va a dar a estos bienes por lo que la pena[56] relacionada a este delito no se equipara a las penas establecidas para los delitos que trata de evitar, es decir los delitos de lesiones[57], homicidio[58] o asesinato[59]. Por esto, podemos afirmar que el bien jurídico seguridad pública, protegido por el tipo penal portación

53 Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, 2004, pp. 464-480.

54 Constitución de la República del Ecuador de 2008: "Art. 364: Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales".

55 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: "Art. 1: Objetivo.- Esta Ley tiene como objetivo combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para proteger a la comunidad de los peligros que dimanan de estas actividades".

56 Código Penal, el Art. 624 lo define como una contravención de 1 a 7 días de prisión.

57 *Ibídem*, los Arts. 463 a 472 establecen la pena de 15 días a 5 años de prisión.

58 *Ibídem*, el Art. 449 establece la pena de 8 a 12 años de reclusión.

59 *Ibídem*, el Art. 450 establece la pena de 16 a 25 años de reclusión.

ilícita de armas, no tiene la misma importancia de bienes jurídicos como la integridad personal o la vida.

Entonces, los delitos contemplados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas tampoco podrían estar penados con tiempos de detención superiores a los delitos que protejan a la vida y a la integridad personal. Siguiendo esta línea argumentativa, podemos concluir que es desproporcionado el hecho de que las penas contenidas en la ley en estudio[60] sean superiores que la contemplada para el delito de homicidio[61] (vida) o la misma que para el delito de violación[62] (integridad personal) y que sean superiores a los delitos que sancionan las lesiones (integridad personal).

VII. Incompatibilidad con el Principio de Necesidad

El principio de necesidad en materia penal o de economía de las prohibiciones penales[63] se encuentra expresado en el axioma *nulia lex poenalis sine necessecitate* del cual se deriva el principio de la pena mínima necesaria y de la máxima economía en la configuración de los delitos.

El principio de la pena mínima necesaria busca limitar el poder punitivo del Estado de tal forma que la pena que se imponga al cometimiento de un delito sea la medida más idónea para minimizar la reacción violenta de la sociedad por el delito, y, a la vez, sea la medida menos lesiva posible a los derechos del infractor logrando con esta conseguir el fin perseguido[64].

En cuanto a los delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, nos encontramos con una serie de penas extremadamente altas, que al mismo tiempo parecen no disuadir a las personas que las cometen. De este modo, el 80,88% de las mujeres detenidas en el centro de rehabilitación social femenino de Quito, y el 70,76% de los hombres en el centro

60 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Art. 57 (siembra o cultivo) de 8 a 16 años; Art. 58 (procesamiento) de 12 a 16 años; Art. 59 (intermediación) de 8 a 12 años; Art. 60 (tráfico) de 12 a 16 años; Art. 61 (transporte) de 12 a 16 años, y Art. 62 (tenencia) de 12 a 16 años.

61 Código Penal, el Art. 449 establece la pena de 8 a 12 años de reclusión.

62 *Ibídem*, el Art. 512 establece la pena de 12 a 16 años de reclusión.

63 Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 465.

64 Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 2003, p. 100.

de rehabilitación social de varones 1 de Quito[65] se encuentran condenadas o encausadas por delitos relacionados con la ley antes mencionada; debido a esta situación la Asamblea Nacional Constituyente, en el año 2008, dictó un indulto general a las personas que habían sido condenadas por tenencia, venta o tráfico de menos de dos kilos de sustancias sujetas a fiscalización[66].

La razón de ser de esta medida fue que, en palabras de la Asamblea Nacional Constituyente: "varios artículos de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, establecen para la tenencia, posesión ilícitas y transporte de sustancias psicotrópicas y estupefacientes sanciones con penas de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y con multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales, sin distinguir el peso de las sustancias sujetas a fiscalización, por lo que no existe proporción en la determinación de la pena en relación a los hechos juzgados"[67], dado que la mayoría de las personas condenadas en base a esta ley pertenecen a los quintiles más bajos de la población y la privación de su libertad por lapsos de entre ocho a dieciséis años sólo conseguían profundizar los problemas económicos de dichas personas; por lo tanto, volverlas más susceptibles a ser convencidas nuevamente a participar en este tipo de actos delictivos. Bajo esta óptica las penas contempladas se muestran como innecesarias por existir cursos de acción menos lesivos como la prevención y el acceso a fuentes de trabajo que resultarían, incluso, más efectivas para alcanzar el fin de la disminución del cometimiento de los delitos relacionadas con el narcotráfico.

En cuanto al segundo aspecto del principio de necesidad, es decir, el de la máxima economía en la configuración de los delitos, se refiere a que las materias reguladas por el derecho penal sean las indispensables ya que, en palabras del Marqués de Beccaria, "prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos"[68]. En este orden de ideas, si consideramos el complejo entramado del

65 Véase González, Marco (editor), *Boletín Estadístico 2004-2005*, Quito, Dirección Nacional de Rehabilitación Social, 2005, p.14.

66 Véase Asamblea Nacional Constituyente, *Indulto a personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, Montecristi, 4 julio 2008. Internet, http://asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/resolucion_mulas_04-07-2008.pdf, Acceso: 6 junio 2009.

67 *Ídem*.

68 Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Bogotá, Temis, p.88.

fenómeno del tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, pierde sentido el condenar penalmente a aquellas personas que acceden a las distintas etapas de cultivo, procesamiento y tráfico de dichas sustancias como si accedieran a cualquier otro tipo de ocupación laboral sin que medien ganancias desproporcionadas, si el objeto de la política de prevención del narcotráfico busca eliminar a los grandes carteles del narcotráfico y las desmedidas ganancias que generan a sus cabecillas; son las actividades de dichas personas y sus cuantiosas ganancias las que deberían ser objeto de persecución penal, ya que son estas las que originan los fenómenos de violencia y corrupción relacionadas con estas actividades ilícitas y las hacen rentables.

La venta, tráfico y, peor aún, cultivo de pequeñas cantidades de sustancias sujetas a fiscalización deberían ser prevenidas mediante otro tipo de medidas diferentes al ámbito penal. Ya en su época Bentham polemizaba duramente contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo a "castigar un sinnúmero infracciones fútiles y pueriles"[69]. Esta afirmación es perfectamente aplicable a muchos de los delitos contenidos en la ley en estudio, principalmente, por lo que en la teoría objetiva de la responsabilidad penal se denomina la *competencia de la víctima*, es decir el grado de responsabilidad que recae sobre la persona que adquiere una sustancia sujeta a fiscalización a sabiendas del daño que su uso provoca a su salud[70].

En conclusión, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente no cumple con el principio de necesidad penal al establecer delitos en los cuales es indiferente el rol que desempeña el reo dentro del proceso de cultivo, procesamiento, tráfico y consumo de las sustancias sujetas a fiscalización. Desde este punto de vista, las únicas actividades cuya tipificación cumple con el principio de necesidad son las de encabezar, dirigir, organizar grupos delictivos para las actividades antes mencionadas basadas, sobre todo, en el enriquecimiento ilícito que dichas personas hayan alcanzado como parámetro para determinar el rol que las personas desempeñaban dentro de la organización.

69 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 465.

70 Véase Zaffaroni, Eugenio Raul, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2005, p. 377.

VIII. Incompatibilidad con el Principio de no Criminalización del Consumo

El artículo número 364 de la Constitución vigente de la República del Ecuador, prohíbe la criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; este principio se alinea con la tendencia internacional de establecer mecanismos para que la Ley penal no castigue a las personas que, en uso de su derecho a la libertad de elección, deciden consumir estas sustancias[71].

En la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente, las únicas personas eximidas de sanción penal al haber sido encontradas en posesión de sustancias sujetas a fiscalización son las personas que puedan demostrar, dentro del proceso penal, que tienen una dependencia física a la sustancia que le ha sido encontrada, excluyendo de esta manera a los consumidores ocasionales y a quienes aún no han desarrollado una tolerancia física a dicha sustancia.

Por estas consideraciones, en el ejercicio de esta ley las personas consumidoras ocasionales y las no dependientes pueden ser condenadas por tenencia, tráfico y cultivo de sustancias sujetas a fiscalización con penas de hasta dieciséis años de reclusión mayor, violando así el principio de no criminalización del consumo. Cabe recordar, como ya se mencionó con anterioridad, que los exámenes médicos necesarios para demostrar la dependencia de una persona a las sustancias sujetas a fiscalización corren a costa de la persona acusada, encontrándose casos de personas procesadas y condenadas por el hecho de no contar con los recursos económicos suficientes para pagar dichos exámenes.

71 "[E]sto significa que cuando el interés de un individuo está protegido por un derecho, él no debe ser arrojado a la bolsa común de los deseos y preferencias de todos los miembros de la sociedad, para hacer un cálculo global de beneficios y perjuicios, sino puesto en balance con el bienestar general de la sociedad, teniendo en cuenta que no siempre los intereses de los más cuentan más". Véase Carlos Santiago Nino, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?", en De Grieff, Pablo y Gustavo de Greiff (compiladores), *Moralidad, legalidad y drogas*, México, 2000, p. 283. Véase además, Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 90 y ss.

IX. Conclusiones

En vista de las consideraciones anteriores, se hace evidente la necesidad de la expedición de una Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que esté en perfecta armonía con la nueva Constitución ecuatoriana y el resto del sistema jurídico vigente. Para que este fin se consiga, la nueva ley deberá recoger las siguientes recomendaciones:

1. Eliminar toda norma adjetiva en cuanto al proceso penal se refiere. De esta manera, se eliminará el trato discriminatorio que reciben las personas procesadas y condenadas por delitos relacionados con el narcotráfico al ser sometidas a un proceso penal especial. En base a esta reforma, todo proceso que se sustancie por el presunto cometimiento de estos delitos deberá regirse al Código de Procedimiento Penal. Entre tanto, el proceso de rehabilitación de las personas condenadas será regulado exclusivamente por el Código de Ejecución de Penas.
2. Se deberá reformar el Código de Procedimiento Penal, fortaleciendo los principios del debido proceso de acuerdo con la nueva Constitución, en especial en lo que atañe a la excepcionalidad de la prisión preventiva, el principio de presunción de inocencia y el *quantum* de la prueba necesario para condenar a una persona y para aplicarle medidas cautelares.
3. Las medidas cautelares reales no deberán ser aplicadas sobre los medios necesarios para pagar una defensa a elección de la persona acusada; así mismo, el juez deberá constituir un patrimonio familiar que no será sujeto a medidas reales.
4. Se debería eliminar el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como órgano autónomo para la ejecución de la Política en materia de prevención y regularización de sustancias sujetas a la fiscalización. En su lugar se deberán crear dos órganos separados, el primero adscrito al Ministerio de Salud Pública encargado del tratamiento de adicciones, el control de sustancias estupefacientes y psicotrópicas legales y las políticas de prevención del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ilegales. El se-

gundo, adscrito a una de las superintendencias, encargado de administrar los bienes sobre los cuales pesa una medida cautelar real de propiedad de una persona que se encuentra dentro de un proceso penal por delitos relacionados al narcotráfico.

5. La administración de los bienes que sean confiscados por sentencia condenatoria en firme, será ejercida por el ministerio de Finanzas y pasarán a formar parte del patrimonio del Estado.
6. Se deberán reformar los delitos ahora existentes, mediante la graduación de las penas tomando en cuenta: (i) el rol de la persona dentro del proceso delictivo, así quienes vendan, transporten en sus cuerpos o en general, quienes realicen operaciones de poca importancia, tendrán penas radicalmente diferentes a quienes dirijan, financien o se enriquezcan por estas actividades; y, (ii) de acuerdo con la cantidad de droga que la persona posea o movilice.
7. Los delitos relacionados a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas deberán ser introducidos al Código Penal.
8. Se deberá crear un sistema que deje exentas del delito de tenencia de drogas a quienes las consuman ocasionalmente o por razón de su adicción.
9. En razón al principio de necesidad, y tomando en cuenta la competencia de la víctima, se deberán disminuir todas las penas contempladas en la actual ley, convirtiéndolas a todas en delitos castigados con prisión; con excepción de los delitos relacionados con la dirección, financiamiento y enriquecimiento cuyas penas continuarán siendo severas, pero no podrán sin embargo ser las mismas que la de los delitos más graves dentro de nuestro sistema penal y constitucional, esto es el homicidio, la violación, asesinato, el genocidio, la tortura, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la violación.
10. Se deberá propender a la despenalización o la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad a los delitos cometidos por personas de escasos recursos económicos que realizan estas actividades con un criterio de subsistencia y no de enriquecimiento.
11. Se deberá despenalizar a los campesinos que trabajan en plantaciones de sustancias precursoras.

12. Junto a quienes dirijan, financien o se enriquezcan por delitos relacionados por el narcotráfico, deberán tener penas de la misma gravedad los agentes del Estado que (i) faciliten o se beneficien económicamente de actividades relacionadas al narcotráfico; y, (ii) los policías, fiscales y jueces que ayuden a incriminar a una persona por delitos relacionados con el narcotráfico.
13. El narcotráfico deberá ser tratado como un problema de salud pública, por lo que la prevención y el tratamiento de personas adictas y consumidores problemáticos deberá ser el eje central de la nueva ley.
14. Deberán revisarse los convenios internacionales de cooperación en materia de la lucha internacional contra el narcotráfico. En especial, deberán eliminarse las cláusulas que impongan cuotas de personas detenidas por delitos relacionados con el narcotráfico.
15. La política de combate en contra de las drogas deberá ser producto de un amplio debate social y deberá respetar los derechos y principios constitucionales; toda presión o injerencia externa deberá ser rechazada. La cooperación internacional en materia de lucha en contra del narcotráfico será aceptada sólo si respeta los lineamientos planteados por la sociedad ecuatoriana y su nueva Constitución.

X. Bibliografía

Libros y artículos

Ávila Santamaría, Ramiro, "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad", en Miguel Cabonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Bogotá, Temis, 3a. ed, 2003.

Borja, Andrés y David Cordero, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas*, 10 diciembre 2007, Internet, *www.inredh.org*.

De Greiff, Gustavo, "La Creación Legislativa de Delitos (El Delito y la Ley)", en De Greiff, Pablo y Gustavo de Greiff (compiladores), *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

Embajada de Estados Unidos de América en Ecuador, *Primer Informe al Congreso sobre la Operación de la Ley de Preferencia Comercial Andina, tal como fue Enmendada. Resumen Ejecutivo*, Internet, *http://www.usembassy.org.ec/lincolnirc/libre/documentos/ATPDEA.htm*, Acceso: 8 abril 2009.

Fajardo, Nelson, "¿Afecta la narcopolítica la situación económica?", en *Centro de Medios Independiente Indymedia*, publicado el 6 diciembre 2006, Internet, *http://colombia.indymedia.org/news/2006/12/53861.php*, Acceso: 8 abril 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, 6a. ed., Editorial Trotta, 2004.

González, Marco (editor), *Boletín Estadístico 2004-2005*, Quito, Dirección Nacional de Rehabilitación Social, 2005.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

Nino, Carlos Santiago, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ´las acciones privadas de los hombres´?", en De Grieff, Pablo y Gustavo de Greiff (compiladores), *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Thoumi, Francisco, "Las políticas contra las drogas, reformas y relaciones Colombo-Americanas", en Camacho Guizado, Álvaro (editor), *Narcotráfico: Europa, EEUU, América Latina*, Barcelona, Ediciones Universitat, 2006.

Torres Angarita, Andreina, *Drogas, cárcel y género en Ecuador: la experiencia de mujeres "mulas"*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2008.

Youngers, Coletta A. yEileen Rosin, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*, Washington D.C., Washington Office on Latin America (WOLA), noviembre 2004.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, EDIAR, 2003.

———, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2005.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador,* Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 junio 2005, Serie C No. 129.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 21 noviembre 2007, Serie C No. 170.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, Sentencia de 2 septiembre 2004, Serie C No. 112.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador,* Sentencia de Fondo de 12 noviembre 1997, Serie C No. 35.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 7 septiembre 2004, Serie C No. 114.

Tratados internacionales

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Carta de las Naciones Unidas.

Convenio de Cooperación entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América relacionado al fortalecimiento de la capacidad institucional de la República del Ecuador para controlar la producción y tráfico ilícito de drogas, publicado en el Registro Oficial No. 703 del 13 noviembre 2002.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Enmienda al Convenio de Cooperación entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América relacionado al fortalecimiento de la capacidad institucional de la República del Ecuador para controlar la producción y tráfico ilícito de drogas, publicado en el Registro Oficial No. 505 del 7 agosto 2005.

Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente, *Indulto a personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Montecristi, 4 julio 2008, Internet, http://asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/resolucion_mulas_04-07-2008.pdf*, acceso: 6 junio 2009.
Código Penal.
Constitución de la República del Ecuador de 2008.
Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Prensa

"Dos artículos sembraron la discordia en el Comité", El Comercio (Quito), 8 diciembre 2005, Internet,*http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=138729&anio=2005&mes=8&dia=12*, Acceso: 8 abril 2009.
"Gobierno sin plan B, si no se renueva el Atpdea", Hoy (Quito), 18 mayo 2007, Internet, *http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-sin-plan-b-si-no-se-renueva-el-atpdea-267323-267323.html*, Acceso: 8 junio 2009.
Villamarín Pulido, Luis Alberto, "De la narcopolítica a la parapolitica", *El Tiempo* (Bogotá), 16 mayo 2007, Internet, *http://www.eltiempo.com/participacion/blogs/default/un_articulo.php?id_blog=3550793&id_recurso=350001210*, Acceso: 8 abril 2009.

Los daños colaterales de la "guerra contra las drogas" impulsada por Estados Unidos*

Coletta A. Youngers

Sumario:

I. Evaluando las políticas antidrogas de los Estados Unidos. **II.** Los daños colaterales. **2.1.** El papel de las fuerzas militares. **2.2.** El papel de la Policía. **2.3.** Violaciones a los derechos humanos. **2.4.** Restricciones a las libertades civiles. **2.5.** Fomento de la inestabilidad política. **2.6.** El debilitamiento de las facultades de decisión de los gobiernos nacionales. **2.7.** Transparencia y rendición de cuentas. **2.8.** Erradicación de cultivos y programas de desarrollo alternativo. **III.** Hacia una política alternativa. **3.1.** Nuevas normas de medición. **3.2.** Mitigación de los perjuicios generados por el abuso de drogas. **3.3.** Apoyo a los gobiernos y comunidades de Latinoamérica.

A lo largo de América Latina, la frustración respecto a la fracasada "guerra a las drogas" —sumada a una creciente disposición por parte de nuevos líderes políticos a confrontar anticuadas políticas estadounidenses— está llevando a algunos países a experimentar con nuevos enfoques y estrategias para abordar tanto el consumo como la producción de drogas. El presidente boliviano Evo Morales, siendo él mismo un dirigente cocalero, ha hablado

* Este artículo es una adaptación realizada para esta publicación por la Profesora Coletta Youngers, del capítulo final del libro *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005.

enérgicamente contra la erradicación forzosa de la hoja de coca, la materia prima empleada en la producción de cocaína. En contraposición a dicho enfoque, su gobierno está permitiendo una producción limitada de la hoja de coca, a cambio de reducciones voluntarias de producción "excedente" — una estrategia que hasta el momento viene dando mejores resultados que las políticas de tolerancia cero favorecidas por Washington para contener la producción de coca. Países tan diversos como Brasil, Argentina y México han promulgado leyes, o las vienen elaborando, para descriminalizar el consumo de drogas, tratándolo como un tema de salud pública antes que como un delito.

Sin embargo, ningún país ha ido tan lejos como Ecuador en la implementación de reformas significativas de políticas contra las drogas. La nueva constitución explícitamente declara que el consumo de drogas ha de ser tratado como problema de salud pública, no como un delito. Por añadidura, la política de indulto a quienes realizan la función de "mulas" (transportando cantidades pequeñas de drogas) constituye un modelo para otros países a lo largo de la región. Reconoce el grave problema de ausencia de proporcionalidad en las sentencias por esta causa. Quienes han cometido delitos deben ser sancionados, pero dicha sanción debe guardar proporción con la gravedad de la falta. Al momento de escribir este documento, se viene preparando nueva legislación para asegurar la proporcionalidad de las sentencias, y para alinear las leyes antidrogas en Ecuador con los estándares internacionalmente reconocidos de derechos humanos y debido proceso. Finalmente, la decisión de no renovar el contrato que permite a los Estados Unidos operar la base aérea de Manta, la base estadounidense en el exterior más prominente en Sudamérica, cuestiona la militarización de la guerra contra las drogas de los Estados Unidos.

En pocas palabras, las políticas para el control de drogas vienen siendo definidas en La Paz, Quito o Buenos Aires, en lugar de en Washington. Conviene a la nueva administración Obama considerar seriamente estos incipientes movimientos de reforma mientras desarrolla sus propias políticas para el control internacional de drogas. Aunque es demasiado pronto para determinar la dirección que tomará la revisión de dichas políticas, la secretaria de Estado, Hillary Clinton, dio un significativo paso adelante al decir en marzo de 2009, mientras se dirigía a México, que "claramente lo que hemos estado

haciendo no ha funcionado", y que la propia "demanda insaciable [de los Estados Unidos] por drogas ilegales alimenta el tráfico de drogas"[1].

Desde 1989, la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) ha monitoreado y evaluado el impacto de las políticas de control internacional de drogas de los Estados Unidos. Preocupados por el daño colateral de la llamada guerra contra las drogas, WOLA lanzó en 2002 una investigación de tres años de duración sobre el impacto de las políticas de los Estados Unidos para el control de drogas sobre los derechos humanos y la democracia en América Latina, prestando especial atención a cómo las políticas antidrogas han afectado a las fuerzas armadas, las fuerzas policiales, y los sistemas judicial y legal en la región. Se emprendió estudios de caso en Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú y el Caribe. Los resultados finales fueron publicados en 2005 en un libro titulado: *Drogas y Democracia en América Latina: El Impacto de la política de Estados Unidos*[2]. El daño colateral de la guerra de los Estados Unidos contra las drogas documentado en este libro, brinda evidencia convincente sobre la necesidad de desarrollar nuevas estrategias antidrogas, y debe ser tomado en cuenta al diseñar enfoques alternativos que sean tanto más humanos como más efectivos. A continuación se presenta un resumen de las principales conclusiones presentadas en el último capítulo del libro[3].

I. Evaluando las políticas antidrogas de los Estados Unidos

El objetivo fundamental de la política antidrogas internacional impulsada por Estados Unidos es reducir la oferta de sustancias ilícitas. La teoría tras esta estrategia es que la reducción en la oferta resultaría en el incremento de los precios y la concomitante reducción en la demanda para los productos, ya que sería menor la cantidad de personas que pueden o quieren pagar los

1 Mary Beth Sheridan, *"Clinton: U.S. Drug Policies Failed, Fueled Mexico's Drug War," The Washington Post*, 26 marzo 2009.

2 Coletta A. Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina: El Impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Biblos, 2005. La versión en inglés fue publicada este mismo año por Lynne Rienner Publishers, Inc.

3 Coletta A. Youngers, "Los daños colaterales de la 'guerra contra las drogas' impulsada por los Estados Unidos: conclusiones y recomendaciones", en Youngers y Rosin, *op. cit.*

costos para consumirlos. Hasta la fecha, sin embargo, la evidencia indica claramente que estas políticas que se han enfocado en la oferta no han producido impactos significativos en la accesibilidad o el precio de las drogas en Estados Unidos. Desde mediados de los 80, los precios de las drogas ilegales han disminuido en forma constante, mientras la oferta sigue abundante. Las fluctuaciones que se detectan en el consumo no parecen estar relacionadas con ninguno de los dos mencionados indicadores. En suma, existe una brecha enorme entre los objetivos declarados de las políticas antidrogas de Estados Unidos y los resultados concretos que se han logrado desde que se lanzó la "guerra contra las drogas" al inicio de los 70.

Los partidarios de priorizar los esfuerzos para reducir la oferta plantean que si no existiesen programas internacionales de lucha contra las drogas se agudizarían los problemas relativos a su producción y consumo. Añaden que si se abandonasen dichos programas la situación se deterioraría y el nivel de disponibilidad de las sustancias ilegales sería aún mayor. En suma, sostienen que incluso los efectos marginales de estas medidas son mejores que nada. Sin embargo, este razonamiento carece de una evaluación honesta de los daños colaterales causados por las medidas implementadas, y si estos daños son más grandes que los discutibles beneficios. De hecho, los daños colaterales generados por las políticas estadounidenses son extensivos, y su impacto negativo en los pueblos y países en los que se libra la guerra contra las drogas se siente en todo el hemisferio.

También son extensivos los perjuicios producidos por el tráfico de drogas en sí y por la violencia que éste genera. El narcotráfico engendra delincuencia, agrava la violencia política y criminal y alimenta a los grupos armados, además de agudizar los problemas relativos a la seguridad ciudadana, al orden público y, en términos amplios, a la aplicación de la ley. La corrupción creada por el tráfico de drogas debilita aún más a los gobiernos nacionales y locales en toda la región, así como a sus poderes judiciales y fuerzas policíacas. La producción de cocaína es perjudicial para el medioambiente y las ganancias que se derivan de ella distorsionan las economías locales.

El consumo de drogas ilícitas, otrora considerado un problema del "norte", prolifera ahora en forma desenfrenada en la región. Un efecto especialmente malsano es que quienes participan en redes locales de tráfico de drogas a menudo no reciben su pago en dinero, sino en drogas que luego

venden en la calle, estimulando así su consumo y generando nuevos mercados; todo esto se acompaña por una escalada en la tasa de comisión de crímenes violentos. El tejido social está hecho trizas, especialmente en las zonas urbanas de escasos recursos, en donde generalmente se registran los más altos niveles de consumo de drogas y de violencia relacionada con las drogas.

Sin embargo, queda aún por responder al interrogatorio de si la estrategia de la guerra contra las drogas sirve para contrarrestar dicha desintegración, o si en realidad la agrava al provocar el debilitamiento de las instituciones locales. Nuestra investigación tuvo como punto central evaluar la forma en que las tendencias democráticas y de derechos humanos en Latinoamérica y el Caribe se ven afectadas por la política internacional antidrogas estadounidense.

Si bien los efectos varían significativamente según el país y región de que se trate, los estudios de caso que presentamos en este tomo arrojan concusiones similares: las políticas estadounidenses antidrogas han contribuido a confundir y traslapar las funciones militares con las policiales, han militarizado a las fuerzas policíacas, y han insertado a las fuerzas militares en actividades de la seguridad interna. De este modo, se han fortalecido a las fuerzas militares a expensas de las autoridades civiles. También han exacerbado los problemas que siguen produciéndose en el área de derechos humanos y han generado fuertes conflictos sociales e incluso inestabilidad política. Además, han llevado a la adopción de duras leyes antidrogas que en su mayoría no cumplen los principios mínimos del debido proceso legal. También, los programas y políticas antidrogas instrumentados por Estados Unidos carecen de mecanismos que aseguren la transparencia y la rendición de cuentas. Aun en los casos en que los funcionarios del área de control del tráfico de drogas reconocen los daños que causan dichas políticas, descartan su importancia, señalando que se trata de consecuencias secundarias de una misión prioritaria.

Para demostrar el "éxito", los funcionarios gubernamentales señalan las hectáreas de coca que fueron erradicadas, los laboratorios de cocaína que se destruyeron, las personas detenidas y la cantidad de incautadas. Tal éxito asegura la continuidad de recursos en un momento en que muchas agencias del gobierno se enfrentan a recortes presupuestarios. Este tipo de datos estadísticos puede ser impresionante en la vista pública y transmitir una sensación de actividad, pero no indican si las tácticas empleadas se traducen en avances hacia la consecución de los objetivos básicos de las políticas. Es decir, los indicadores que general-

mente se utilizan para medir la efectividad de las políticas internacionales de combate al tráfico de drogas no corresponden directamente al problema.

Una evaluación seria de las estrategias actuales acompañada de un debate abierto podría llevar a la construcción de una política alternativa que resulte más eficaz y humana. Dicha política debe partir de la premisa de que si bien el control del abuso de las drogas constituye un objetivo importante y legítimo, seguirán produciéndose tales drogas siempre que exista la demanda. En consecuencia, el objetivo debe ser la reducción de la demanda y de los daños que causan las drogas a las personas y a la sociedad. Quienes formulan las políticas deben procurar minimizar las consecuencias negativas generadas por la producción y consumo de sustancias ilegales y por las estrategias desarrolladas para su control dentro de los Estados Unidos y en el exterior.

II. Los daños colaterales

El narcotráfico y el abuso de las drogas representan desafíos claros para los gobiernos y las comunidades del hemisferio occidental. Actividades coordinadas de aplicación de la ley encabezadas por las fuerzas policiales (y no militares) son indispensables para enfrentar el fenómeno del crimen transnacional. Sin embargo, hay serias inquietudes en cuanto a las diversas formas en que las políticas estadounidenses antidrogas están minando a la democracia y al desarrollo democrático. Entre dichas inquietudes se hallan las siguientes: la expansión del papel de las fuerzas militares en los esfuerzos antidrogas; los roles inadecuados que se asigna a la policía; las violaciones a los derechos humanos; las restricciones de las libertades civiles; el fomento de la inestabilidad política; la socavación de los sistemas de toma de decisiones en el ámbito local; la falta de transparencia y de mecanismos de rendición de cuentas; y los abusos que surgen de la erradicación forzosa de los cultivos que se utilizan en la producción de drogas.

2.1. El papel de las fuerzas militares

Con la intensificación de la epidemia del *crack* en Estados Unidos y el fracaso de los esfuerzos policiales, que no lograron hacer mella en el floreciente ne-

gocio del narcotráfico, los políticos de Washington promovieron una mayor participación de las fuerzas militares de Estados Unidos y de América Latina para encarar la potencia de fuego de los traficantes. El Congreso le confirió al Pentágono el rol protagónico en la detección y monitoreo de las drogas destinadas al territorio estadounidense, y le otorgó la autoridad para utilizar su presupuesto para el entrenamiento y equipamiento de fuerzas de seguridad extranjeras para usos antidrogas. Como resultado de ello, el Departamento de Defensa diseñó programas de ayuda y capacitación en materia antidrogas dirigidos tanto a las fuerzas militares, como a las policiales de la región.

El creciente protagonismo que se le da a las fuerzas militares para que desempeñen un papel principal en la lucha contra el tráfico de drogas despertó a los líderes cívicos de la región. Las vivencias de golpes de estado militares están muy frescas, así como otras formas de intervención política y, quizá lo más perturbador, las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas para combatir la "subversión" interna. Al brindar los recursos, entrenamiento y justificación doctrinaria para que las fuerzas militares desempeñen un papel importante en las operaciones antidrogas locales, parecía que los Estados Unidos legitimaba de nuevo la participación de las fuerzas militares latinoamericanas en funciones de seguridad interna, ahora dirigidas contra nuevos enemigos. Además, Estados Unidos brindó la ayuda aunque existía (y existe) una flagrante falta de mecanismos suficientes de control civil, de transparencia y de rendición de cuentas.

La ampliación de la presencia militar estadounidense resulta más obvia en Colombia, pero también es evidente en otras zonas estudiadas. Luego de que Estados Unidos se retirase de la zona del Canal de Panamá en 1999, se produjo el traslado de una cantidad importante de recursos de infraestructura y de efectivos estadounidenses a Puerto Rico. Estados Unidos también estableció centros de operación de avanzada (que ahora se denominan zonas de seguridad cooperativa) en Ecuador, El Salvador, Aruba y Curazao, que son bases alquiladas por las fuerzas militares estadounidenses para la ejecución de misiones de detección y control del tráfico de drogas

Las fuerzas militares sí tienen un papel legítimo en la detección y supervisión del flujo de drogas. Sus operaciones de interdicción en zonas marítimas, aéreas y de frontera encajan claramente en la misión tradicional de los cuerpos castrenses.

Siempre y cuando se ejecuten bajo la dirección de líderes civiles, con los adecuados controles, transparencia y protecciones a los derechos humanos, tales programas no estorban el desarrollo democrático. A la vez, la participación militar en las actividades antidrogas debe ser coordinada con las autoridades policiales que en última instancia son las responsables de ejecutar las detenciones y demás medidas de control local del tráfico de drogas. Sin embargo, la política antidrogas de Estados Unidos ha fomentado una incorporación de las fuerzas militares latinoamericanas en las operaciones de seguridad interna y de aplicación de la ley.

En cada uno de los países estudiados que recibe una ayuda estadounidense importante para el combate al tráfico de drogas, ésta resultó decisiva para que las fuerzas militares fueran incorporadas en funciones de aplicación de la ley interna y ha generado una confusión de roles, así como conflictos, entre los cuerpos castrenses y los policíacos. En México y Ecuador, los militares y la policía realizan operaciones conjuntas. Con frecuencia se recurre a las fuerzas castrenses para mantener el orden público cuando se suscitan conflictos por la política de erradicación de coca, como sucede a menudo en la zona de Chapare, en Bolivia.

La responsabilidad del diseño, implementación y supervisión de las políticas antidrogas debe estar en manos de las autoridades civiles nacionales. Sin embargo, los funcionarios de países como Perú, Bolivia y Ecuador se quejan, en forma extraoficial, de que las fuerzas locales antidrogas se reportan en primer lugar a la embajada estadounidense, dejándolos fuera del circuito de información. Además, las fuerzas policíacas y militares a menudo negocian los paquetes de ayuda y de entrenamiento directamente con Washington, con poca participación de las autoridades civiles. En algunos países se ha designado a funcionarios de las fuerzas policíacas o militares para dirigir organismos civiles antidrogas de importancia clave.

El carácter confidencial de los programas antidrogas puede llegar a exacerbar aún más los problemas de la falta de control civil y la impunidad en el seno de las fuerzas militares, contribuyendo así a la proliferación de la corrupción en circunstancias en que el personal castrense disfrute de un contacto más directo con el tráfico de drogas. El caso de Perú sirve de ejemplo. A principios de la década de 1990, a instancias de funcionarios estadounidenses, el presidente Fujimori confirió a las fuerzas armadas un papel clave

en la lucha contra el tráfico de sustancias ilícitas, lo cual generó una corrupción individual e institucional de carácter endémico cuya magnitud se hizo evidente sólo después de la caída de su gobierno. En la actualidad hay decenas de generales y altos funcionarios militares y policiales que enfrentan juicios por corrupción, tráfico de drogas y violaciones a los derechos humanos.

2.2. El papel de la Policía

Hacerle frente a las redes delictivas, ya sean éstas de tráfico de drogas, de contrabando o de otra naturaleza, es competencia principalmente de las fuerzas policiales, y en el momento actual, se trata de una labor ciclópea en Latinoamérica y el Caribe. La Organización Mundial de la Salud califica a América Latina y África como las regiones más violentas del mundo según datos estadísticos sobre homicidios[4]. A medida que aumenta la preocupación ciudadana en cuanto a la seguridad, los gobiernos y las comunidades locales esperan que la policía (y, a veces, las fuerzas militares) aplique medidas duras para mantener del orden público. En algunos casos los ciudadanos deciden actuar por cuenta propia, lo cual, en ocasiones, genera terribles situaciones de violencia, como el linchamiento de delincuentes sorprendidos en flagrante delito.

Dado este contexto, no es difícil comprender las razones por las cuales los gobiernos recurren a medidas duras y represivas para la aplicación de la ley. A pesar de ello, la experiencia recabada a la fecha respecto de dichas prácticas indica que los ocasionales éxitos a corto plazo pocas veces son sostenibles. En última instancia, las fuerzas policíacas, y los poderes judiciales también, deben ser objeto de una profunda reforma que permita el arraigo del estado de derecho. Con frecuencia, ante situaciones de delincuencia y violencia, los temas de reforma y fortalecimiento de las instituciones a largo plazo pasan a segundo plano, cediendo su lugar a tácticas policíacas cortoplacistas y de línea dura. Se debe buscar un mejor equilibrio para el uso de las dos estrategias.

El simple traspaso de los recursos del control antidrogas de las fuerzas militares a las policíacas no representa una respuesta inmediata al problema, ya que las policías de la región aún son abusivas y corruptas, y en ocasiones

4 Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Ginebra, 2002, p. 7.

han adoptado características paramilitares perturbadoras. En el marco antidroga, Estados Unidos entrenó cuerpos de policía locales en técnicas contrainsurgentes y otras no apropiadas para el desempeño de actividades policiales en ámbitos civiles y democráticos. A modo de ejemplo, el entrenamiento en infantería liviana que brindan las Fuerzas Especiales de Estados Unidos incluye "tácticas de unidades pequeñas, tales como la evasión, las maniobras y las emboscadas; tácticas de escuadrón y de pelotón… y combate en terrenos difíciles, como los selváticos"[5].

La política estadounidense antidrogas y, en particular, el entrenamiento de las policías por fuerzas militares, van directamente en contra de los esfuerzos de los países para profesionalizarlas y someterlas al control civil. Las lecciones aprendidas durante recientes esfuerzos para construir fuerzas policíacas democráticas en situaciones pos-conflicto señalan la importancia de la supervisión, de la rendición de cuentas y de la transparencia, así como el respeto a los derechos humanos, la desmilitarización de las estructuras de comando y de los papeles de las policías locales, y la capacidad de respuesta frente a las comunidades a las que sirven. A menudo, los programas de ayuda antidrogas estadounidenses buscan resultados a corto plazo en detrimento de los esfuerzos a largo plazo que son necesarios para lograr la reducción de la corrupción y el fortalecimiento del empeño policial. De cara al futuro, las políticas antidrogas de Estados Unidos se verían más beneficiadas por la promoción de fuerzas policiales reformadas, democráticas y responsables.

2.3. Violaciones a los derechos humanos

A fin de fomentar su política de control del tráfico de drogas, el gobierno estadounidense forjó alianzas con fuerzas policíacas y militares que poseen un historial de derechos humanos cuestionable y, en ciertos casos, deplorable. Si bien en ocasiones se reconoce el problema de los derechos humanos, generalmente los gobiernos y las fuerzas de seguridad reciben el entrenamiento y la ayuda antes de haber dado señales claras de su voluntad política para cambiar los patrones abusivos del pasado. Además, en diferentes momentos, los sucesivos gobiernos estadounidenses han desenfatizado o desvirtuado las

5 Descripción de actividades de entrenamiento, de una entrevista de WOLA/CIP al Comando Sur de Estados Unidos, junio 2002.

situaciones de derechos humanos con el objeto de lograr que el Congreso apoyase los programas de ayuda antidrogas. En algunos casos, Estados Unidos aún proporciona asistencia a fuerzas que poseen un historial de impunidad y de violación a los derechos humanos, y en otros, la política de dicho país genera directamente abusos de los mencionados derechos.

Si bien la cantidad total de ejecuciones extrajudiciales y de desapariciones forzadas ha disminuido notablemente en la región, son pocos los países que han realizado el procesamiento eficaz de los autores de violaciones de los derechos humanos. Aun aquellos que procuraron la "verdad" confrontan ahora nuevas demandas de "justicia", como en los casos de Argentina y Chile. Las condiciones que facilitaron la comisión de las violaciones a los derechos humanos, entre las cuales se puede nombrar la falta de control de las fuerzas militares por parte de las autoridades civiles, la impunidad militar y la debilidad de los poderes judiciales, se hallan aún vigentes en gran medida. En consecuencia, la política antidrogas de Estados Unidos se aplica en países que carecen de mecanismos adecuados para la protección de los derechos humanos o para asegurar el procesamiento de quienes los violen.

De todo el hemisferio, Colombia es la principal beneficiaria de programas de entrenamiento y de ayuda militar estadounidense para combatir el tráfico de drogas. Sin embargo, es el país que presenta una de las peores situaciones en materia de derechos humanos. Entre las violaciones a los principios del derecho internacional humanitario que cometen rutinariamente los grupos ilegales armados, la guerrilla y los cuerpos paramilitares de derecha, se hallan masacres, ejecuciones y ataques indiscriminados que afectan a civiles no combatientes. Es casi absoluta la impunidad que existe para con los responsables de dichos abusos, especialmente los que pertenecen a las fuerzas armadas. La colusión entre los miembros de las fuerzas de seguridad y los paramilitares de derecha, muchos de los cuales han sido implicados en el tráfico de drogas, ocurren con una frecuencia inquietante. Los defensores de los derechos humanos han planteado reiteradamente que el fin de la impunidad y la extinción de los vínculos entre los militares y los paramilitares deben ser condiciones previas para la ayuda militar estadounidense. No obstante ello, durante la segunda mitad de la década de los 90, el respaldo militar de Estados Unidos a Colombia aumentó en forma constante y culminó en el Plan Colombia, que aún sigue en plena vigencia.

En Bolivia, antes de la elección del presidente Evo Morales, los esfuerzos para combatir el narcotráfico promovidos por Estados Unidos generó violaciones a los derechos humanos de los cocaleros de la región de Chapare a manos de las fuerzas locales de seguridad. En el Chapare, hubo un perturbador patrón de asesinato, maltrato y abuso a sus habitantes. Debe notarse además que las principales víctimas no fueron narcotraficantes sino agricultores pobres que a duras penas logran subsistir mediante la producción de coca. Los esfuerzos para cumplir con las metas de erradicación de coca impuestos por Estados Unidos causaron fuertes conflictos sociales y situaciones de violencia. Entre 1997 y 2004 fueron asesinados 33 cocaleros y 27 policías y militares, en tanto que 567 cocaleros y 135 policías y militares resultaron lesionados[6].

Perú presenta un panorama un tanto diferente. Allí, el gobierno estadounidense prestó ayuda antidrogas al Servicio de Inteligencia Nacional, a pesar de las crecientes pruebas que indicaban que dicha institución había participado en escuadrones de la muerte, y los atropellos a la democracia que ayudó a orquestar. El zar antidrogas peruano, Vladimiro Montesinos, mantenía una relación de trabajo con la CIA y tuvo un importante respaldo político de parte de funcionarios estadounidenses clave. Sin embargo, Montesinos parece haber acumulado una fortuna multimillonaria a través del tráfico de drogas y de otras actividades de corrupción, entre estas la venta de armas a las FARC colombianas. En resumen, trabajaba con los objetivos declarados de la política antinarcóticos de Estados Unidos.

La política exterior de Estados Unidos, incluso la relativa a la lucha contra el tráfico de drogas, debe estar regida por los principios y normas de derechos humanos. Al fin y al cabo, el hecho de que Estados Unidos dé ayuda a fuerzas militares o policíacas que no operen dentro del marco del estado de derecho resulta moralmente incorrecto y, a la larga, contraproducente.

2.4. Restricciones a las libertades civiles

La política estadounidense antidrogas ha fomentado también la adopción de duras leyes antinarcóticos que se hallan enfrentadas a los principios y normas

6 Defensoría del Pueblo para el Chapare, enero 2004.

internacionales básicas de debido proceso legal, además de debilitar las ya tenues libertades civiles. En casi todos los países estudiados se aprobaron tales leyes, que generalmente generaron el establecimiento de tribunales o de procesos que restringen en gran medida las garantías del debido proceso, tales como la presunción de inocencia, el derecho a una defensa adecuada y el principio de que la pena debe ajustarse a la gravedad del delito. A menudo dicha legislación se inspira directamente en la estadounidense; en ocasiones se va más allá, cuando los funcionarios locales intentan complacer a Washington con su fervor.

Ecuador y Bolivia sancionaron leyes respaldadas por Estados Unidos que preveían niveles tan bajos de las pruebas necesarias para una condena que los abogados de derechos humanos en dichos países denunciaron que sus defendidos se veían obligados a probar su inocencia. Con base en el sistema estadounidense, se diseminó en toda la región la implementación de duras leyes que prevén condenas mínimas obligatorias. En Ecuador, la norma legal establece una condena de prisión de un mínimo de diez y un máximo de veinticinco años para los delitos relativos a las drogas, sin diferenciar a las "mulas", es decir, quienes reciben un pago por transportarlas, de los pequeños traficantes o de los grandes capos del mundo de las drogas: todos son sujetos a una condena mínima de 10 años.

La legislación antinarcóticos, que incluye las leyes de las condenas mínimas obligatorias así como la imposición de cuotas numéricas para las detenciones, ha sido responsable de llenar las prisiones de los países de la región de delincuentes menores (e incluso de inocentes) que tienen pocas posibilidades de acceder a una adecuada defensa legal. En algunos países sólo se condena a un pequeño porcentaje de los detenidos, en tanto que en otros los índices de condena son pasmosamente altos. La corrupción omnipresente y los poderes judiciales débiles hacen que pocas veces se sancione a los grandes narcotraficantes. En los casos en que sí se los pena, usualmente reciben condiciones de encarcelamiento mucho más aceptables, dado que cuentan con los recursos para adquirir una amplia gama de servicios.

Los esfuerzos de reforma de la justicia son esenciales para garantizar que se respeten las libertades civiles y los principios del debido proceso legal, sirviendo además para asegurar el procesamiento efectivo de los culpables de la comisión de delitos graves. Las experiencias pasadas demuestran que es de

vital importancia que exista una voluntad política de reforma por parte de los gobiernos beneficiarios, siendo también crucial el papel de las organizaciones de la sociedad civil en cuanto a la conservación del ímpetu para el cambio y en la contribución de sus aportes al proceso.

2.5. Fomento de la inestabilidad política

Si bien redunda en el interés de Estados Unidos que en el hemisferio existan gobiernos democráticos estables, sus políticas internacionales de control de las drogas pueden llegar a tener efectos profundamente desestabilizadores en el campo político y en el económico. Incluso en los casos en que la inestabilidad política y económica es generada por la ejecución de políticas antidrogas, en general quienes las formulan en Estados Unidos no las ajustan a las realidades e impactos en los países donde se ejecutan. Especialmente en la convulsionada región andina, puede ser que dichas políticas incluso estén desestabilizando democracias ya de por sí bastante frágiles.

Las políticas antidrogas ya han contribuido a la caída de un gobierno en Bolivia. En momentos claves en que el gobierno del presidente Gonzalo Sánchez de Lozada intentaba negociar con los cocaleros, Estados Unidos presentó sus objeciones al respecto, obligando a que en última instancia se suspendiesen las negociaciones y socavando las posibilidades de solucionar un conflicto continuo. La constante presión de Estados Unidos para que Sánchez de Lozada cumpliese con las metas antidrogas, a pesar de la agitación social generalizada, generó más protestas y descontento. La oposición local a las políticas antidrogas de Estados Unidos, alimentada en parte por la convicción entre muchos bolivianos de que eran ellas las que contribuían al malestar económico del país, fue un factor importante en la caída del gobierno de Sánchez de Lozada en octubre de 2003.

En los países productores de coca, el uso de términos retóricos como "narcoterrorista" caracteriza a los pequeños cocaleros como amenazas militares, sugiriendo que de alguna forma se encuentran relacionados con las redes terroristas internacionales. También los pinta como delincuentes, en lugar de interlocutores válidos, de forma tal que se tacha de ilegítimo todo esfuerzo de diálogo y de búsqueda de concertación. Esta circunstancia, a su vez, marginaliza a importantes sectores de la población y crea situaciones en

las cuales la violencia y el conflicto son prácticamente inevitables. Las consecuencias políticas de hacer caso omiso de grandes sectores de la sociedad pueden ser explosivas.

Latinoamérica y la guerra contra las drogas han perdido terreno político en Washington luego de los acontecimientos del 11 de septiembre. La atención de quienes formulan las políticas se concentra ahora en otras zonas del mundo y en la amenaza terrorista, en tanto que América Latina y el Caribe han pasado a ocupar los últimos lugares en la agenda de política exterior estadounidense. Como respuesta a esta situación, los funcionarios encargados de las políticas de Estados Unidos en la región buscan llamar la atención y conseguir recursos a través de incluir un sinnúmero de temas relacionados al terrorismo o el narcoterrorismo. Muchos funcionarios de Estados Unidos ahora califican a toda actividad ilícita transfronteriza como una amenaza terrorista, como es el caso de la producción y tráfico de drogas, la inmigración ilegal, el tráfico de armas y el lavado de dinero. Si bien es posible que las actividades ilícitas internacionales puedan utilizarse para respaldar al terrorismo, América Latina no es el Medio Oriente. La caracterización de estos problemas como amenazas terroristas no sólo no resulta útil sino que además puede ser un factor de desestabilización. El Comando Sur de Estados Unidos tomó un paso más allá cuando indicó que las drogas constituían un "arma de destrucción masiva"[7]. Este tipo de retórica fomenta la histeria y la idea de que Estados Unidos debe protegerse a toda costa de este producto malvado que emana de la región, aplicando a esos efectos su política antinarcóticos en Latinoamérica.

2.6. El debilitamiento de las facultades de decisión de los gobiernos nacionales

La política antidrogas estadounidense también socava el desarrollo democrático de la región en otros aspectos. Los países latinoamericanos tienen una larga historia de grandes disparidades socioeconómicas. Los sistemas de gobierno han sido elitistas y clientelistas, en donde la mayor parte de la riqueza y del poder se halla en manos de un segmento muy pequeño de la población.

7 *United Press International*, "DOD Wants More Forces for Colombia", 21 marzo 2004.

Las legislaturas son débiles y a menudo ineficaces, en tanto que la fuerza política se halla concentrada en el poder ejecutivo. Hay pocas posibilidades de que la ciudadanía participe del proceso de formulación de políticas y no existen mecanismos eficaces para la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos. Si bien dichos problemas no fueron causados por las políticas antidrogas de Estados Unidos, éstas generalmente se aplican en formas que exacerban las características negativas del *statu quo* socioeconómico y político. Además, la forma en que Washington ha ejecutado sus políticas antidrogas ha sido poco democrática, que a menudo eluden los controles legislativos o el debate público en los países afectados.

Mediante su influencia diplomática y económica, con frecuencia Estados Unidos ha logrado dictar las políticas antidrogas de los países del hemisferio, a menudo a pesar de las objeciones de importantes sectores del gobierno y de la sociedad civil, y en ocasiones provocando la desviación de los ya escasos recursos de otras prioridades nacionales. En cada uno de los países estudiados que recibe un nivel significativo de ayuda estadounidense para el combate al tráfico de drogas, los funcionarios de Estados Unidos negocian los programas y políticas antidrogas en forma directa con un pequeño grupo de miembros de las elites políticas locales y con las fuerzas militares y policiales del país de que se trate. No hay casi lugar para el control legislativo, para el debate público ni para la interacción con los actores de la sociedad civil.

Quienes formulan las políticas estadounidenses exhortan a los demás países a que reformen sus estructuras policiales, sus legislaciones antidrogas, sus sistemas judiciales y sus políticas de salud pública y desarrollo rural. Estados Unidos proporciona ayuda económica y técnica a fin de que se ejecuten dichas reformas, la cual puede denegarse si los países no se ajustan a las estrategias señaladas.

Algunos países, en especial los de la región andina, optan por cooperar con las políticas antidrogas de Estados Unidos para evitar sanciones económicas, comerciales y de otra naturaleza. Los encargados de la toma de decisiones rara vez hacen participar al poder legislativo, y mucho menos a la ciudadanía, en los debates sustanciales sobre el tema. En ocasiones se eluden adrede los procesos de aprobación legislativa previstos por las constituciones. A modo de ejemplo, Estados Unidos y Ecuador celebraron un acuerdo para establecer un centro de operación avanzada en Manta sin contar previamente

con la autorización del Congreso, conforme lo exige la constitución ecuatoriana. En algunos países, las leyes antidrogas basadas en sus homólogas estadounidenses se presentan a las legislaturas a efectos de su mera aprobación rutinaria. Ninguno de los países latinoamericanos y del Caribe objeto de este estudio mostró pruebas de contar con un control legislativo serio de las políticas de combate al tráfico de drogas.

Una de las principales amenazas que utiliza Washington es el proceso de certificación anual, al negar ayuda y beneficios comerciales por parte de Estados Unidos a aquellos países que, según estima, no hacen su parte en la lucha contra las drogas. Si bien recientemente se han realizado modificaciones legislativas que han logrado que el proceso sea menos ofensivo, en esencia dichas modificaciones no derogaron el principio de calificación anual, según el cual el mayor consumidor mundial de drogas evalúa el desempeño de los otros países en el esfuerzo de limitar el suministro de las mismas. Para la región andina, los beneficios comerciales de Estados Unidos se hallan directamente vinculados con el objetivo de erradicar las plantaciones de coca y con otras metas antidrogas, conforme lo establece explícitamente la Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de la Droga (ATPDEA).

2.7. Transparencia y rendición de cuentas

Si bien es cierto que los gobiernos que reciben ayuda estadounidense a menudo se caracterizan por una falta de transparencia y de supervisión eficaz, también en los Estados Unidos los programas de ayuda antidrogas generalmente carecen de mecanismos de supervisión efectiva. Las varias decenas de programas y organismos gubernamentales que participan en los esfuerzos de control de drogas dificultan la determinación de los gastos correspondientes y la fiscalización de los mismos. Resulta particularmente complicado obtener información sobre programas militares y policiales. En 2003 el Congreso de Estados Unidos eliminó el requisito de que el Departamento de Defensa diese cuenta de los gastos relativos al entrenamiento y equipamiento de fuerzas de seguridad extranjeras. Luego del 11 de septiembre la mayor parte de la información sobre la capacitación por parte de las Fuerzas Especiales (que es significativa en Latinoamérica) recibió la calificación de información clasificada.

La falta de informes adecuados sobre la ayuda militar, policial y de entrenamiento que brinda Estados Unidos impide que exista transparencia respecto de los esfuerzos que realiza dicho país, así como una efectiva rendición de cuentas cuando no logran cumplirse los objetivos deseados o surgen consecuencias negativas. La fiscalización por parte del Congreso y la posibilidad de que las organizaciones de la sociedad civil evalúen los programas respaldados por Estados Unidos constituyen aspectos esenciales para que pueda asegurarse un uso eficaz y eficiente de los recursos. También son necesarios para garantizar que el financiamiento estadounidense sirva a la consecución de sus políticas y para que dicha ayuda no se utilice en formas lesivas al fomento de los derechos humanos, del estado de derecho y de los principios democráticos.

La supervisión de determinados programas de control del tráfico de drogas por parte del poder legislativo estadounidense es difícil en sí, además de ser particularmente ineficaz en lo que respecta a los programas del Departamento de Defensa y de la Administración Antinarcóticos (DEA, por sus siglas en inglés). Aparte de ordenar la elaboración del Informe de Entrenamiento Militar Extranjero (*Foreign Military Training Report*), en donde se presenta la información anual sobre el entrenamiento militar de tropas extranjeras por parte de Estados Unidos, las correspondientes comisiones del Congreso no han realizado audiencias públicas para evaluar seriamente la efectividad de las medidas antidrogas del Pentágono. De igual modo, si bien se convoca con frecuencia a los funcionarios de la DEA para que den testimonio sobre las tendencias del tráfico de drogas y otros temas afines, no existe una evaluación significativa de los éxitos o de los fracasos de la agencia relativos a un país en particular o en forma más general. Resulta particularmente dificultoso fiscalizar los programas estadounidenses de ayuda a las fuerzas policiales, así como sus contenidos. No existen requisitos sistemáticos para la presentación de informes, y los organismos como la DEA a menudo se niegan a proporcionar hasta la información más básica.

Si es pequeña la posibilidad de fiscalización de la política antidrogas de Estados Unidos por parte de los grupos de la sociedad civil en ese país, es casi imposible en Latinoamérica y en el Caribe. Los gobiernos regionales y las embajadas estadounidenses proporcionan muy poca información a los actores de las sociedades civiles nacionales sobre el funcionamiento de la asis-

tencia o las operaciones locales estadounidenses. Como se señaló anteriormente, no sólo se desalienta el debate público de las políticas antidrogas, sino que en ocasiones se lo cercena activamente.

2.8. Erradicación de cultivos y programas de desarrollo alternativo

A largo plazo, los programas de erradicación de coca resultan fútiles. En el fenómeno conocido como el efecto globo, los esfuerzos de erradicación de cultivos estimularon la producción en otras zonas. La producción también se ha redistribuido debido a los cambios a que estuvo sujeta la industria del tráfico de drogas. En Bolivia, Perú y Colombia la erradicación forzosa ha dejado atrás al desarrollo de alternativas económicas para las familias que dependen de la producción de coca como medio de vida. En consecuencia, los agricultores buscan nuevos terrenos para plantar nuevos cultivos de coca o para reemplazar a los que fueron erradicados. Una victoria a corto plazo crea desafíos aún mayores a largo plazo a medida que se extiende la producción de coca. Además, los costos son altos: la erradicación forzosa, y en particular la fumigación aérea, muchas veces generan resultados funestos y causan malestar social, inestabilidad y violencia.

En la actualidad, Colombia es el único país de la región que permite la fumigación aérea. Dicha fumigación ha causado importantes daños a los cultivos legales (incluso aquéllos para alimentación de subsistencia), a las pasturas, a los peces, al ganado y a los proyectos de desarrollo agrícola. Los habitantes de las zonas fumigadas denuncian que con frecuencia se encuentran expuestos a las sustancias químicas utilizadas a esos efectos y que, en consecuencia, sufren de diversos problemas de salud. (La fumigación en Colombia generó también quejas similares provenientes de las regiones fronterizas de Ecuador afectadas por ella.) Asimismo, se han planteado inquietudes relativas a la forma en que la fumigación generalizada puede llegar a afectar el frágil ecosistema tropical. Por último, debe mencionarse que la erradicación por aire contribuye significativamente al desplazamiento de los pobladores de las zonas afectadas. Si bien algunos huyen a Ecuador, la mayoría se incorpora a las filas de los desplazados internos de Colombia.

La pobreza, las malas condiciones para la producción agrícola sostenible y el aumento de los cultivos ilícitos son elementos que se hallan interconec-

tados. Las regiones productoras de coca y de amapola se caracterizan por una falta de infraestructura y por un deficiente sistema de acceso. Este carácter remoto es precisamente el aspecto que hace que sea extremadamente difícil que los productos agrícolas alternativos logren acceder a los mercados. En general, los agricultores carecen de posibilidades de obtener créditos o apoyo técnico, y hay poca presencia de las agencias gubernamentales que podrían ofrecer su apoyo. La mayor parte de los pequeños productores cultivan alimentos para su subsistencia, y la coca o la amapola constituyen su única fuente de ingresos en dinero efectivo. Casi no existen oportunidades de ingresos no agrícolas, y cuando las hay, son extremadamente limitadas.

No sería una tarea imposible la de promover el desarrollo económico integral en estas áreas, pero cabe notar que se habla con cada vez menos frecuencia de la "sustitución de cultivos". En cuanto los donantes reconozcan que, en general, el simple reemplazo de la coca por otro cultivo o producto no resulta viable en términos económicos, cada vez más se inclinan por un desarrollo sostenible y equitativo. La promoción del desarrollo integral debe disminuir gradualmente el nivel de dependencia en la coca por parte de los agricultores mediante la creación de condiciones que permitan una mejora de la agricultura, del empleo y de la generación de ingresos en general. Las estrategias más efectivas presentarían una combinación del desarrollo agrícola y oportunidades de empleo no agrícolas. Muchos donantes reconocen también que es importante adoptar un enfoque participativo en materia de desarrollo, para aprovechar los conocimientos de los agricultores y generar proyectos más adecuados a las condiciones locales, logrando así un compromiso mayor de la población del lugar. Sólo así se puede esperar que la implementación de los proyectos rinda frutos y que haya continuidad de los esfuerzos una vez que los donantes se hayan retirado.

Cada vez más los donantes internacionales reconocen expresamente que es incompatible la ejecución simultánea de programas de erradicación de cultivos y de desarrollo alternativo. El carácter represivo del primero limita y hasta imposibilita la cooperación necesaria para la ejecución del segundo. Ningún organismo de Naciones Unidas (ONU) participa de los programas de erradicación forzosa, pero en su seno se ha producido un importante debate relativo a la relación entre dichos programas y los planes de desarrollo alternativo. En un documento de la ONU se señala: "En las zonas donde los

programas de desarrollo alternativo no hayan creado aún otras oportunidades viables de ingresos, la puesta en práctica de la erradicación forzosa pudiera hacer peligrar el éxito de dichos programas", agregando que en zonas rurales de bajos recursos "el desarrollo alternativo es una medida más sostenible, así como social y económicamente más apropiada que la erradicación forzosa"[8].

La organización de cooperación alemán, GTZ, que ha desempeñado un papel protagónico en el debate de la ONU, señala que cuando la pobreza es la causal básica de la producción, las medidas represivas de erradicación resultan inadecuadas y contraproducentes. Su amplia experiencia de trabajo en las regiones de producción de coca ha llevado al GTZ a concluir que, a pesar del tiempo que se pueda llevar para alcanzar el mismo nivel de seguridad socioeconómica que brinda la producción de coca en una nueva actividad, tal estrategia, impulsada sin la amenaza de la erradicación, "constituye la única manera de lograr una reducción sostenible del cultivo de drogas"[9]. En los casos de producción de coca a pequeña escala, sólo se puede definir las metas de erradicación (en un proceso de concertación y participación) y cumplir con ellas, una vez que se hayan establecido otras fuentes de ingresos. Asimismo, los especialistas en desarrollo señalan que las medidas represivas en contra de los cocaleros generan un aumento de los precios de mercado, lo cual a su vez estimula los nuevos cultivos[10].

La incorporación de estas nuevas ideas y de prácticas sólidas de desarrollo implica un cambio fundamental en la política estadounidense; es decir, la creación de nuevas relaciones más equitativas con las familias de productores de coca y de amapola, su aceptación como actores y socios legítimos en las gestiones para el desarrollo y la eliminación de la amenaza de la erradicación forzosa. También significa una mayor inversión de recursos en los esfuerzos de desarrollo económico, especialmente en las zonas rurales, así como un reconocimiento de que los gobiernos locales deben contar con facultades más

8 Naciones Unidas, "Plan de Acción sobre Cooperación Internacional en Erradicación de Cultivos Ilícitos y Desarrollo Alternativo", Sesión especial de la Asamblea General en materia de drogas, A/RES/S-20/4, Nueva York, 10 junio 1998, Internet, www.tni.org/drogasungass/index.htm.

9 GTZ, *Drugs and Poverty: The Contribution of Development-Oriented Drug Control to Poverty Reduction,* estudio cooperativo elaborado por el Drugs and Development Programme (ADE) y el Poverty Reduction Project de GTZ, junio 2003, p. 19.

10 *Drugs and Poverty*, p. 27.

amplias en la toma de decisiones económicas. Por último, resulta esencial fortalecer las instituciones democráticas locales a fin de asegurar la sostenibilidad de los esfuerzos de desarrollo en las zonas rurales de bajos recursos.

III. Hacia una política alternativa

Los países de Latinoamérica y del Caribe deben tener la flexibilidad necesaria para desarrollar sus propios enfoques de política, libres de la amenaza de la certificación y de la imposición de sanciones. De igual modo, los gobiernos locales y estatales de EE UU deben contar con la flexibilidad necesaria para intentar diversas alternativas para poder enfrentar los problemas como los crecientes gastos de encarcelamiento, la demanda insatisfecha del tratamiento de adicciones y otros asuntos similares. En todo el hemisferio debe alentarse la participación de los grupos de la sociedad civil, de los políticos locales, de los medios de comunicación y del público en general en un debate significativo sobre las mejores formas de tratar los problemas reales de la producción de drogas, su tráfico y consumo y la violencia que ellas generan. La apertura del debate y la ampliación de la gama de temas que se discuten en Estados Unidos y en el exterior son unos primeros pasos adelante fundamentales.

3.1. Nuevas normas de medición

Es probable que un debate abierto lleve a un cambio de visión en diferentes niveles. En última instancia se necesita una nueva mentalidad que reconozca que el problema del abuso de las drogas y la violencia que éste genera en Estados Unidos se crea en dicho país, por lo que debe tratarse principalmente en forma interna. Una vez que se acepte esta realidad, se pone a cuestionar las formas de evaluación de las actuales políticas internacionales de control de drogas. El éxito no debe medirse por la cantidad de hectáreas de coca o amapola que se eliminan, ni por los laboratorios destruidos, ni por los miembros de la cadena de producción de drogas que se ponen tras las rejas. Sin embargo, estas cifras se presentan anualmente para justificar la continuación o aumento de los recursos, provenientes de los impuestos del pueblo estadounidense, que son canalizados a los programas antidrogas en curso. Estas

estadísticas pueden servir para explicar la forma de ejecutar las políticas, pero no tocan el tema del impacto que esas políticas tengan en la disponibilidad y el uso riesgoso de las drogas en sí.

Son otros los indicadores que deben utilizarse para determinar el éxito o el fracaso de una política dada. Como mínimo, deben enfocarse en los precios, disponibilidad y pureza de las drogas en las calles de los centros urbanos estadounidenses. Allí, aún después de varias décadas de "guerra contra las drogas", no se ha logrado un impacto significativo ni sostenido. Sería más adecuado que los principales estándares de medición tuvieran relación con la reducción de los niveles de consumo, incluyendo los de los usuarios crónicos, de la incidencia del VIH-SIDA y de otras enfermedades entre los consumidores, de las tasas de delincuencia generada por las drogas y de los niveles de violencia en comunidades en las que el abuso de drogas es común.

Conforme el mismo razonamiento, los objetivos de la política antidrogas deben reformularse en términos de salud pública y con el objeto de reducir los perjuicios que generan las sustancias ilícitas. Este enfoque implica una reorientación de las estrategias para concentrarse en el desarrollo de programas efectivos de tratamiento y educación, tales como aquellos que suplen tratamiento cuando es solicitado, los de VIH-SIDA, de medidas realistas de prevención y el desarrollo comunitario. Estas estrategias deben regirse por investigaciones basadas en pruebas y por experiencias prácticas de la comunidad.

Al priorizar las actividades orientadas a tratar el lado de la demanda dentro de la ecuación de las políticas antidrogas, se logra una mayor eficacia en función de los costos y un mejor uso de los recursos. Un estudio realizado por la Corporación RAND indicó que los fondos que se invierten en programas de tratamiento generan beneficios mucho mayores que aquellos que se destinan a las medidas de prohibición.

3.2. Mitigación de los perjuicios generados por el abuso de drogas

Una evaluación realista de las políticas actuales reconocería que la eliminación total de la demanda o de la producción de drogas sería imposible. El consumo de dichas drogas no desaparecerá. Mientras el gobierno estadounidense, así como los de otros países, libra una batalla contra la producción de cocaína, marihuana y heroína, las drogas sintéticas presentan un peligro cada vez

mayor para la juventud actual, ya que generalmente son de fabricación relativamente fácil y su producción no sufre limitaciones geográficas: en realidad, sólo es necesario contar con un buen sótano. De modo similar, los incentivos económicos aseguran que la producción de cocaína, heroína y marihuana sigan respondiendo a la demanda a pesar del alto costo pagado por quienes son atrapados por las fuerzas de la ley. En consecuencia, el desafío consiste en mitigar los perjuicios que las drogas causan a las personas, en forma individual, y a la sociedad en su conjunto.

Tal enfoque de reducción de daños puede aplicarse también a las políticas internacionales, donde se procuraría disminuir los perjuicios o las consecuencias negativas tanto de la producción de las drogas como de las políticas diseñadas para su erradicación, incluyendo la delincuencia y la violencia generadas por los dos fenómenos.

En general, el consumo de sustancias ilícitas es un fenómeno motivado por la demanda. Los formuladores de políticas estadounidenses deben reconocer que no pueden resolver el problema del consumo de drogas y la violencia asociada a él mediante el envío de armas y soldados a Bolivia, a Colombia o a cualquiera de los otros países "productores". El logro de los objetivos de corto plazo, tales como la erradicación de cultivos de coca, la detención de personas y la incautación de drogas, no garantiza el control a largo plazo del flujo de las drogas que entran a Estados Unidos, como ya quedó comprobado luego de décadas de inversión en programas dirigidos a cortar la oferta.

3.3. Apoyo a los gobiernos y comunidades de Latinoamérica

Eso no quiere decir que Estados Unidos no debe ayudar a sus vecinos latinoamericanos. Por el contrario, redunda en beneficio de los intereses generales estadounidenses ayudar a los otros países del hemisferio a procurar soluciones para los arraigados problemas que permiten el desarrollo del tráfico de drogas, así como de la violencia y demás dificultades emergentes de su producción y comercio.

Sin embargo, es necesario que haya un cambio fundamental en la asignación de los recursos estadounidenses al exterior, debiendo pasarse de programas militares y policiales a otros para el desarrollo económico equitativo

y democrático. En suma, el gobierno de Estados Unidos debe aumentar sustancialmente la ayuda que brinda a los programas de desarrollo económico y de generación de ingresos. Debe también trabajar con los bancos multilaterales de desarrollo, con los gobiernos nacionales y con las comunidades locales a fin de desarrollar estrategias amplias de reducción de la pobreza y para asegurar un alivio de la carga de la deuda para que los gobiernos de los países más pobres puedan tener disponibles sus escasos recursos.

Es necesario prestar particular atención a las comunidades rurales que a menudo no reciben la atención debida en los actuales modelos de desarrollo. El enfoque correcto específico debe determinarse en el ámbito local, pero las estrategias para el alivio de la pobreza rural pueden incluir la reforma agraria, y el acceso al crédito y otras clases de asistencia técnica, y la construcción o mejoramiento de infraestructura. Además, en general resultan esenciales los subsidios a los productores rurales como la protección de la seguridad alimentaria, y los aranceles de importación que incentivan a la producción agrícola local son también importantes.

De modo parecido, los esfuerzos de reforma y desarrollo institucional ameritan mucho más atención y más recursos de parte del gobierno estadounidense. El respeto a los derechos humanos, el estado de derecho y el buen gobierno son todos elementos esenciales de una eficaz política antidrogas. El fomento de la reforma judicial, basado en el respeto y en la protección de los derechos humanos y de las libertades civiles, es esencial para establecer el estado de derecho y para llevar a cabo las estrategias transnacionales de aplicación de la ley.

La construcción de una relación más equitativa con sus vecinos latinoamericanos sería beneficiosa para los intereses de Estados Unidos, y la inclusión de los puntos de vista locales enriquecería la formulación de políticas de dicho país. Si así sucediese, sería evidente que la promoción del desarrollo democrático y de los esfuerzos de eliminación de la pobreza deben formar el eje central de la política exterior estadounidense para Latinoamérica y el Caribe. Para frenar la producción y tráfico de las drogas y sus impactos devastadores a través del hemisferio occidental, sería más efectivo, a largo plazo, luchar para lograr los objetivos mencionados que seguir con la misma política de hoy.

El desarrollo de las mencionadas alianzas, junto con una reorientación y una reforma fundamental de las políticas correspondientes, son indispensa-

bles si se desea lograr una política antidrogas humanitaria y eficaz que redunde en beneficio del pueblo, de las comunidades y de los gobiernos del hemisferio.

La no criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas: sistemas comparados y derechos humanos en perspectiva

Efrén Guerrero S.

Sumario:

I. Introducción. **II.** El consumo indebido de sustancias prohibidas: bienes jurídicos protegidos. **2.1.** Derecho a la libertad. **2.2.** Derecho a la salud. **2.3.** Seguridad: el valor del orden público. **III.** Distintas políticas y distintos sistemas jurídicos. **3.1.** Estados Unidos. **3.1.1.** Derecho a la libertad. **3.1.2.** Derecho a la salud. **3.1.3.** Orden público y seguridad. **3.2.** Holanda. **3.2.1.** Derecho a la libertad. **3.2.2.** Derecho a la salud. **3.2.3.** Orden público y seguridad. **3.3.** España. **3.3.1.** Derecho a la libertad. **3.3.2.** Derecho a la salud. **3.3.3.** Orden público y seguridad. **3.4.** Ecuador. **IV.** El reto a la libertad de elegir (o conclusiones). **V.** Bibliografía.

I. Introducción

No se puede pedir a la juventud que se aparte de las drogas y, al mismo tiempo, meterle licores duros como panacea para ser brillante atlético y atractivo.
Belén Boville Luca de Tena

Cuando los gobiernos plantean aceptar o prohibir el uso de alguna sustancia, se plantea el delicado equilibrio entre el Estado de Derecho y el Estado de

Policía, hecho que fue argumentado de manera interesante por Zaffaroni: *"Cuanto más poder punitivo autorice un estado, más alejado estará del estado de derecho, porque mayor será el poder arbitrario de selección criminalizante y de vigilancia que tendrán los que mandan. Cuantas más leyes penales tenga a la mano el que manda, más pretextos tendrá para criminalizar a quien se le ocurra y para vigilar al resto"* [1]. La creación de un tipo penal, su juzgamiento, y exclusión de ciudadanos por una cierta actividad, es uno de los puntos más álgidos del derecho penal (y de la Teoría del Derecho en general), al plantear la pregunta eterna de: ¿A quién se lo puede calificar como "delincuente"? ¿Qué factores influyen para calificar una conducta como prohibida? ¿La sociedad debe juzgarlo?, y más importante: ¿Es justo o injusto generar un castigo?

En el caso de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, el tema es mucho más grave, por cuanto la existencia de sustancias "prohibidas" o "permitidas" es una constante de inmenso cambio a través de la historia. Según el diccionario de la Real Academia, una "droga" es una *"sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno"*. Si tomamos el tenor literal de las palabras, hay una gran cantidad de medicamentos, preparados ancestrales, bebidas y alimentos, que tienen esas propiedades; y si hacemos un análisis histórico, podremos comprobar que una gran cantidad de sustancias han tenido un proceso de aceptación social gradual.

Tomemos por ejemplo al grano de café. Durante cientos de años, la infusión con la que una gran parte del mundo occidental empieza sus mañanas, estuvo prohibida en sitios como Inglaterra, Italia y Rusia, con graves penas. Sólo después de varios años, esta bebida fue aceptada socialmente, pese a que realmente es una sustancia que causa efectos en el cuerpo humano; de acuerdo con reportes científicos, la cafeína —principio activo que se encuentra en el grano de café— despierta y apoya el esfuerzo de la vigilia, contrarresta el embotamiento vinoso y sólo pasa factura con insomnio y baja en la calidad de sueño, y en casos marginales trastornos cardíacos, gástricos y hepáticos[2]. Pese a esto, es un producto de venta libre. Podríamos utilizar otros ejemplos, como

1 Zaffaroni, E., Alagia, A., y Slokar, A., *Manual de Derecho Penal. Parte general, Buenos Aires, Ediar,* 2005, p. 22.

2 International Coffee Organization, *Evaluation of Caffeine Safety, a scientific status summary by the Institute of Food Technologists' Expert Panel on Food Safety and Nutrition, 1987*, Food Technology, Institute of Food Technologists, Chicago, 41(6):105-113, June 1987.

la variada literatura sobre los efectos nocivos del tabaco, o del alcohol, pero el punto que quiere dejarse claro, es que *cualquier sustancia que altere la psiquis humana es un potencial producto sujeto a fiscalización*, y por lo tanto, puede recaer en el campo de acción del Derecho.

Sin embargo, no podemos cerrar los ojos frente a la situación actual; se debe tener en cuenta el inmenso daño social que hace el narcotráfico a las estructuras sociales y a la institucionalidad. Cuando una actividad se vuelve contraria a la sociedad misma, se generan graves daños y distorsiones. El negocio del comercio de sustancias ilícitas, dado el inmenso movimiento de dinero relacionado al mismo, afecta los cimientos de los países de producción y tráfico, entre ellos el Ecuador; y conlleva otro tipo de delitos conexos, que minan los mismos cimientos de la democracia[3]. Además, el hecho mismo de un consumo irracional de sustancias, independientemente de su origen, no genera otra cosa que graves daños en la población, constituyéndose en un problema de salud pública que afecta de manera transversal a una sociedad.

Respecto a la regulación de las sustancias estupefacientes, hemos visto en los últimos 20 años un repunte de la prohibición del uso de ciertas sustancias, y del crecimiento de un gran aparato policial y estatal dedicado a la represión de las personas que son declaradas autores, cómplices, o encubridores, enmarcados en ciertas figuras jurídicas que simplemente hacen que los supuestos delincuentes sean seres "aparte" que al alejarse de lo considerado "normal", son declarados como culpables y castigados. Es aquí cuando surgen una serie de distorsiones: ¿Por qué se castiga el uso de una sustancia que, en términos prácticos, sólo beneficiaría o afectaría a su usuario directo? ¿Por qué se vuelven punibles prácticas privadas? ¿Cómo se establecen estas categorías penales?

El presente artículo pretende hacer una aproximación a los modelos legales existentes que tratan el tema de la criminalización o liberalización del consumo de sustancias psicotrópicas en las distintas legislaciones. Para esto se analizarán las figuras jurídicas de tres ordenamientos distintos, a la luz de los estándares internacionales de tres derechos considerados como básicos en el tema de drogas: la libertad, la salud pública y el orden público. Todos estos elementos serán considerados en la perspectiva del posible destinatario de la norma, para finalmente, comparar los posibles modelos legales con la legis-

3 Véase Washington Office of Latin America, Resumen Ejecutivo *"The Captive State: Organized Crime and Human Rights in Latin America"*, Washington, 28 febrero 2008, pp. 22-23.

lación ecuatoriana vigente, para extraer principios de utilidad para los usuarios y operarios del sistema de justicia.

II. El consumo indebido de sustancias prohibidas: bienes jurídicos protegidos

El consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es un problema de salud a nivel universal. Si analizamos las estadísticas europeas, 71 millones de personas ha utilizado o utilizan cannabis (marihuana) y 12 millones cocaína[4], mientras que en los Estados Unidos, el 14,6% de los jóvenes han utilizado alguna vez alguna sustancia prohibida[5]. Mientras tanto, en Ecuador, las estadísticas más recientes muestran que la prevalencia de consumo de, por ejemplo, marihuana es muy bajo (alrededor de 4,4%) pero la dependencia de los consumidores a la sustancia es bastante alta, situándose en alrededor del 51,2%[6]. Esto ha generado dos situaciones: en primer lugar la política interna de cada país, respecto a los consumidores, está diseñada con base en cifras y se adapta a las características del consumidor y de las sustancias disponibles en el mercado, lo que establece qué sustancia es prohibida y cuál no, así como si es lícito consumirlas.

En segundo lugar, y para poder controlar esta situación, en el caso de que se fiscalice el consumo de un estupefaciente, los órganos estatales necesitan ingentes cantidades de dinero que, al comprobar la gran cantidad de personas con consumo problemático, no causan impacto, manifestado en una reducción de la demanda de drogas, sino que, según algunos autores, profundiza el problema y crea condiciones de impunidad por parte de las autoridades de seguridad y militares, lo que, en último término, socava la institucionalidad de un país[7].

4 Estadísticas del Centro Europeo de Monitoreo de Drogas y Adicciones, Internet: http://www.emcdda.europa.eu/themes/drug-situation/commentary, Acceso: 29 diciembre 2008.

5 United Status Office of National Drug Control Policy, Reducing Drug *Use in America December 2008 fact sheet*, Internet: http://www.ondcp.gov/news/press08/MTF2008_factsheet.pdf., Acceso: 29 diciembre 2008.

6 Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito y Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, *Elementos Orientadores para las Políticas Públicas sobre Drogas en la Subregión: Primer estudio comparativo sobre consumo de drogas y factores asociados en población de 15 a 64 años,* Tetis Graf, Lima, Perú, abril 2008, pp. 36 y 38.

7 Youngers, Coletta, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*, Boulder, Colo,

Para analizar las políticas estatales, debemos delimitar cuáles son los parámetros en el Derecho Internacional que son útiles para establecer el éxito o fracaso de una política relacionada al uso de narcóticos. Estos bienes jurídicos protegidos (*la libertad del individuo objeto de la norma, su derecho a la salud, y las consecuencias en el orden público de la criminalización del consumo de drogas)* son, en nuestra opinión, los que ilustran de mejor manera la problemática a la que se ven enfrentados los usuarios del sistema judicial, y que para crear una normatividad más justa deben ser analizados a fondo.

2.1. Derecho a la libertad

El análisis del contenido del derecho a la libertad, nuevamente tiene que ser hecho a partir de la filosofía, para sumir las condiciones básicas y elementales del derecho a la libertad. Para este tema, quisiera referirme a las teorías de John Stuart Mill, que bien pueden servir como télos de este derecho. En su célebre tratado *Sobre la libertad* [8], el filósofo inglés plantea que la libertad del individuo, necesaria para su felicidad, ha de ser preservada ante el poder del Estado y sólo debe presentar dos restricciones: no interferir en la libertad de los demás y no incitar a otros al delito que, en el caso de las sustancias estupefacientes, éste debería ser el único límite, al menos en el plano teórico.

En el caso del análisis de los estándares legales, estos se fundamentan en la importancia que tiene este derecho y su contenido. Respecto de su importancia, la libertad ocupa un lugar espacial en la protección de los derechos humanos. Hay que tener en cuenta que la libertad, y su privación, afectan el ejercicio de los demás derechos. Esto no solo se refiere a la privación de la libertad de circulación, sino incluye la libertad en sentido amplio[9], que abarca la libertad de tomar decisiones personales, sobre la vida y sobre la salud de la persona. En los cuerpos legales internacionales, la práctica común fue dividir los derechos humanos como una serie de "libertades", específicas para un cierto tipo de actividad (libertad de cátedra, libertad de tránsito, etc.).

Rienner, 2005, p. 339.

8 Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, S.A., 1997.

9 En ciertas sentencias, el Comité de DD.HH. de la ONU estableció que una violación al derecho a la libertad de expresión, constituye, en último término, una violación a la libertad personal. Comité de Derechos Humanos, Caso Mukong c., Camerún, párrs. 9.6 y 9.5.

Ese hecho, fragmenta el análisis del lenguaje, y ha reducido el "derecho a la libertad", a la libertad personal. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el siguiente sentido:

> A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho, todos los demás derechos quedan en precario. (…) Las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías, y la democracia no se puede beneficiar con el juicio libre y espontáneo de un pueblo del que se debe depender para dirigir su propia conducta[10].

Por eso, y para mayor entendimiento, el estándar del derecho a la libertad debe dividirse en dos grandes vías:

1. La libertad física, que se entiende como "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública"[11]. Esto incluye la reclusión en instituciones cerradas de toda índole, sea cárcel o prisión, etc. Hay que tener en cuenta que esta disposición se extiende "a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc.[12]

Se incluye cualquier medida limitante de la libertad como una violación al derecho. El Comité de Derechos Humanos considera a la captura de opositores políticos en el exterior y su retorno al país como una violación a la libertad personal[13], los procesos de deportación sin garantías[14], que también

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Soria c., Perú, párr. 116 (1999).

11 Organización de Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, párr. 11.b. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 diciembre 1990.

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147 (1982), párr. 1.

13 Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Caso Celerbeti c.*, Uruguay, parar. 11.

es apuntando por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[15], incluye el allanamiento como un limitante a la libertad personal[16]. En el caso del uso de sustancias controladas, este derecho está relacionado con la capacidad estatal para detener a una persona por la posesión, al momento de su detención de cualquier sustancia u objeto que sirva para que ella consuma de manera personal la misma.

2. La otra dirección en la que se fundamenta el derecho a la *libertad es la libertad en sentido amplio*, que incluye el derecho de la persona a desarrollar su vida en conformidad con sus propios valores y deseos. Esto se compone, a decir de distintos foros, del derecho a la intimidad, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y del derecho a la integridad moral, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, existe una obligación estatal de tutelar la intimidad frente a injerencias de particulares o estatales[17]. Esto, al ponerlo en perspectiva del destinatario de la norma, supone que la persona puede hacer, en su vida privada, cualquier actividad que no afecte a terceros y que, en último término no esté reñido con los intereses de la sociedad[18]. Finalmente, este derecho tiene una arista que debe ser analizada de manera importante en nuestro caso: cualquier decisión respecto a la injerencia estatal en un acto de vida privada sólo puede hacerse en relación con cada caso particular[19].

De esta exposición pueden establecerse tres conclusiones esenciales. En primer lugar, que el derecho a la libertad, con relación al consumo, sólo puede limitarse por la legalidad, que filosóficamente se refiere al daño que podría a hacer a terceros o a la sociedad en su conjunto. En segundo lugar,

14 Comité de Derechos Humanos, Giosue Canepa v. Canadá, Comunicación No 558/1993, dictamen de 3 abril 1997. U.N. Doc. CCPR/C/59/D/558/1993 (1997).

15 TEDH, (Gran Sala), sentencia de 4 febrero 2005, Mamatkulov et Askarov c., Turquía.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso García c., Perú, p. 74.

17 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad,* 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párrs. 1, 2.

18 *Ibíd.*, párr. 7.

19 *Ibíd.*, párr. 7.

para que exista seguridad jurídica, deben establecerse las circunstancias de una actividad que se considere como *aceptada o prohibida*, cosa que es un límite fundamentalmente cultural; y finalmente, estas condiciones no pueden estar condicionadas con una norma general, sino que deben estar basadas en la decisión judicial y administrativa en un caso particular.

2.2. Derecho a la salud

El derecho internacional cuenta con una serie de normas particulares relacionadas con el derecho a la salud, que completa y desarrolla conceptos constitucionales y legales[20]. El Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) plantea que, entre las medidas que se deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, figurarán las necesarias para la creación de condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de salud. Para explicar mejor este derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó en 2000 una Observación general sobre el derecho a la salud[21], en la que constan los siguientes puntos:

- El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional, entre ellos, la vida privada, el acceso a la información y la libertad[22].

20 El preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que la define como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad"*. Estas definiciones se enriquecen en las declaraciones y planes de acción de las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas, como el Plan de Acción de El Cairo y la Plataforma de Acción de Beijing, que definieron lo que se entiende por salud sexual y salud reproductiva, por ejemplo, así como los esfuerzos realizados por la Organización Internacional del Trabajo; otras agencias especializadas y el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

21 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general Nº 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, UN. Doc. E/C.12/2000/4, párr. 2.

22 *Ibíd.*, párr. 4.

- La definición de salud adoptada por la ONU se refiere al "más alto nivel posible de salud física y mental".
- Se establece que el Estado no puede controlar todas las actividades de los individuos, pero que independientemente de la *adopción de estilos de vida malsanos o arriesgado*s, se debe asegurar disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud[23].

En el caso del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas el titular del bien jurídico protegido (salud) no es la sociedad en su conjunto sino, en nuestro caso, el consumidor. Esto implica que el consumidor está "disponiendo" de un bien jurídico que le pertenece y cuya lesión lo afecta personalmente.

Otros ejemplos de "disposición" de un bien jurídico propio pueden ser el regalar los bienes que componen el patrimonio, la autoflagelación, el tabaquismo, el alcoholismo, el suicidio, etc. Si bien en algunos de los ejemplos anteriores el titular necesita asistencia médica o psicológica, en ninguno existe un hecho punible ni un daño a los demás miembros de la sociedad que requieran su tratamiento mediante el sistema de "rehabilitación social".

En la mayor parte de legislaciones del mundo el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no es penado, por lo absurdo que resulta el postulado contrario, y contemplan mecanismos para distinguir al consumidor del comercializador o poseedor de estas sustancias. Mientras que las tres convenciones de la ONU relacionadas con el tema[24] limitan cualquier uso de drogas narcóticas y de sustancias psicotrópicas a los propósitos médicos y científicos, no obligan a los signatarios a criminalizar la sola consumición de la droga.

Sin embargo, la posesión para el uso personal, según lo regulado por las convenciones de la ONU, se debe mirar como ilícita en todos los casos donde

23 *Ibíd.*, párr. 9.

24 Estas tres Convenciones son: a) Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el protocolo de 1972, publicada en el Ecuador en RO 320 de 27 agosto 1964, según Decreto Supremo número 1153; el Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, publicada en el Ecuador en RO 404 de 3 octubre 1973, y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, publicada en el Ecuador en RO 396 de 15 marzo 1990.

no es autorizada explícitamente por la ley. Debe tenerse en cuenta que, al interpretar la norma, que la consideración del uso personal de una sustancia como delito es igual que considerar la sola consumición de la droga como delito, dado que no es posible utilizar una droga sin poseerla.

El comentario oficial a la Convención de 1988 de la ONU contra el tráfico ilícito de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas confirma la interpretación de que, cuando la convención criminaliza la posesión de drogas, esto se puede considerar como posesión de manera parecida al tráfico[25]. Sin embargo, está interpretación genera controversia en algunos Estados miembros, como por ejemplo, algunos de la Unión Europea, en los cuales se considera que la convención de 1988 criminaliza la posesión para el uso personal como un intento por encontrar modos más eficaces de combatir el tráfico de droga.

Al mismo tiempo, las convenciones permiten a los países que siguen un acercamiento médico-social que utilicen ese medio para combatir el consumo. El artículo 3.1 de la Convención de 1988 estipula que los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias para establecer como delitos bajo ley doméstica, incluyendo: *"La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta para la venta, la venta, la entrega en cualesquiera términos, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;".*

Entonces, los Estados Partes de la Convención no requieren tipificar cada actividad de la posesión, de la compra o del cultivo para el uso personal, sino solamente de las que sean contrarias a los objetivos de las Convenciones de 1961 y 1971. Sin embargo, la referencia a los principios constitucionales y el sistema legal nacional demuestra que, independientemente de lo que diga la Convención, el uso de ciertas sustancias depende de lo establecido por cada Estado.

Por ejemplo, España e Italia, y recientemente Portugal y Luxemburgo, que no consideran la posesión para el consumo personal un delito, no cri-

25 Los Comentarios a la Convención de 1988 (Naciones Unidas, 1999: párrafo 3.95, p. 70) no dejan dudas al respecto: "Como se observará, al igual que en los instrumentos de 1961 y 1971, **el párrafo 2 no dispone que el consumo de la droga como tal se considere punible**" (el subrayado es nuestro).

minalizan los actos preparatorios a la consumición tal como la demanda, transporte y posesión. Puesto que el artículo 3.2 de la Convención de 1988 implica que la tipificación de los actos preparatorios al consumo no es obligatoria, estos países aplican solamente sanciones administrativas (tales como confiscación de un pasaporte o de un carné de conducir) y no han presentado ninguna reserva a las convenciones internacionales. Para estos países, los actos de criminalización preparatorios a la consumición, p. ej. posesión, estarían, en nuestra opinión, como contradictorios con su decisión para no penalizar el consumo libre de drogas.

Para ilustrar la situación de la legislación europea respecto al consumo de drogas, es conveniente resumirlo en el siguiente cuadro[26]:

Estado Miembro	Situación Legal	Observaciones
Grecia, Francia, Finlandia, Suecia.	Uso de drogas prohibido y tipificado.	En estos países, el uso de drogas es un acto típico, antijurídico y culpable.
Bélgica, España, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido, Luxemburgo, Portugal.	El uso de drogas es parcialmente prohibido.	Bélgica: sólo el uso de drogas por parte de menores es prohibido y sancionado. España y Luxemburgo: uso de drogas prohibido en público y sancionado de manera administrativa. Irlanda y Reino Unido: la ley sólo habla de la prohibición a la preparación de opio, pero su consumo no es prohibido. Países Bajos: el uso es prohibido en ciertas poblaciones. En Portugal, se utilizan en tratamientos medicinales.
Dinamarca, Alemania, Italia, Austria.	La ley no prohíbe de manera formal el uso de drogas.	Existen normas que prohíben de manera directa la tenencia de drogas.

Por otro lado, en las normas de Estados Unidos cada Estado tiene libertad para establecer reglas sobre el consumo particular de drogas. Por ejemplo, en 1998, los votantes de Washington aprobaron la iniciativa 692, que ahora se codifica en la ley de Washington como RCW 69.51A. Este estatuto proporciona justificativo para que pacientes con enfermedades catastróficas puedan tener acceso a marihuana de forma estrictamente controlada. Para que esta norma sea aplicable la persona debe probar todos los elementos de la defensa y que su uso es justificado.

26 Esta agrupación responde a normas de tipo general, puesto que cada país tiene características particulares, en función de las libertades legislativas previstas en el derecho comunitario.

Las normas analizadas eximen de responsabilidad penal a los dependientes, mas no a consumidores no dependientes excediendo de esta forma el poder punitivo del Estado. Estos sistemas, además, presentan la posibilidad de que consumidores no habituales o de sustancias que no generen dependencia sean penados al poseer cantidades mínimas para consumo.

2.3. Seguridad: el valor del orden público

El derecho de una sociedad a la seguridad va aparejado a la definición de orden público como una circunstancia particular y movible, que evoluciona de acuerdo con las circunstancias sociales. Para efectos de nuestro estudio, utilizaremos el concepto de orden público que propone la Corte Constitucional colombiana:

> El concepto de orden público debe entenderse estrechamente relacionado con el de Estado social de derecho. No se trata entonces tan solo de una manera de hacer referencia "a las reglas necesarias para preservar un orden social pacífico en el que los ciudadanos puedan vivir"; más allá de esto, el orden público en un Estado social de derecho supone también las condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos[27].

Este concepto de orden público satisface las condiciones necesarias para la protección igualitaria de las libertades fundamentales de las personas. A juicio nuestro, supone además del goce efectivo de los derechos: *en una afirmación y tutela legal de la propia identidad, a partir de los elementos que hacen a cada una de las personas diferentes entre sociedad, y al mismo tiempo, únicos y dignos a través de una valoración jurídica de las diferencias*[28].

Para proteger la vigencia de un orden público como el que proponemos, el Estado debe cumplir con una serie de condiciones de institucionalidad, de control democrático y de rendición de cuentas, además de las elementales condiciones de protección a la ciudadanía que deben efectuarse desde los organismos de seguridad (Ejército y Policía). Así, surge un nuevo concepto que

27 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Constitucionalidad Nº 179/94, de 13 abril 1994. Ponente: Dr. Carlos Gaviria. Las comillas son nuestras.

28 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil,* Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-93.

empata mejor a los elementos de nuestro estudio: el orden público es la condición permanente de libertad, paz y justicia social que, dentro de un marco institucional y de derecho, viven los ciudadanos[29].

En el caso del consumo de estupefacientes, el Estado ecuatoriano tiene graves riesgos relacionados con la seguridad, tanto interna como externa. Además del control de sustancias estupefacientes, se debe tener presente que la frontera norte del Ecuador limita con los departamentos colombianos de Nariño y Putumayo, productores de la mayor parte de coca y flor de amapola, que es sintetizada y transportada a los Estados Unidos, país que tiene el mayor número de consumidores de estupefacientes en el planeta. En tal razón, es imprescindible que las autoridades emitan disposiciones de control y seguridad del Estado, pero deben tener un único límite: la dignidad del ser humano y la existencia de un catálogo de derechos exigible hacia el Estado o terceros.

III. Distintas políticas y distintos sistemas jurídicos

Si bien el análisis de las circunstancias particulares de cada Estado, responde a necesidades propias y a particularidades de la situación del consumo de estupefacientes, la doctrina ha podido identificar una serie de modelos en la normatividad relativa al control de estas sustancias[30]:

1. La prohibición estricta o *"guerra a las drogas"*, estrategia dominante en los Estados Unidos.
2. Prohibición flexible o *"reducción del daño"*, que es la estrategia holandesa, suiza y de algunas ciudades europeas.
3. *La despenalización flexible* o "reducción del daño generalizada" o "modelo de salud pública" o "legalización regulada": política frente al alcohol de ciertos países europeos.

29 Aguayo Quezada, Sergio, Bagley, Bruce Michael y Stark, Jeffrey, Introducción, "México y Estados Unidos: en busca de la seguridad" en Aguayo Quezada, Sergio y Bagley, Bruce Michael, *En busca de la seguridad perdida: aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*, Siglo XXI, México, 1990, pp. 17-40.

30 Nadelmann, Ethan, "Pensando seriamente en alternativas a la prohibición de las drogas", en Comisión Andina de Juristas, *Drogas y control Penal en los Andes*, Lima, Perú, 1994, p. 199.

4. *La despenalización estricta* o política de "liberalización general": política dominante con relación al uso del tabaco hasta hace pocos años.

Cada uno de estos modelos responde a una serie de justificaciones. Así, el modelo americano se basa en la teoría del derecho penal máximo, y busca erradicar todo consumo de drogas ilícitas, o al menos reducirlo significativamente, atacando el comercio y apoyando las iniciativas antinarcóticos en los países de origen; mientras que el modelo holandés busca reducir los daños asociados a las políticas de control en relación con el consumidor, a través de un derecho penal mínimo en consumo y distribución minorista pero máximo en producción y distribución mayorista.

Debido a la enorme influencia de los Estados Unidos, la política dominante a nivel mundial es la estrategia de "guerra a las drogas"; pero, en los últimos años, la evolución del derecho está llevando a varios países y ciudades europeas a políticas de mayor apertura. Otros estudiosos consideran que las estrategias más adecuadas son las de mayor flexibilidad o de una legalización total. En este apartado de nuestro estudio vamos a analizar las políticas internas de tres naciones representativas: Estados Unidos por su liderazgo en el diseño y desarrollo de la legislación respecto al tema de estupefacientes; Holanda por su modelo de liberalización, y España por su modelo intermedio y su cercanía por motivos de migración a Ecuador. Finalmente, haremos el mismo ejercicio con el estado actual de la legislación y la política de drogas ecuatoriana.

3.1. Estados Unidos

La explosión de uso de "crack" (un derivado de la cocaína) en las calles de Estados Unidos en los años 80, obligó a la creación de la mayor parte de políticas respecto de la droga que continúa hasta el día de hoy. En 1986, el presidente Ronald Reagan declaró como política de Estado la lucha contra las drogas ilícitas. Hay que tener en cuenta las estadísticas sobre el tema que se obtienen de diferentes fuentes: Estados Unidos es el consumidor más grande de drogas ilícitas en el mundo, y se ha invertido alrededor de 40 billones de dólares en el control de los drogas en los últimos 25 años. Pese a todo este gasto, hay evidencia que existen graves distorsiones en el sistema interno, y

que la "guerra contra las drogas" ha sido una batalla perdida al no enfrentar las causas internas que causan el consumo de drogas.

Para ello, haremos un análisis de las estadísticas y de la legislación americana, para observar cuáles son los elementos en que existen distorsiones o aciertos en el desarrollo de la norma.

3.1.1. Derecho a la libertad

Una vez que se dio vía libre para la generación de un modelo penal represivo con relación al consumo de sustancias estupefacientes, lo que sucedió en Estados Unidos, fue que se desarrollaron dos direcciones de trabajo. La primera fue aumentar el aparato estatal dedicado al tema y, la segunda, aumentar las penas por los delitos relacionados con drogas.

Sobre el primer elemento, la DEA *(Drug Enforcement Administration)* tenía 2 775 empleados cuando fue creada en 1972; para el año 2005 la DEA tenía 10 894 empleados y su presupuesto había aumentado 34 veces, ascendiendo a $2,4 billones[31].

La otra dimensión de la política de los Estados Unidos fue la de endurecer la legislación. A principios de siglo no había una sola droga ilícita en los Estados Unidos, como lo relatan novelas escritas por autores de la talla de Jack Kerouac y William S. Burroughs. En 1914, debido a una serie de causas, entre ellas la Primera Guerra Mundial y con ella una gran cantidad de adictos a la morfina y el opio, producto de su uso como anestésicos en la guerra, obligó a la promulgación del la Ley Harrison *(Harrison Anti-Narcotis Act)*. Actualmente, la posesión de cinco gramos o más de cocaína ocasiona una pena mínima obligatoria de cinco años en prisión; mientras que la posesión de cualquier cantidad de cualquier otra sustancia controlada (excepto flunitrazepam) por una persona, incluyendo la cocaína, puede acarrear un máximo de un año en prisión[32].

Actualmente la legislación de Estados Unidos cuenta con la ley de sustancias controladas *(Controlled Substances Act – CSA)*. Esto ha provocado

31 U.S. Department of Justice, Drug Enforcement Administration, Internet: http://www.usdoj.gov/dea/agency/staffing.htm, Acceso: 29 diciembre 2008.

32 US Sentencing Commission, *"Report to Congress: Cocaine and Federal Sentencing Policy"*, May 2007, p. 4.

una serie de elementos perturbadores. Hay 2,2 millones de personas encarceladas[33] y 1,9 millones de personas arrestadas por crímenes no violentos relacionados con drogas, lo que supera el *per cápita* de cualquier otro país del mundo, lo que hace a los Estados Unidos, un país con 4,6 por ciento de la población mundial, y el 22,5% de personas en prisión[34].

Desde 1980 el número de personas encarceladas en los Estado Unidos ha crecido por 6, y en los últimos 25 años las detenciones relacionadas con drogas se han triplicado. Los acusados por delitos relacionados con sustancias sujetas a fiscalización componen más que la mitad de todos los prisioneros federales, y en total medio millón de personas están en la cárcel o en la prisión por una ofensa de drogas[35].

Hay que tener en cuenta que la legislación sobre drogas en Estados Unidos, se basa en la libertad del juez, a través del precedente judicial o stare decisis, para aplicar una norma penal. Pese a esto, las estadísticas demuestran que las minorías raciales pobres y los menores de edad en barrios marginales son dos sectores de la población especialmente proclives a ser usados por las redes de tráfico de drogas a medida que las leyes se endurecen. Por ejemplo, de las 253 300 personas residentes en prisión por causas relacionadas con drogas al final del año 2005, 113 500 (44,8%) eran afroamericanas, 51 100 (20,2%) de ascendencia hispánica y 72 300 (28,5%) eran caucásicas[36].

Como se puede concluir, *el número de personas con adicciones no disminuye* a pesar de la existencia de una legislación fuerte. Si se analizan las estadísticas con detenimiento, hay evidencia de que *una cultura judicial y penitenciaria excluyente*, de alguna manera hace que las personas en los estratos más bajos de la sociedad sean víctimas de un diseño legal no adecuado para la problemática que enfrenta.

33 Harrison, Paige M. & Beck, Allen J., Ph.D., US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2005 (Washington DC: US Department of Justice, Nov. 2006), p. 2.

34 Walmsley, Roy, "World Prison Population List (Fourth Edition)", London, England, UK, *Home Office Research, Development and Statistics Directorate*, 2003, p. 1, Internet: http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/r188.pdf., Acceso: 29 diciembre 2008. Véase también el Censo de los Estados Unidos, Internet: http://www.census.gov/main/www/popclock.html, Acceso: 29 diciembre 2008.

35 Datos obtenidos del *National Survey on Drug Use & Health*, Internet: http://www.oas.samhsa.gov/nhsda.htm..

36 Sabol, William J., PhD, and West, Heather C., *Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2007 (Washington, DC: US Department of Justice, December 2008)*, NCJ224280, p. 21, Apéndice, Tabla 10.

3.1.2. Derecho a la salud

La administración estadounidense establece una serie de pasos y elementos que buscan garantizar el derecho a la salud de las personas consumidoras de drogas. Hasta el momento existen iniciativas en orden estatal, obligando a las personas que están detenidas por causas relacionadas con drogas, a una desintoxicación obligatoria, en el caso del Estado de Nueva York para la heroína y en California para otro tipo de sustancias.

3.1.3. Orden público y seguridad

En términos de orden público y seguridad interna o externa, la lucha contra las drogas no ha generado una reducción en la entrada de sustancias ilícitas en Estados Unidos, o en la reducción de su consumo. Esto es evidente, con relación al ejercicio de los derechos civiles y de la protección de las libertades básicas. En primer lugar, y como ya anotamos anteriormente, la mayor parte de personas detenidas en los Estados Unidos son personas afroamericanas y de ascendencia latina, y la mayor parte de ellos son detenidos por crímenes no violentos, obligados a compartir la cárcel con otro tipo de delincuentes.

En segundo lugar, las violaciones a las leyes sobre droga eran uno de los dos tipos más frecuentes de ofensas investigadas por medio de intercepciones de comunicaciones. El chantaje era la tercera categoría más frecuente. El 80 por ciento de todos las solicitudes para intercepciones (1 473 escuchas telefónicas) autorizadas en 2006 eran relacionadas con drogas[37].

En la política externa, uno de los temas más importantes es la "certificación" que el gobierno de los Estados Unidos extiende a gobiernos que hayan mantenido niveles de cooperación técnica o diplomática en el combate contra las drogas, a cambio de ayuda o beneficios comerciales[38]. Aunque es perfectamente sensato que un país establezca limitantes para la ayuda externa, se debe replantear a nivel internacional este proceso. Según un sector mayo-

37 Administrative Office of the United States Courts, *2006 Wiretap Report* (Washington, DC: USGPO, April 2007), p. 9.

38 Estos países son Afganistán, Bahamas, Bolivia, Brasil, Burma, Cambodia, China, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haiti, Hong Kong, India, Jamaica, Laos, México, Nigeria, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Taiwan, Tailandia, Venezuela y Vietnam.

ritario de los analistas, la política norteamericana basada en el ataque a la producción ha generado crisis de seguridad en los países donde se ha aplicado estas medidas. A más de los perversos efectos del tráfico de droga, como por ejemplo, el aumento de la violencia, el debilitamiento de las instituciones por corrupción, se suma, la inseguridad que genera un aumento constante del uso de las fuerzas militares en el combate a delincuentes, con la correspondiente confusión de roles entre fuerzas militares y policiales[39]. Además, la naturaleza reservada y confidencial de la lucha contra las drogas, afecta a la transparencia de los gobiernos y favorece la impunidad, en caso de que sucediere algún abuso.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que en el diseño de derecho penal máximo, en el que ha sido diseñado el sistema penal norteamericano, se establece una "cultura de sospecha", en el que los consumidores de sustancias son discriminados, puesto que sus condiciones para el ejercicio del debido proceso y sus garantías judiciales son limitadas por la misma legislación.

Finalmente, todos estos elementos son sólo parte de una serie de hechos que modelan una política exterior, que pese a los triunfos en cuanto al decomiso de grandes alijos de drogas, campañas de prevención, y castigo a delincuentes, sufre de graves fallas al analizarla a la luz de los derechos fundamentales.

3.2. Holanda

La imagen de Holanda de un país extremadamente liberal donde se consume droga libremente y en grandes cantidades, es una idea deformada de la realidad. Lo que sucede es que hay un planteamiento distinto de la política respecto al problema de las adicciones. Antes de maximizar el derecho penal, esta política plantea el hecho de que hay algunos consumidores que no pueden ser persuadidos a que desistan. Por ello, se busca reducir la probabilidad de que estos consumidores pudieran contraer una enfermedad contagiosa, por compartir jeringuillas, tener una sobredosis o intoxicación por el uso de drogas de procedencia o pureza desconocidas, entre otros daños.

39 Youngers, Coletta, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*, Boulder, Colo, Rienner, 2005, p. 11.

Para esto, la norma relativa a drogas vigente en Holanda tiene los siguientes objetivos:

> Prevenir el uso de drogas y rehabilitar a los usuarios de las mismas.
> Reducir el daño a usuarios.
> Aumentar el orden público.
> Combatir el tráfico y producción de drogas[40].

Para esto, se busca una serie de soluciones a las adicciones, que serán analizadas a la luz de los bienes jurídicos protegidos.

3.2.1 Derecho a la libertad

Del cúmulo de leyes que tratan el tema del uso de sustancias prohibidas, es importante para el presente estudio la *Opiumwet* o Ley del Opio. En esta norma se prohíbe la venta de drogas ilícitas, y el consumo de sustancias como el cannabis está teóricamente prohibido, pero se tolera su venta en los *coffeeshops*, siempre que no rebasen los 5 gramos por cliente, ni más de 500 gramos en el establecimiento y no se haga publicidad. Tampoco pueden traficar con drogas duras ni venderlas a menores de 18 años. En 2006, una enmienda de esta ley fue propuesta. El artículo 13b de la Ley del Opio, combinada con el artículo 174a de la Ley de Gobiernos Locales, impide autorizaciones de funcionamiento para los coffeshops si se probaba la existencia de alteraciones graves al orden público. En abril de 2006, una nueva ley fue enviada al Parlamento, para impedir la venta de cannabis y drogas duras. En la práctica, y en la aplicación de la jurisprudencia, esta ley será utilizada de manera proporcional, lo que significa que el cierre de un *coffeshops* será la última sanción en una cadena de sanciones.

Por otro lado, el uso de marihuana con índole medicinal es aceptado y controlado en Holanda. Desde enero de 2007, y bajo la autorización de la OMC, se puede obtener cannabis para usos medicinales, con el control

40 Centro Europeo de Monitoreo de Drogas y Adicciones. Reporte: *Situación de Drogas en Holanda 2008*, Internet: http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index61221EN.html, Acceso: 29 diciembre 2008.

de una oficina del gobierno holandés, el *Bureau vor Medicinale Cannabis* (Oficina de Cannabis Medicinal)[41].

Respecto a otro tipo de sustancias, hasta hace pocos años la venta de hongos alucinógenos era tolerada en Ámsterdam, hasta una serie de incidentes relacionados con violencia y muertes provocadas por sobredosis[42]. Esto llevo a que algunos partidos políticos en el parlamento pidieran proscribir las setas. Para esto, el ministro de sanidad pidió a un comité consultivo que se analice el riesgo de usar estos productos; en el informe se juzgaron los riesgos totales de setas alucinógenas como baja pero identificaron a los turistas extranjeros en Ámsterdam como un grupo vulnerable específico[43]. Sin embargo, el 19 de octubre de 2007, el ministro de sanidad y el ministro de justicia declararon que las setas alucinógenas frescas serán colocadas como drogas duras y prohibidas, bajo las siguientes consideraciones:

> Es imposible garantizar una situación segura para el usuario.
> Los riesgos de setas alucinógenas frescas o no procesadas no se diferencian.
> En la mayoría de los países de Unión Europea se prohíben las setas alucinógenas.

Todo este tema da una serie de conclusiones provisionales: el sistema penal está diseñado en contra de la producción pero no afecta la intimidad de la persona. En segundo lugar una tolerancia para la venta individualizada de sustancias, pero todas y cada una de ellas está controlada por la administración pública. Finalmente, se busca prevenir los daños de las sustancias, al mismo tiempo que se promueve el uso de las mismas para circunstancias particulares, como la medicina.

41 Véase http://www.cannabisoffice.nl.

42 "Holanda prohíbe los hongos alucinógenos", diario El País, Madrid, España, 31 octubre 2007, Internet: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Holanda/prohibe/hongos/alucinogenos/elpepuint/20071031elpepisoc_10/Tes, Acceso: 29 diciembre 2008.

43 Es muy común la existencia de turistas que aprovechan esta flexibilidad para utilizar gran cantidad de drogas en un fin de semana.

3.2.2 Derecho a la salud

Contrariamente a lo que se puede pensar, la cantidad de personas con problemas de adicciones en Holanda no supera la media Europea[44]. Para los casos en que haya situaciones que afecten la seguridad de la persona, no existe una prisión por el uso de sustancias, sino que se pone a la persona en contacto directo con el personal sanitario. La siguiente matriz ilustra las posibilidades de tratamiento a favor de la persona, en el caso de que se considere que haya la necesidad de un tratamiento, en el marco de un procedimiento penal.

Opción de tratamiento	Base jurídica	¿Qué tipo de acusado puede ser elegible para la opción del tratamiento, según la ley?	¿Qué tipo de ofensa puede accionar la opción del tratamiento, según la ley?	¿ El tratamiento ocurre con consentimiento, o es exigido por la Corte?	¿ La decisión para conceder el tratamiento es tomada por la Policía, el Fiscal o la Corte?
Obligación durante el proceso .	Código del procedimiento criminal, Art. 80.	Cualesquiera.	Cualquiera.		Querellante .
Obligación ante la Corte.	Código penal, art. 14.	Cualesquiera.	Custodia de hasta 2 años puede ser condicional; custodia a partir del 2 a 4 años puede ser en parte condicional.		Corte.
Obligatorio (colocación en una institución para los delincuentes prolíficos).	DSI, Arts. 38 y ss. del Código Penal.	Adicto, al criminal reincidente y otros delincuentes prolíficos que cometan crímenes serios	Ofensa seria en la cual se permite la custodia.	Ordenado.	Corte.

En el caso de personas que quieran acceder de manera voluntaria a los tratamientos, y debido a la privatización de los servicios de sanidad, existe una amplia variedad de medidas, gracias a la existencia de organizaciones

44 "Holanda prohíbe los hongos alucinógenos", diario El País, Madrid, España, 31 octubre 2007, Internet: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Holanda/prohibe/hongos/alucinogenos/elpepuint/20071031elpepisoc_10/Tes, Acceso: 29 diciembre 2008, p. 11.

privadas que son monitoreadas por el Estado con el fin de mantener estándares mínimos de calidad[45].

3.2.3. Orden público y seguridad

A pesar de la tolerancia frente al cannabis, existe una persecución y control penal respecto de la entrada y tráfico de sustancias en Holanda. Estos últimos años (2006 y antes), con el fin de combatir el uso de éxtasis[46], el aumento del uso de la cocaína, el crimen organizado detrás de la venta clandestina de Cannabis, el gobierno holandés endureció las penas. Por otra parte, en junio de 2006 la pena máxima para la producción y el tratamiento de la droga y para la posesión de grandes cantidades de drogas fue aumentada de cuatro a seis años de detención, combinada con una multa.

3.3. España

3.3.1. Derecho a la libertad

Según la legislación española no se considera delito, aparte del propio consumo, la compra y la tenencia de pequeñas cantidades de sustancias destinadas al autoconsumo. Lo que puede suceder, es que la norma sea sancionada administrativamente en base a la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana[47] (*Ley Corcuera*), que considera, según su art. 25,como *faltas graves* al consumo de drogas ilegales en lugares públicos o la tenencia para el autoconsumo y el abandono de los útiles para consumir, en esos mismos lugares. Las cuantías de estas multas suelen ir desde los de 300,51 a 450,76 euros. Fuera de ello, cualquier conducta es de tipo penal.

45 *Ibíd.*, p. 13.

46 El éxtasis o MDMA (3-4 metilenedioximetanfetamina) es una droga sintética psicoactiva químicamente similar al estimulante metanfetamina y al alucinógeno mezcalina, cuyo uso se ha vuelto masivo desde mediados de los años 90.

47 Ley orgánica de protección de la Seguridad ciudadana. Ley 1/1992, de 21 febrero, aparecida en el Boletín Oficial del Estado del 22 del mismo mes y año.

3.3.2 Derecho a la salud

En el caso español, aunque la mayor cantidad de problemas de adicciones estaban relacionados con la heroína, la mayor cantidad de adictos españoles sufren problemas tocantes a la cocaína y las drogas de diseño, y son los más jóvenes[48]. Esto, sumado a la situación de España como país de tránsito (las incautaciones anuales de cocaína, ascienden actualmente a más de 120 toneladas, de las cuales más de tres cuartas partes se interceptan en España y Portugal[49]), obliga a un diseño legal más equilibrado.

Los procedimientos de tratamiento y de cómo la persona accede al mismo varían en España de acuerdo con la comunidad autonómica en la que resida dicha persona. Hay que tener presente que, el reconocimiento por la Constitución Española de 1978 otorga capacidad legislativa a las Comunidades Autónomas en materias directa o indirectamente relacionadas con el fenómeno de las drogas, por lo que éstas determinarían el procedimiento administrativo a seguir por parte de las personas con problemas de adicciones. En 2005 la tasa global de admisiones para el conjunto de España fue de 117,2 casos por 100 000 habitantes. Las comunidades con mayores tasas poblacionales fueron Canarias, Ceuta, Murcia y Comunidad Valenciana, y las comunidades con tasas más bajas: Navarra, La Rioja, Asturias y Aragón[50].

3.3.3 Orden público y seguridad

Aunque la mayoría de los países de la Unión Europea no señalan las molestias en el orden público (especificadas como tales) como objetivo central de su estrategia nacional sobre drogas, sí que abordan las diversas iniciativas que encajan en ese término bajo el epígrafe más amplio de seguridad y orden público[51].

48 Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, *Informe Anual 2007*, Pp. 10-13. Disponible en Internet: http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/oed-2007.pdf, Acceso: 29 diciembre 2007.

49 Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanías, *Informe Anual 2007*.

50 Ministerio de Sanidad y Consumo de España, *Informe Anual 2007,* p. 91.

51 Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanías, *Novedades políticas y legislativas en materia de drogas, preocupación creciente por los efectos del uso de drogas en nuestras comunidades.*

En el caso español, se afirma desde el Gobierno que la clave para disminuir el daño asociado al consumo de drogas, tanto para la persona como para la sociedad, es la educación, la formación de la persona para que sepa tomar decisiones inteligentes, que promuevan su desarrollo y su bienestar, y el del entorno en que vive[52].

3.4. Ecuador

Al terminar este recorrido, y si se conoce de manera general el sistema ecuatoriano podemos darnos cuenta sobre cuál es el primer y más grave problema en la legislación. La normal actual (Ley 108) asimila las figuras de tenencia y consumo, por lo que ambos conductos son tipificados. Uno de los objetivos de la norma actual es un diseño basado en el derecho penal máximo, por lo que su objetivo es la represión de la conducta y no la mejora de la calidad de las personas; lo cual es totalmente incompatible con los actuales principios jurídico-penales de intervención mínima y de seguridad jurídica[53].

La pena de privación de la libertad es una de las limitaciones de derechos más lesivas que existe en la cultura jurídica universal. Su aplicación debe respetar el principio que debe perseguir el interés general de la sociedad, entendido como el aumento de la protección y el goce de los derechos fundamentales del resto de la sociedad a costa del individuo cuyos derechos lesionan el Estado.

Por lo tanto, para concluir, debe plantearse el contenido del derecho a la libertad en una nueva ley dedicada a la regulación del uso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; podría enmarcarse en una norma amplia, con el fin de proteger las condiciones del mayor número de personas posibles; por otro lado, se debería eliminar cualquier equiparación negativa entre consumidores de drogas y productores. Además se debería establecer de manera clara las condiciones y circunstancias en que una persona es considerada como "consumidor".

52 Plan Nacional sobre drogas de España, Plan de Acción 2005, 2008, disponible en Internet: http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/PlandeAccion2005-2008.pdf, Acceso: 29 diciembre 2008.

53 Diez Ripolles, José Luis. "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis, Bogotá, 1991, p. 467.

Finalmente, la represión y sus consecuencias tienen un costo humano que en ocasiones excede el contingente de muertes que se producen en guerras convencionales. Para el maestro Elías Carranza[54], hay que desmitificar la división taxonómica de drogas legales e ilegales pues todas producen por igual daño en la salud; ya que con tal división, se pierde la óptica sanitaria y preventiva para dar paso a una política eminentemente policial-represiva.

IV. El reto a la libertad de elegir (o conclusiones)

Todos los hechos y datos que se han desarrollado en estas páginas nos muestran una serie de conclusiones, que, dado el tema que nos ocupa, quisiéramos plantearlas como puntos de partida para nuevos análisis. El primero, es el fracaso de un sistema penal punitivo, en referencia al consumo de drogas. Al aceptar un sistema así se socavan los cimientos del Estado de Derecho, pues se aceptan intromisiones estatales en la vida privada. En el caso del consumo personal de drogas el único límite es el daño que se produce a terceros, lo cual recae en el campo del derecho penal general. Al no criminalizar estas sustancias evitaremos que los gobiernos conviertan a nuestros países en prisiones de facto.

Al no criminalizar el consumo en el Ecuador, se evitarán las graves afectaciones que un sistema punitivo realiza contra ellos o contra terceros, al plantear un sistema penal excluyente y discriminador. Lo que debe surgir de toda esta discusión, a favor o en contra de criminalización del consumo, es la adopción del garantismo como una teoría de protección de derechos. Mientras el sistema actual define y ve al poder y el mantenimiento del *statu quo* como "bueno" y la sociedad como "mala", un sistema garantista de derechos busca la primacía de la persona y la tolerancia, que caracterizan la igualdad jurídica. En este tipo de construcción, todos los involucrados nos aseguraremos seguridad, libertades y democracia.

Una tercera conclusión es clara: no existe, en nuestra opinión, la posibilidad de una legalización completa o apertura del uso de estupefacientes. Los

54 Un ejemplo de las consecuencias de tal diferenciación se encuentra en la tasa de muertes anuales por otras drogas como el alcohol y sobredosis por psicofármacos, que supera la de muertes por drogas ilegales.

efectos devastadores de ciertas sustancias en las personas, el aparato ilegal y la serie de delitos conexos, vuelve a la droga un problema de seguridad que debe ser combatido por el aparato estatal, pero debe aceptarse la libertad de elegir de las personas para tomar decisiones responsables respecto a su salud y al manejo de su vida.

Finalmente, el uso de las sustancias es un hecho que ha sido una constante histórica en el curso de la humanidad, y es muy probable que esa constante no cambie. Por lo tanto, el deber del Derecho y de los Estados es el de mantener las condiciones mínimas de ejercicio de derechos y, también, el de equilibrar la seguridad, la salud y la libertad para todos los ciudadanos, sin importar su condición. El Derecho no puede ser simplemente una espada de Damocles, que de manera legal anula la demanda de ciudadanos por sustancias. Sin importar qué tan desagradables encontremos, el consumo de drogas, este no terminará o decaerá por una ley. En estos casos, es evidente que el futuro de la legislación debe plantearse desde el poder de las personas para elegir, y la capacidad de los Estados para adaptarse a las necesidades de los pueblos.

V. Bibliografía

Administrative Office of the United States Courts, 2006 *Wiretap Report*. Washington, DC: USGPO, April 2007.

Aguayo Quezada, Sergio, Bagley, Bruce Michael y Stark, Jeffrey (1990). Introducción. "México y Estados Unidos: en busca de la seguridad", en Aguayo Quezada, Sergio y Bagley, Bruce Michael, *En busca de la seguridad perdida: aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*, Siglo XXI, México, 2002.

Centro Europeo de Monitoreo de Drogas y Adicciones. Reporte: Situación de Drogas en Holanda 2008, Internet: *http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index61221EN.html.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Observación general Nº 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, (artículo 12 del Pacto Interna-

cional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); UN. Doc. E/C.12/2000/4, párr. 2.

Comité de Derechos Humanos, Caso *Giosue Canepa v. Canadá*, Comunicación No. 558/1993, dictamen de 3 abril 1997. U.N. Doc. CCPR/C/59/D/558/1993 (1997).

———, *Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad*, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988).

———, *Observación General No. 8, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1 /Rev.7 at 147 (1982).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Constitucionalidad Nº 179/94, de 13 abril 1994, Ponente: Dr. Carlos Gaviria.

Diez Ripolles, José Luis. "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en *Nuevo Foro Penal*, N° 54, Temis, Bogotá, 1991.

Estadísticas del Centro Europeo de Monitoreo de Drogas y Adicciones, Internet: *http://www.emcdda.europa.eu/themes/drug-situation/commentary.*

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

Harrison, Paige M. & Beck, Allen J., Ph.D., *US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2005*, Washington DC, US Department of Justice, Nov. 2006.

International Coffee Organization, *Evaluation of Caffeine Safety, a scientific status summary by the Institute of Food Technologists' Expert Panel on Food Safety and Nutrition*, 1987. Food Technology, Institute of Food Technologists, Chicago, 41(6):105-113, June 1987.

Ley orgánica de protección de la Seguridad Ciudadana. Ley 1/1992, de 21 febrero, aparecida en el Boletín Oficial del Estado del 22 del mismo mes y año. España.

Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, España, 1997.

Ministerio de Sanidad y Consumo (España), Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Informe Anual 2007, Internet: http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/oed-2007.pdf .

Nadelmann, Ethan, “Pensando seriamente en alternativas a la prohibición

de las drogas" en Comisión Andina de Juristas, *Drogas y control Penal en los Andes*, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1994.

Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito y Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, *Elementos orientadores para las políticas públicas sobre drogas en la subregión: primer estudio comparativo sobre consumo de drogas y factores asociados en población de 15 a 64 años*, Tetis Graf, Lima, Perú, abril 2008.

Organización de Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 diciembre 1990.

Plan Nacional sobre drogas de España. Plan de Acción 2005, 2008, Internet: http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/PlandeAccion2005-2008.pdf.

Sabol, William J., PhD, and West, Heather C., *Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2007*, Washington, DC: US Department of Justice, December 2008, U.S. Department of Justice, Internet: http://www.usdoj.gov/dea/agency/staffing.htm.

United Status Office of National Drug Control Policy, *Reducing Drug Use in America December 2008 fact sheet*, Internet: http://www.ondcp.gov/news/press08/MTF2008_factsheet.pdf.

US Sentencing Commission, "Report to Congress: Cocaine and Federal Sentencing Policy", Mayo 2007.

Walmsley, Roy, *World Prison Population List (Fourth Edition)* London, England, UK: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 2003.

Washington Office of Latin America, *"The Captive State: Organized Crime and Human Rights in Latin America"*, Washington, febrero 28, 2008.

Youngers, Coletta, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy*. Boulder, Colo, Rienner, 2005.

Zaffaroni, R., Alagia, A., y Slokar, A., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

IV

Tensiones y tendencias para una nueva legislación de drogas

El fracaso de la política antidrogas y los conflictos institucionales que genera en Colombia

Mauricio Martínez

Sumario:

I. Introducción. **II.** La declaración del estado de cosas inconstitucional del desplazamiento de las víctimas. **III.** Freno al reciclaje de narcoparamilitares. Intentos del gobierno de Uribe por reconocerles estatus político. **IV.** La despenalización de la dosis personal de drogas: la Corte Constitucional protege la autonomía personal pero el gobierno la desafía con las "mayorías". **4.1.** Defensa del libre desarrollo de la personalidad. **4.2.** Intentos del Ejecutivo y Legislativo por revivir la norma. **V.** Las cárceles para narcotraficantes y guerrilleros: estado de cosas inconstitucional. **5.1.** La excepcionalidad penal se "normaliza" en las cárceles de alta seguridad. **5.2.** Declaratoria del "estado de cosas inconstitucional" en las prisiones administradas por el Ejecutivo. **5.3.** Constatación de los tratos crueles por la Organización de Naciones Unidas: *paramilitarismo* y sistema penal subterráneo. **5.4.** Continúa el control constitucional frente al deterioro de los derechos fundamentales. **5.4.1.** Protección a la dignidad humana. **5.4.2.** Las restricciones del régimen interno debe ser proporcional y razonable. **VI.** Conclusión.

I. Introducción

La situación de guerra que ha vivido Colombia, como país productor de drogas, sirve de ejemplo paradigmático del fracaso de la política antidrogas implementada por Estados Unidos para toda la región, aun bajo el gobierno de Álvaro Uribe, que se presentó en la región como el nuevo paradigma de la seguridad, siendo el mayor receptor latinoamericano de la ayuda militar norteamericana con cerca de 3 700 millones de dólares durante el período de 1998 a 2004 y uno de los cinco más importantes del mundo, después de Israel, Egipto, Afganistán, e Irak y en vías de convertirse en el "Israel sudamericano"[1].

La política antidrogas implementada por el último gobierno no solo ha registrado, según los expertos, un rotundo fracaso[2], sino que ha servido para desinstitucionalizar al país, enfrentando al Ejecutivo con los altas Cortes: con la Corte Constitucional por, según el gobierno, convertirse en "legislador positivo", y con la Corte Suprema de Justicia por "decidir con sesgo ideológico" y hasta de servirle al terrorismo. Para el gobierno actual estamos en un "**Estado de opinión**", que supera al "obstaculizador" *Estado constitucional de los derechos:* para el primero lo más importante es mantener satisfechas a las

1 Véase el análisis en este sentido del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, en *Colombia vista desde el patio latinoamericano*, en "Más allá del embrujo", Bogotá, 2005, pp. 21 y ss.

2 El diario El Tiempo, el de mayor circulación en el país y muy cercano al gobierno de Uribe (de la familia del vicepresidente Santos) , reseñaba así dicho fracaso: "Dos recientes informes del Internacional Crisis Group, un centro de estudios basado en Bruselas (La droga en América Latina), hacen un inventario del fracaso de la estrategia antidrogas, muestran cómo las redes transnacionales se expanden por la región y cómo pese a la fumigación y la erradicación manual de casi 600.000 hectáreas entre el 2004 y el 2006, Perú Colombia y Bolivia continúan produciendo cerca de 1.000 toneladas de hidroclorato de cocaína (1.421 en 2007, según el zar antidrogas de Estados Unidos, más o menos lo mismo que cuando comenzó el Plan Colombia; y cómo el consumo se ha mantenido estable en E. U. y crece en Europa… Es imperioso revaluar la estrategia. El enfoque ha sido equivocado, pues ninguna de las metas fijadas por la ONU en 1998 ha sido alcanzada… Se trata, entre otros, de hacer mucho más énfasis en el aspecto de salud pública y de reducción del daño (en Europa). De salir de la simplificación de la alternativa prohibición-legalización; de diferenciar los niveles de daño de las distintas sustancias (es absurdo equiparar cannabis con heroína); de remplazar el rígido principio de 'cero tolerancia' por uno de reducción del daño… de reconocer que no va a haber un mundo sin droga y que la pura represión solo contribuye a hacer el negocio más rentable…", Véase *Drogas y Democracia*, editorial del 25 mayo 2008.

mayorías haciéndolas sentir seguras frente al mal, representado entre otros en las drogas prohibidas.

Instrumento esencial para esta manipulación de la *opinión* es el **populismo punitivo**, con el cual el ofrecimiento de penas altas y hasta la cadena perpetua, es el único y más barato instrumento para responder al sentimiento de inseguridad que genera el estado de desesperanza y de falta de expectativas generalizado entre los sectores más pobres y victimizados por la violencia[3].

En tema de política antidrogas, entre las decisiones judiciales más polémicas, por tener que ver con los fundamentos ideológicos del establecimiento y que ha enfrentado al Ejecutivo con las altas Cortes, se encuentran: a) la declaración del *estado de cosas inconstitucional* del desplazamiento de las víctimas del conflicto armado y de la política antidrogas (2004); b) la despenalización del consumo de dosis personal de las drogas(1994); c) la que se opone a reconocer carácter político a las bandas de narcoparamilitares a través de la Ley de Justicia Paz (2006), y d) la constatación de la violación de derechos fundamentales en las cárceles de alta seguridad para narcotraficantes y guerrilleros (1998). El fracaso de la política antidrogas ha tenido repercusiones respecto de casi todos los derechos fundamentales, a saber, el derecho a la vida, a la paz, a la autonomía personal, al medio ambiente, a la participación de los pueblos indígenas, al debido proceso en todas sus fases, etc. Pero en esta oportunidad hemos seleccionado solo los que se relacionan con las decisiones antes indicadas.

II. La declaración del estado de cosas inconstitucional del desplazamiento de las víctimas

Es internacionalmente sabido que Colombia es un país en guerra por virtud de la política antidrogas y "antisubversiva", con las tasas más altas de homi-

3 Para el gobierno por el contrario el éxito de su política antidrogas lo demuestra la reducción de los cultivos ilícitos y de producción de cocaína, soslayando el llamado efecto globo producido en la región andina, según el cual la reducción de las drogas en un país produce el desplazamiento de los cultivos y de la producción en otro: según el Informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, ONUDD, de junio 2009, la producción de cocaína en Colombia disminuyó

cidios en el mundo[4] y el segundo país con desplazamientos forzados: desde 1985 y hasta 2008, se habían desplazado de sus tierras cerca de 4 629 190 personas[5], que integran unas 925 838 familias aunque el gobierno, por el contrario, niega la existencia de *un conflicto* y sostiene que se trata de "una inmigración interna", con una cifra de "solo" 2 977 209 personas que han abandonado 4 800 000 hectáreas de tierra. Se registra igualmente que desde el año 2000 los desplazados antes señalados han abandonado cerca de 5,5 millones de hectáreas, equivalentes al 10,8% del área agropecuaria del país, lo cual genera un lucro cesante del 11,6 del Producto Interno Bruto del país, y según la Contraloría General de la República (organismo que vigila las finanzas del Estado) cerca de la mitad de las tierras productivas del país seguía en manos de los narcoparamilitares, o sea 4 000 000 de hectáreas fértiles con un costo de 2 400 millones de dólares. De estas, con la actual política antidrogas, se han incautado sólo cerca de 321 00 hectáreas.

Frente al gravísimo problema del desplazamiento forzado, originado en la guerra contra las drogas y por lo actores que se disputan los territorios con cultivos ilícitos, la Corte Constitucional protegió los derechos de los desplazados que sobreviven en condiciones críticas de pobreza, tomando una decisión sin precedentes y obligando al gobierno colombiano a adoptar políticas públicas a su favor: en la sentencia de tutela T-025 de 2004 consideró que ante la multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encontraban los desplazados, estos tenían derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. Es importante resaltar que en 2008 se agravó el desplazamiento forzado "en las zonas en las que implementó la política de fumigaciones aéreas y erradicación manual forzada de cultivos de uso ilícito, que afectó a por lo menos 13 450 personas que huyeron en forma masiva aduciendo falta de garantías para sus vidas, como consecuencia de operaciones militares que, además, afectaron seriamente su soberanía alimentaria"[6].

en un 18%, mientras Bolivia aumentó en un 6% y Perú en un 4%.

4 Para 2009 el primer lugar en Latinoamérica lo ocupaba Honduras, siendo Colombia el 4º.

5 Véase CODHES, "Consultoría para los Derechos Humanos y el desplazamiento", Informe de abril 2009, Bogotá. Igualmente el documento de la Conferencia Episcopal de Colombia y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Bogotá, junio 2006.

6 CODHES, *ibídem*.

Como lo había hecho la Corte Constitucional en 1998 frente a las cárceles nacionales, esta vez también declaró el "estado de cosas inconstitucional" respecto de la situación de la población internamente desplazada, por varios motivos: a) por la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrentaba la población desplazada que fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos; b) el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas; c) los procesos acumulados demostraban la vulneración de los derechos y afectación de gran parte de la población desplazada en múltiples lugares del territorio nacional, y que las autoridades habían omitido adoptar los correctivos requeridos; d) la continuación de la vulneración de tales derechos no era imputable a una única entidad; y e) entre los factores estructurales que originaron la gravísima situación de inconstitucionalidad la Corte destacó la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas.

No obstante la citada declaración de *estado de cosas inconstitucional*, después del 2004 la Corte Constitucional ha considerado que persisten las causas que motivaron tal declaración, por lo que ha debido proferir nuevas órdenes para que el gobierno implemente políticas públicas para garantizar los derechos de la población desplazada[7].

III. Freno al reciclaje de narcoparamilitares. Intentos del gobierno de Uribe por reconocerles estatus político

Frente a la llamada ley de justicia y paz, expedida en el proceso de negociación con un grupo de apariencia política, pero que paulatinamente las investigaciones y procesos judiciales demostraron su relación con el narcotráfico, la Corte Constitucional desempeñó un papel relativamente satisfactorio frente a las exigencias de verdad, justicia y reparación que hacían las organizaciones de víctimas de los crímenes cometidos por los narcoparamilitares, las organizaciones de Derechos Humanos y la comunidad inter-

7 Véase, por ejemplo, Autos A-337 de 2006, A-081 de 2007, o A-092 de 2008

nacional. En la decisión[8] que controló constitucionalmente la Ley 975 de 2005 sobresale la declaratoria de inexequibilidad de las siguientes disposiciones criticadas fundamentalmente por dar paso a la impunidad:

a) el artículo 71 que adicionaba la norma del Código Penal sobre Sedición, equiparando el paramilitarismo con este delito político;
b) el art. 70 que contemplaba rebaja de penas hasta en una décima parte para quienes cumplieran penas por sentencia ejecutoriada;
c) parte del art. 25 que otorgaba la pena alternativa para hechos conocidos con posterioridad a la sentencia o al indulto pero callados durante el proceso;
d) parte del art. 11.5 que exigía, para acceder a los beneficios, la entrega de los bienes producto de la actividad ilícita para reparar a la víctima, sólo si "disponía de ellos"; y del art. 17 que exigía indicar los bienes para reparar a las víctimas, sólo si "los tuvieren"; así como parte del art. 18 que contemplaba la solicitud de medidas cautelares en el momento de formular la imputación solo sobre bienes "de procedencia ilícita que hayan sido entregados";
e) parte del art. 46 que contemplaba la restitución de las propiedades de las víctimas sólo "de ser posible";
f) parte del art. 20 que establecía que, en caso de acumulación jurídica de penas por condenas anteriores, la pena no podía ser superior a la prevista en dicha ley;
g) el art. 31 que establecía que el tiempo de permanencia en las zonas de concentración durante la negociación debía computarse como tiempo de ejecución de la pena alternativa;

Para aceptar la validez constitucional de la citada ley, en términos generales, la Corte Constitucional defendió argumentos como estos:

1) Acepta que la Ley mencionada está dirigida a lograr Justicia y Paz a través de su aplicación a los paramilitares, pero en las consideraciones no se hace referencia al combate al narcotráfico.

8 Sentencia C-370 de 2006.

2) La justicia no puede ser elevada a la categoría de un derecho absoluto, a tal punto que la paz sea sacrificada o su realización impedida. La justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para ello el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas para adoptar amnistías o indultos.
3) El legislador puede reducir el alcance del derecho a la justicia en aras de promover otros derechos constitucionales; puede por ejemplo realizar los derechos de las víctimas a la no repetición, a la verdad, y a la reparación.
4) La alternatividad consagrada es un beneficio que involucra una significativa reducción de pena para los destinatarios de la ley, pero que se ampara en un propósito de pacificación nacional, interés que está revestido de relevancia constitucional.
5) La configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz, resulta acorde con la Constitución en cuanto no entrañaría una desproporcionada afectación del valor justicia, que se preservaría por la imposición de una pena originaria, dentro de los límites establecidos en el Código Penal[9].

9 Por el contrario, para quienes salvaron el voto en dicha decisión (magistrados Araujo, Beltrán y Sierra), la Ley en su totalidad ha debido declararse inexequible. Así el magistrado Araujo: 1) Como quiera que la Ley define el núcleo esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, le otorga naturaleza de ley estatutaria, y como no se tramitó conforme a esta, es contraria a la Constitución Política; 2) De conformidad con el artículo 150, numeral 17 de la Constitución Política, es posible conceder amnistías o indultos por delitos políticos, no por delitos comunes como lo hace la Ley objeto del control, y por tanto debió ser tramitada con unas mayorías especiales, 2/3 de los votos de una u otra Cámara. Y en relación con las divergencias con el Presidente de la Corporación, sobre una eventual disparidad entre lo decidido y lo publicado, el magistrado Araujo consideró que:

a) No se decidió en la sala el denominado efecto general inmediato de la presente sentencia que aparece en la parte motiva, antes de la resolutiva.

b) Respecto de condenas anteriores, estas seguían vivas y ese fue el motivo para declarar inconstitucional el último apartado del inciso 2, del artículo 20, de la Ley 975 de 2006 que decía: "Cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley". Este artículo es el que prevé el tema de

Sea como fuere, para el gobierno, y para los beneficiarios de esta Ley, la declaratoria de inconstitucional parcial representó un revés inesperado para una política de reinserción de organizaciones criminales mimetizadas con el narcotráfico, liderada por el Ejecutivo y que contó con el apoyo de un Legislativo controlado en un 30% –según los voceros narcoparamilitares– por los mismos beneficiarios. La declaratoria de inconstitucionalidad señalada fue sólo el comienzo de un enfrentamiento del gobierno con todo el Poder Judicial, pues luego continuó con la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala

que pasa que las personas que ya tenían condenas (acumulación de penas). Al ser declarado inconstitucional, la parte final "pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley"; se obligaba a pagar la pena anterior ya impuesta y también pagar la nueva pena (de 5 a 8 años). Mediante un razonamiento o argumento a *contrario sensu*, la pena alternativa podía ser, ahora; superior a los ocho (8) años, que era la máxima prevista en la presente ley.

Este entendimiento, que yo tuve en la Sala Plena, emanó objetivamente, de los ejemplos que planteó en la Sala el Presidente de la Corte Constitucional —cuarenta (40) años de una pena anterior, más cinco (5) años de los nuevos delitos, en el caso de aplicar el mínimo de la nueva ley; para un total por ejemplo, de cuarenta y cinco (45) años—. Este mismo entendimiento fue el señalado por el Presidente de la Corte, el mismo día de la decisión en la rueda de prensa que dio el jueves 18 de mayo de 2006; y cuya rueda de prensa solicito se tenga como prueba en su integridad. Idéntico entendimiento sobre el tema fue el que expresó el Presidente en la mañana del viernes 19 de mayo, cuando explicó por "La W radio" la sentencia, a las 6:03 de la mañana, intervención que anexo a esta constancia con el fin de que forme parte de este salvamento de voto.

La nueva posición de la Corte crea una absoluta confusión, pues altera la sentencia anterior y la cosa juzgada lo que conlleva a un absoluto desconocimiento de los presupuestos para la acumulación de penas, que en modo alguno hace relación a alteraciones de la cosa juzgada, sobre todo si se consideran los requisitos establecidos genéricos establecidos en el artículo 31 del Código Penal que es la norma a la cual remiten. No se entiende lo referente a la acumulación respetuosa de las reglas y los efectos del Código Penal, si se ha sostenido en la providencia que por razón de dicha aplicación se tenga que recurrir a sólo los efectos benéficos de la ley 975 de 2005. Esto por cuanto se refiere la sentencia a un respeto por presupuestos legales establecidos como norma general, pero a *contrario sensu* advierte una especie de perdón y olvido que no está contemplado en el sentido de la norma a la que se acude, ni mucho menos se puede desprender de los efectos de la acumulación jurídica de penas, que en sano rigor se refieren a un ajuste formal para efectos de impedir la consagración de violaciones al tope máximo fijado por la ley (esto es, sesenta años), y, por el otro, impedir que las penas sean sumadas de manera meramente matemática.La nueva interpretación que no consulta los efectos de la mencionada acumulación de penas que resulten del proceso de desmovilización, con las penas ya impuestas en precedencia que hicieron tránsito a cosa juzgada, todo porque del resultado de la ejecución de la ley 975 de 2005, no puede devenir una excepcional pérdida de la ejecución de la pena a la que no se refiere el nuevo estatuto para los desmovilizados".

Penal continuó con las investigaciones, encarcelando parlamentarios que habían apoyado la Ley y luego se comprobó que estaban involucrados con las organizaciones narcoparamilitares: Para mediados de 2009 los parlamentarios condenados, encarcelados o vinculados con la parapolítica –que habían recibido apoyo de los narcoparamilitares para llegar a cargos oficiales, generalmente de elección popular– eran 100 representantes(diputados) y 40 senadores[10]. No obstante lo anterior, la coalición de gobierno no se desintegró porque la ley electoral permite que los vinculados con el crimen organizado sean reemplazados por miembros del mismo partido; por el contrario el gobierno propuso revivir la inmunidad parlamentaria para detener la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema siguió el criterio de la Corte Constitucional, pero, a diferencia de ésta que se había detenido en aspectos formales de la ley, entró al fondo de la categoría delictiva negando el carácter político al *narcoparamilitarismo*[11]; entre las consideraciones de orden constitucional y de teoría del delito para negar la pretensión de Ejecutivo y Legislativo se destacan: 1) El paramilitarismo se adecua al delito de *concierto para delinquir*, mientras el delito político tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden; 2) Los hechos delictivos cometidos por los narcoparamilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, contando, por el contrario, con el apoyo de importantes sectores institucionales; 3) Por ello los narcoparamilitares no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y no podrán acceder al servicio público; 4) Reconocerles carácter político atenta contra la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del delincuente y la igualdad; 5) El bien jurídico protegido en el delito político es el régimen constitucional, mientras en el concierto para delinquir de los narcoparamilitares es la seguridad pública por alterar la tranquilidad de la co-

10 De los partidos de la coalición de gobierno vinculados o condenados por el fenómeno de la parapolítica, sobresalen: 12 del Partido de la U, 11 de Cambio Radical, 7 de Convergencia Ciudadana, 7 del Partido Conservador, 6 de Colombia Democrática, 4 de Colombia Viva, 5 de Apertura Liberal, 4 de Alas Equipo Colombia.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 26945, 11 julio 2007 (M.P. Yesid Ramírez B. y Julio E. Socha S.).

munidad y generar desconfianza colectiva para el ejercicio de las actividades ordinarias; 6) La acción del delincuente político (rebelde o sedicioso) busca un fin colectivo de bienestar y la instauración de un gobierno que cree justo e igualitario, mientras la del paramilitar la satisfacción de necesidades egoístas, busca cometer delitos en forma indiscriminada; 7) En el delito político se busca socavar la institucionalidad, mientras el narcoparamilitarismo entraña solapamiento con la institucionalidad; 8) El narcoparamilitarismo no permite tratos permisivos a los condenados, lo contrario para los delincuentes políticos, como forma de solución y apaciguamiento del conflicto.

Por todo lo anterior, el Ejecutivo pidió colaboración armónica, acusó a los magistrados de la Sala Penal de juzgar selectivamente y con sesgo ideológico, de hacerle juego al terrorismo, etc.; y para desafiar entonces a las dos Cortes amenazó con un proyecto de ley en el que se declararía que el *paramilitarismo* representa sedición, que es entonces un delito político, con lo cual se reviviría la norma declarada inconstitucional y se les daría oportunidad de aspirar a cargos públicos, a no ser extraditados y a pedir asilo político, de convocar a un referéndum para convalidar la segunda reelección, etc.

El enfrentamiento del Ejecutivo con la Corte Suprema de Justicia continuó a propósito de la extradición de los narcoparamilitares[12], pues la máxima instancia en materia penal, siguiendo doctrina constitucional, de la Corte Penal Internacional y de organismos internacionales de derechos humanos, estableció que dicho mecanismo de colaboración internacional debe condicionarse a la reparación de las víctimas de ese delito, ya que el Estado colombiano se ha comprometido en alcanzar para ellas verdad, justicia y reparación, máxime cuando el concierto para delinquir de los paramilitares hace parte de los crímenes de *lesa humanidad* [13]. Pero a la cúspide del choque de poderes se llegaba cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, al condenar a la ex parlamentaria que definió la reelección del presidente Uribe

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 29472, 10 abril 2008 (M. P. Yesid Ramírez B.).

13 Por ello, concluía la Corte Suprema en la decisión antes citada que, "en aras de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, que si en supuesto concreto de extradición se produce como consecuencia del mismo la violación de los derechos de las víctimas, el concepto deberá ser emitido en forma negativa o si el mismo es de carácter favorable será condicionado para evitar el desamparo de quienes han padecido las consecuencias de los delitos confesados por el desmovilizado-postulado".

por el delito de cohecho cuestionó el Acto Legislativo que la aprobó: "Resulta inaudito que desde las altas esferas del poder de la época, por algunos de sus miembros, se impulse la desinstitucionalización al promover el quebrantamiento de las reglas básicas del modelo de Estado, cuando en busca de un beneficio particular se impulsó a toda costa un Acto Legislativo, sin importar que para sacarlo avante se llegare hasta la comisión de conductas punibles (…) la aprobación de la reforma constitucional fue expresión de una clara desviación de poder"[14]. Por ello mismo, entre otras, compulsó copias ante la Corte Constitucional, avalando la solicitud de revisión del mencionado Acto Legislativo. La reacción del Presidente y el enfado con la Corte Suprema llegó al extremo de desafiar la anterior decisión judicial, amenazando con un referendo para repetir las elecciones de 2006.

IV. La despenalización de la dosis personal de drogas: la Corte Costitucional protege la autonomía personal pero el gobierno la desafía con las "mayorías"

4.1. Defensa del libre desarrollo de la personalidad

Tal vez entre las decisiones más importantes tomadas hasta el momento por el Tribunal constitucional colombiano en materia de drogas está la relacionada con la despenalización del consumo de drogas limitadas a la llamada dosis personal. En efecto, la Corte —al realizar el juicio de exequibilidad en 1994 de algunos artículos de la Ley 30 de 1986 o Estatuto de Estupefacientes, vigente hoy en gran parte— consideró que la norma que criminalizaba el consumo de drogas en cantidades mínimas violaba el precepto constitucional vigente desde 1991, que protege el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, derecho que comprende la posibilidad de ingerir libremente sustancias que comprometen exclusivamente a la persona que lo realiza.

Esta vez se impuso la tendencia de la Corte que defiende la Constitución colombiana como carta de derechos, libertaria y democrática; que rechaza la intervención del Estado como dueño y señor de la vida de las personas y que

14 Sentencia del 26 junio 2008, aprobada por Acta No. 173.

se entromete en asuntos de la moral personal. Consideró el alto tribunal de control que es parte de la autonomía personal y, por tanto, parte de la dignidad humana, la decisión de curar la salud o de morirnos, pues la persona no es un instrumento de la comunidad. Se fundamentó, así mismo, en el principio de igualdad, pues no es posible tolerar unas sustancias que representan igual o peor daño, como las que producen colesterol o cáncer. En fin recomendó al Estado colombiano, utilizar medidas educativas, antes que represivas, para orientar a las personas a elegir su propia forma de vida[15].

Pero la posición de la Corte Constitucional tampoco representa una posición antiprohibicionista; más bien podría ubicarse en lo que se ha denominado como posición intermedia entre el prohibicionismo y la legalización, o sea, la de la reducción del daño, que implica reducir la punibilidad del consumo, fortalecer los programas preventivos, reducir las fumigaciones aéreas y aumentar la erradicación manual, promocionar alternativas rentables para los cultivadores, etc. Es la misma posición que ha asumido recientemente el PNUD, pero que ha causado malestar en el gobierno, defensor a ultranza de la política prohibicionista de los Estados Unidos.

En nuestro parecer la decisión despenalizadora de la Corte, arriba señalada, no resuelve el problema del consumo o del tráfico de drogas definidas ilícitas, pues está limitada a lo que define la ley como dosis personal, y la salud de los consumidores sigue expuesta al peligro del mercado clandestino, pues el comercio, incluido el de las cantidades definidas como "dosis personal", sigue siendo delictiva. De todas formas, la despenalización ha servido, entre otros objetivos a 1) salvar de las drogas a miles de personas que ingresaban a los mayores centro de su distribución, las cárceles; 2) limitar los efectos simbólicos logrados con la

15 Sent. C-221 de 1994: con base en esta sentencia, que deja sin vigencia el art. 51 de la Ley 30 de 1986, se despenaliza el consumo de marihuana hasta 20 gramos, de hachís hasta 5 gramos, de cocaína hasta 1 gramo y metacualona hasta 2 gramos. En sentido contrario, la posición minoritaria de la Corte consideró que el libre desarrollo de la personalidad no es absoluto; que no puede ejercerse en perjuicio de los demás, como lo son el entorno familiar y social; que la drogadicción es una forma de esclavitud que atenta contra la dignidad humana; que es deber del Estado y de las personas conservar la vida, etc. Esta posición de la minoría de la Corte fue aprovechada por los "empresarios morales", incluido el presidente de la República de entonces, César Gaviria, para lanzarse en ristre contra el alto tribunal; hubo incluso tentativas de desobedecimiento de la decisión, pero el enfrentamiento terminó con el Decreto 1108 de 1994 del ejecutivo, limitando y reglamentando el uso de las sustancias despenalizadas.

presentación de los consumidores criminalizados como los trofeos en la "lucha contra el narcotráfico", haciéndole sombra a los narcotraficantes; 3) abrir el debate en Colombia sobre la legalización también del negocio: hoy defienden esta posición, por ejemplo el Parlamento Andino, los dos diarios nacionales más importante del país, el premio Nobel de Literatura Gabriel García Márquez, periodistas y académicos como Antanas Mokus, Salomón Kalmanovitz, Antonio Caballero, Daniel Samper, el ex Fiscal General de la Nación De Grey, y hasta la guerrilla más grande del país, las FARC, acusada de narcotráfico[16].

16 En la página web de esta organización ilegal armada se ha insistido en que la única alternativa para eliminar el narcotráfico es legalizar el consumo de la droga. Por ejemplo, en marzo de 2000 publicaron la siguiente declaración: "Con el desarrollo a ultranza del capitalismo en su etapa imperialista, que en esta fase de la globalización hunde en la miseria a la mayoría de la población mundial, muchos pueblos de importante economía agraria, optan por los cultivos de coca, amapola y marihuana como única alternativa de sobrevivencia. Las ganancias de estos campesinos son mínimas. Quienes verdaderamente se enriquecen son los intermediarios que transforman estos productos en substancias sicotrópicas y quienes los llevan y realizan en los mercados de los países desarrollados, en primer lugar el de Estados Unidos de Norteamérica. Las autoridades encargadas de combatir este proceso son fácil presa de la corrupción, pues su ética sucumbe ante cualquier soborno mayor de 50 dólares. Gobiernos, empresarios, deportistas, artistas, ganaderos y terratenientes, militares, políticos de todos los pelambres y banqueros se dan licencias morales para aceptar dineros de este negocio que genera grandes sumas de dólares provenientes de los drogadictos de los países desarrollados. El capitalismo ha enfermado la moral del mundo haciendo crecer permanentemente la demanda de estupefacientes, al mismo tiempo que las potencias imperialistas ilegalizan ese comercio dada su capacidad para producir la materia prima. El ejemplo del mercado de la marihuana en los Estados Unidos es plena evidencia. El narcotráfico es un fenómeno del capitalismo globalizado y de los gringos en primer lugar. No es el problema de las FARC. Nosotros rechazamos el narcotráfico. Pero como el gobierno norteamericano pretexta su criminal acción contra el pueblo colombiano en la existencia del narcotráfico lo exhortamos a legalizar el consumo de narcóticos. Así se suprimen de raíz las altas rentas producidas por la ilegalidad del este comercio, así se controla el consumo, se atienden clínicamente a los farmacodependientes y liquidan definitivamente este cáncer. A grandes enfermedades grandes remedios. Mientras tanto, deben aportar fondos suficientes a la curación de sus enfermos, a campañas educativas que alejen a la humanidad del consumo de estos fármacos y a financiar en nuestros países la sustitución de los cultivos por productos alimenticios que contribuyan al crecimiento sano de la juventud del mundo y al mejoramiento de sus calidades morales". Posteriormente, en septiembre de 2006, el Secretariado de la misma organización negó que ella participara en el negocio del narcotráfico, reiterando la opción de la legalización: "Las FARC no siembran, ni tienen cultivos, ni procesan, ni transportan ni mucho menos comercializan ninguna clase de narcóticos ni productos psicotrópicos (…) (el problema del narcotráfico) solo se ganará si se diseña una estrategia mundial que incluya la legalización de estos productos, porque acabaría de un tajo con las ganancias fabulosas que genera". Véase *El Tiempo* (Bogotá), 10 septiembre 2006, pp. 1-7.

Posteriormente la discusión *supra* planteada desembocó, bajo el impulso del ex presidente colombiano César Gaviria, del ex presidente mexicano Ernesto Zedillo, y del ex presidente brasileño Fernando Henrique Cardoso, entre otros, en la propuesta de un nuevo paradigma suscrito por la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia sustentado en tres directrices: 1) El tratamiento del consumo de drogas como problema de salud pública; 2) La reducción del consumo mediante acciones de información y prevención, y 3) La focalización de la represión sobre el crimen organizado[17].

Igualmente sirvió para demostrar que no por la despenalización mencionada el país se convirtió en el gran consumidor de drogas advertido por la clase dirigente. En efecto, Colombia no es considerado un "país consumidor de drogas ilícitas"; por el contrario, como sucede en la mayor parte de países del mundo, las muertes se causan en la lucha cotidiana por la supervivencia; se producen en convivencia con las drogas lícitas como el alcohol o el cigarrillo, o en accidentes de tráfico de automotor[18]; en sentido contrario en la llamada guerra contra las drogas, que convirtió a nuestro país en lo que García Márquez ha llamado el laboratorio experimental de la política internacional antinarcóticos, en las dos décadas anteriores se produjeron cerca de 100 000 muertos, lo que contrasta con los 7 000 muertos, que según las estadísticas oficiales, produce el consumo de drogas ilícitas en los Estados Unidos.

La Corte Suprema de Justicia complementó la anterior decisión de la Corte Constitucional y en una decisión de casación superó las limitaciones que ella contenía, en noviembre de 2008, en defensa del carácter de *ultima ratio y de intervención mínima* del derecho penal, de la relatividad de la lesión a la salud en las cantidades de la dosis personal, etc., disponiendo que las cantidades que se acerquen al límite de lo permitido para consumidores, se ubica

17 La Comisión latinoamericana propuso tomar las siguientes iniciativas: a) Transformar los adictos de compradores de drogas en el mercado ilegal en pacientes del sistema de salud; b) Evaluar con un enfoque de salud pública y haciendo uso de la más avanzada ciencia médica la conveniencia de descriminalizar la tenencia de marihuana para consumo personal; 3) Reducir el consumo a través de campañas innovadoras de información y prevención que puedan ser comprometidas y aceptadas; 4) Focalizar las estrategias represivas hacia la lucha implacable contra el crimen organizado, y 4) Reorientar las estrategias de represión al cultivo de drogas ilícitas, etc.

18 Según la Encuesta Nacional de Salud publicada por el Ministerio de la Protección Social en abril de 2008, alrededor de 2 500 000 mayores de 12 años eran dependientes del alcohol; el 12,8% de los adultos entre 18 y 69 años fuma, mientras el 2,5% de jóvenes entre 12 y 17 años lo hace.

en una sutil franja de lo importante a lo insignificante y aunque el legislador no ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a una punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección[19]. Por lo anterior, sentó como jurisprudencia penal que en asuntos referidos a la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes "debe hacerse desde la perspectiva de la dosis personal; esto es, estableciendo si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas… El concepto de dosis personal al que se ha hecho referencia, deslindado por completo de conductas que evidencien tráfico, oneroso o gratuito de drogas, emerge como parámetro de racionalización del poder punitivo cuando se trata de examinar la conducta de los adictos o de personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la legalmente permitida, porque a pesar de la percepción simplemente objetiva de haberla superado, es lo cierto que la actividad que desarrollan es lícita y corresponde al exclusivo ámbito de libertad de esa persona"[20].

4.2. Intentos del Ejecutivo y Legislativo por revivir la norma

Las reacciones contra la Corte Constitucional no se hicieron esperar y en esta, como en otras decisiones de los jueces que defienden simplemente derechos fundamentales, se lanzaron propuestas de reforma contra el poder de control que ejerce el organismo. Incluso el primer Ministro de Justicia del gobierno de Uribe, incriminaba al tribunal constitucional, por haber tomado la anterior decisión, por cuanto, supuestamente con el dinero que se compra la droga de la dosis personal se financian actos terroristas. Y ante la prohibición constitucional vigente de expedir una ley contrariando una decisión como la que comentamos, por iniciativa del gobierno de Uribe se ha intentado varias veces repenalizar el consumo de las mismas sustancias.

En su primer mandato mediante un referendo, para someter un derecho fundamental al mercado electoral, a la manipulación de las mayorías deso-

19 Véase Sent. de 8 agosto 2005, Rad.18609.

20 Véase Sent. de 18 noviembre 2008, Acta No. 333.

rientadas, pero aseguradas en el llamado "Estado de opinión". Aquí la misma Corte, aunque con magistrados diferentes, controló oportunamente los tentativos del ejecutivo y del legislativo, declarando inconstitucional parte de la convocatoria al referéndum[21]. En efecto, en el referendo que el gobierno presentara "para luchar contra la corrupción" había introducido una pregunta sobre el narcotráfico y la drogadicción con la cual pretendía ganarse la opinión pública, para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad protegido constitucionalmente y poder criminalizarlo desde la Carta Política. La pregunta sensacionalista decía:

> Para proteger la sociedad colombiana particularmente su infancia y su juventud contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo? Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas, como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis y otros similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción (...) etc.

La Corte constitucional declaró inexequibles las notas introductorias de todas las preguntas del referéndum por ser manipuladoras e inductivas de la voluntad del ciudadano; por utilizar un lenguaje con carga emotiva y por no ser valorativamente neutro. Para el caso de la pregunta sobre la repenalización del consumo de drogas se utilizaba la expresión para "proteger a la juventud" que, "al asociar una situación socialmente deseable e incluso urgida, con la opción política de aceptar la aprobación del contenido normativo del artículo, implica entonces, una inducción al elector (...)". Y como el gobierno quería hacer entender al elector que para proteger al ciudadano de las drogas había que criminalizar su consumo, la Corte determinó que la nota introductoria y el contenido del artículo por aprobar desconocía la libertad del sufragante, "pues existen muchos análisis críticos de esas estrategias de penalización, según

21 La decisión fue tomada en la Sent. C-551 de 9 julio 2003 para que el referéndum de todas formas se realizara en octubre 2003 por el resto de preguntas que incluían temas disímiles referentes al presupuesto.

los cuales, este tipo de políticas, lejos de proteger, tiende a agravar la situación de los consumidores, en la medida en que los margina socialmente (...)".

Con todo, el artículo correspondiente del referédum para repenalizar el consumo de drogas fue declarado inconstitucional por motivos de forma, pues no había sido incluido en el texto original del gobierno presentado al parlamento y en consecuencia no fue publicado oficialmente con su exposición de motivos, antes de dársele curso en la comisión parlamentaria correspondiente.

En el segundo mandato el Gobierno Uribe intenta nuevamente repenalizar el consumo con la argucia de reformar la Constitución Nacional para solucionar el llamado "choque de trenes". Curiosamente aprovecha este enfrentamiento institucional para intentar de nuevo criminalizar el consumo despenalizado por la Corte Constitucional: en efecto en el proyecto de Acto Legislativo fue presentado para "reformar algunas disposiciones de la C. P. en materia de justicia", pero el art. 1 de dicho proyecto pretendió reformar el art. 16 de la carta que corresponde al título II, capítulo I, "De los derechos fundamentales", con la misma artimaña retórica que utilizó en el referéndum que se hundió, ya que era presentado "En garantía del libre desarrollo de la personalidad… la ley podrá establecer sanciones…". En esta oportunidad, la Corte no alcanzó a intervenir pues el proyecto "se hundió", junto con la "reforma a la justicia" que pretendía hacerse en la comisión respectiva para fines de 2006, sin que tuviera curso alguno.

Lo mismo sucedió con el proyecto presentado en 2007: se hundió en la Comisión legislativa correspondiente en octubre del mismo año. En suma, el gobierno ha intentado repenalizar el consumo de dosis mínima mediante cinco proyectos de Actos Legislativos reformatorios de la Constitución. El último, el de 2009, con el pretexto de "buscar fines preventivos y rehabilitadores" introduciendo "medidas de carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico". El gobierno entonces se erige en empresario moral para "salvar del mal" a quienes quieran ejercer el libre desarrollo de la personalidad, medida con la cual el denominado "Estado de opinión" o de manipulación de la opinión pública se sobrepone al Estado de los derechos.

Para garantizar el examen de constitucionalidad de las reformas, no solo en materia de drogas, sino también aquellas que le permiten perpetuarse en el poder, con la Corte Constitucional, ha optado por ubicar en su seno emisarios de su política de "seguridad democrática", mientras con la Corte Suprema de Justicia, que elige a sus propios magistrados por sistema de cooptación, ha op-

tado por el enfrentamiento directo, acusando a algunos de sus miembros, no solo de actuar con sesgo ideológico, sino de servir al terrorismo, llevando al país a un enfrentamiento institucional nunca antes visto en su historia.

V. Las cárceles para narcotraficantes y guerrilleros: estado de cosas inconstitucional

5.1. La excepcionalidad penal se "normaliza" en las cárceles de alta seguridad

La excepcionalidad penal que ha vivido el país en las dos últimas décadas incentivó el uso de las cárceles y las medidas restrictivas de la libertad para cierto tipo de delitos, como el narcotráfico y aquellos en que se ven involucrados los grupos alzados en armas: primero se publicó el Decreto 250 convertido en la Ley 228 de 1995, y luego la Ley 181 de 1993, que consagra la política del *pentimento* y de colaboración con la justicia, cuyas normas de "excepcionales y provisionales" pasan a ser codificadas y convertidas en legislación ordinaria.

Uno de los efectos catastróficos para los derechos fundamentales lo sufrieron las cárceles ordinarias y de alta seguridad, cuyo hacinamiento causó en la época una verdadera "explosión penitenciaria": así por ejemplo, entre las cárceles más importantes, La Modelo de Bogotá registró un hacinamiento del 156%, la de Valledupar, del 250%, la de Vista Hermosa de Medellín, del 243%, la Distrital de Cali, del 216% y así sucesivamente. Se registraron igualmente 75 muertes violentas por año en las cárceles y 350 agresiones a la integridad personal. Otra de las consecuencias con relación al debido proceso penitenciario para delitos como el narcotráfico y los relacionados con el "orden público" ha sido *la diferenciación del tratamiento*: la ejecución no es fruto de la pena impuesta jurisdiccionalmente, sino del pacto entre prisioneros y funcionarios; el prisionero se convierte en sujeto activo de la autorrepresión, "la coerción moral tiende a sustituir la coerción física; el condicionamiento persuasivo de la conciencia, a la dureza de las condiciones de vida; la observación y sumisión de las almas, a la vigilancia y disciplina de los cuerpos"[22].

22 Ferrajoli, Luigi, *"La giustizia penale nella crisi del sistema político"*, en Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e política", Bruti, Edmundo *et al.* ed., 1998, pp. 20 y ss.

Son todas ellas consecuencias de la *excepcionalidad penal y penitenciaria* que el país copió de modelos europeos que habían enfrentado de la misma manera fenómenos como la mafia y el terrorismo urbano: Italia, por ejemplo, registraba a mediados de la década de los noventa 51 300 detenidos, mientras que la capacidad real era de solo 45 000 y otras medidas de régimen controlado no privativas de la libertad aumentaron de 58 000 a 84 000; los suicidios aumentaron en un ciento por ciento. Pero, como lo demuestra Moccia, la única delincuencia registrada que aumentó fue la de los sujetos marginales, los toxicodependientes, los inmigrantes o los jóvenes subproletarios[23]. Lo mismo ha sucedido en España[24]: la mayor parte de los presos está en la cárcel por delitos relacionados con el problema de drogas, principalmente de consumidores para autofinanciarse.

Así, con las cárceles de máxima seguridad en Colombia, como en Europa, de hecho se renunció a la función declarada de la resocialización reduciéndose a simple depósito de individuos segregados con pretensiones de "neutralización de la maldad" o *incapacitación* de unos pocos seleccionados, tan cara a la política penitenciaria norteamericana[25]. Y mientras en Colombia este fenómeno ha sido permanente desde la instauración de la excepcionalidad penal, en Europa esta crisis de la promesa resocializadora se ha agravado desde las medidas tomadas con el pretexto de los atentados del 2001 en los Estados Unidos: elevación de las penas privativas de la libertad, recorte en la aplicación de los beneficios penitenciarios para ciertos delitos, endurecimiento de la detención preventiva, expulsión de inmigrantes "sospechosos", etc., medidas que expresan la reedición de la emergencia punitiva de los años setenta[26].

23 Moccia, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles, ed. Scientifiche italiane, 1995, pp. 139 y ss.

24 Miro, Gabriel, "La política criminal del problema droga", en Rivera B., Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal*, pp.303 y ss.

25 Sobre evolución y crisis del concepto de resocialización en los Estados Unidos, véase el trabajo de Zysman Diego, "El castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente", pp. 251 y ss., en Rivera B., Iñaki (coordinador): *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Anthropos, Barcelona, 2004.

26 Véase Rivera B., Iñaki, "Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal (Nuevas racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)", en *Mitologías* citado por Rivera B. Iñaki (coordinador), pp. 287 y ss; igualmente en *El fracaso de la política criminal oficial en América Latina*, Bogotá, 2006, pp. 113 y ss.

A partir de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), surgida al fragor del debate sobre excepcionalidad penal, peligrosidad y sometimiento de los carteles de la droga, las cárceles colombianas se clasifican como de alta[27], media y mínima seguridad, de conformidad con las especificaciones de construcción y el régimen interno que se establezca, el cual puede ir cambiando según el llamado sistema progresivo. Según el mismo estatuto son cárceles y penitenciarías de alta seguridad "los establecimientos señalados para los sindicados y condenados, cuya detención y tratamiento requieran **mayor seguridad, sin perjuicio de la finalidad resocializadora de la pena**". Además cada establecimiento carcelario clasificado como de alta seguridad, así como aquellos clasificados como ordinarios pero con pabellones para el efecto, cuentan con su propio reglamento interno, los cuales son permanentemente acusados de permitir la violación de los derechos fundamentales.

Pero los delitos de narcotráfico o de alzamiento en armas no disminuyeron; las cárceles, el derecho penal y los derechos fundamentales siguieron deteriorándose; las solicitudes de protección constitucional también aumentaron.

5.2. Declaratoria del "estado de cosas inconstitucional" en las prisiones administradas por el Ejecutivo

En una decisión sin precedentes por primera vez la Corte Constitucional, para que el gobierno atendiera la gravísima situación de violación de los derechos humanos que padecían en vísperas del nuevo siglo los prisioneros en el país, declaró a todas las cárceles en *estado de cosas inconstitucional* [28].

Para el efecto el alto tribunal verificó y estableció:

a) Se hace uso de esta figura con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto,

27 Sentencia T- 153 de 1998.

28 Además de las penitenciarías de alta seguridad en Itagüi, Valledupar o Cómbita, hay pabellones de alta seguridad en las cárceles de La Picota de Bogotá, de Palmira, Bellavista de Medellín, Villahermosa de Cali y La Modelo de Bogotá.

su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. Teniendo en cuenta que eran miles de personas las que se encontraban en esta situación se apeló a esta figura constitucional para evitar que todas acudieran simultáneamente a solicitar la misma protección.

b) La Corte Constitucional encontró que las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Por tanto, se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los prisioneros, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo, a la presunción de inocencia, etc.

c) Las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Por la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc., todo lo cual conduce a desvirtuar los fines del tratamiento penitenciario. Esta situación ha impedido igualmente la separación de los internos por categorías: los sindicados de los condenados, los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos.

d) La función resocializadora tampoco se cumple ante la imposición de determinados valores a los reclusos; sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social.

e) La racionalidad constitucional no se rige por el principio de mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación para poder garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos.

f) El tribunal constató la permanente violación a la presunción de inocencia, pues se recurre irrazonablemente a la detención preventiva de los sindicados. Por ello, hizo el llamado a los operadores judiciales a que la medida se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio. Estas reglas recomiendan que antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración "las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima". Igualmente consideró que la negativa a conceder la libertad provisional debe estar fundamentada en el conocimiento del recluso y de su comportamiento en el centro penitenciario, para lo cual es necesaria la presencia del juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas.

Como consecuencia de esta declaratoria el Tribunal Constitucional ordenó al gobierno nacional elaborar, en un término de cuatro años, un plan de construcción y refacción carcelaria para garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales; que, en un término máximo de cuatro años, separara completamente los internos sindicados de los condenados; en fin, que mientras se ejecutaban las obras carcelarias ordenadas en el fallo se tomaran las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los prisioneros.

5.3. Constatación de los tratos crueles por la Organización de Naciones Unidas: *paramilitarismo* y sistema penal subterráneo

Pero la declaración de las prisiones fuera de la Constitución ha servido muy poco para mejorar las condiciones de los derechos fundamentales, principalmente en las prisiones de alta seguridad. En efecto, la Misión de la Organización de Naciones Unidas encargada del problema[29], en el año 2004

29 Véase Organización de Naciones Unidas, OACNUDH – UNHCHR, Pronunciamientos 2004, Bogotá. Sobre una relación entre el régimen político colombiano y sistema penitenciario. Véase

constataba a propósito de la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes que se presentan en el país, sobre todo las cárceles de alta seguridad:

a) Los grupos paramilitares han continuado con la práctica de dar muerte a las víctimas de sus homicidios selectivos después de privarlas de la libertad, torturarlas y desaparecerlas, en una estrategia de terror hacia la población civil;
b) Su oficina en Colombia recibió —en número creciente— denuncias sobre el descubrimiento de fosas comunes donde se hallaban cadáveres de víctimas de los paramilitares con evidentes signos de torturas y mutilaciones;
c) De la información suministrada por la Procuraduría General de la Nación y por la Defensoría del Pueblo puede inferirse un aumento de investigaciones disciplinarias y defensoriales por hechos particularmente relacionados con actos de tortura;
d) Se registró una tendencia creciente de denuncias sobre torturas y malos tratos cometidos en el marco de la actuación de miembros de la fuerza pública en desarrollo de las políticas gubernamentales de seguridad. Algunas de esas torturas y malos tratos fueron resultado de un deficiente control judicial y disciplinario de la actividad militar y policial. Muchas de las denuncias se relacionaron con casos en los cuales militares y policías actuaban para aprehender y allanar sin previo mandamiento judicial;
e) También se incrementaron las denuncias sobre torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo uso excesivo de la fuerza, contra personas privadas de la libertad en centros carcelarios o penitenciarios. Esos hechos se presentaron, especialmente, en los establecimientos construidos bajo la llamada nueva cultura penitenciaria, en particular en los de Cómbita (Boyacá), Valledupar (Cesar) y San Isidro (Popayán).
f) Las condiciones y la reglamentación bajo las cuales funcionan dichos establecimientos, en donde se priorizan excesivamente los criterios

igualmente Bernal, Camilo, REED Michel, *De la Modelo a Coleman (O de cómo las cárceles colombianas se volvieron de verdad)*, Bogotá, 2006.

de seguridad y disciplina, pueden constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

5.4. Continúa el control constitucional frente al deterioro de los derechos fundamentales.

5.4.1. Protección a la dignidad humana

No obstante decisiones significativas en defensa de los derechos fundamentales de todo tipo de reclusos, el Tribunal Constitucional colombiano, después de muchos años de la declaratoria del *estados de cosas inconstitucional*, seguía dando órdenes a las autoridades carcelarias para que se cumplan elementales condiciones de respeto a la dignidad humana también para los recluidos en cárceles de alta seguridad, pues en sentir del máximo organismo judicial defensor de los derechos fundamentales del país, la situación no había cambiado en el año 2006:

> La situación carcelaria del país se encuentra en un estado de deterioro lamentable, con ostensible daño a los derechos fundamentales de los reclusos, quienes están obligados a soportar condiciones de vida verdaderamente infrahumanas. Por lo cual, constituye un hecho notorio que las condiciones en que se desarrolla la reclusión en nuestro país no garantiza el respeto a la dignidad humana (…) la Sala no puede dejar de lado que la situación de desaseo de los baños genera profundas y graves incomodidades a los internos del pabellón tercero de la cárcel en Cómbita, (en donde están recluidos la mayoría de prisioneros que luego son extraditados) lo cual constituye un trato cruel y degradante, que no se daría, si las autoridades carcelarias cumplieran con su deber de supervisar y mantener a los internos en condiciones de higiene y salubridad (…). Contrario a lo afirmado por el Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de la Ciudad de Cómbita, es deber del Estado en virtud de la especial relación de sujeción que existe entre éste y los internos, el de garantizar el pleno disfrute de los derechos que no han sido suspendidos. En la medida en que el derecho a la dignidad, es un derecho que no admite limitación alguna, el Estado está en la obligación de satisfacer las necesidades vitales mínimas de la persona pri-

> vada de libertad, a través de la alimentación, la habitación, el suministro de útiles de aseo, la prestación de servicio de sanidad, el mantenimiento en condiciones de salubridad e higiene dado que quien se halle internado en un centro de reclusión, justamente por su especial circunstancia, está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma tales beneficios (…)[30].

Claro que la Corte acepta las restricciones a lo que le parece no son obligaciones del Estado para los prisioneros del Tercer Mundo, tales como tomar una ducha con agua caliente:

> Estima la Sala que obligar a los internos a tomar una ducha fría, si bien puede causar cierta molestia, no constituye un trato cruel, inhumano o degradante. En efecto, se trata de una medida encaminada a propender por un fin legítimo, cual es, el mantenimiento de unas condiciones de aseo e higiene esenciales en unas instalaciones de esta naturaleza donde habitan cientos de personas; es adecuada e idónea para la consecución del fin; es necesaria ya que con ella se evita la propagación de enfermedades, y es estrictamente proporcional por cuanto si bien puede ocasionar un ligero malestar al interno, el Estado no cuenta con los medios económicos suficientes para solventar un sistema de agua caliente. En pocas palabras, se trata de una medida encaminada a mantener la disciplina en el centro de reclusión, que no lesiona el debido respeto a la dignidad humana (…). La medida se torna desproporcionada, y por ende, contraria a la Constitución, si se le aplica a un interno que, bajo estricta prescripción médica, no deba tomar esos baños de agua helada a esa hora o durante algunos días. En este caso, primará el derecho a la salud sobre el fin legítimo perseguido con la medida. Así pues, cuando se presenten estas circunstancias, las directivas del penal deberán inaplicar la regla contenida en el reglamento interno y hacer primar el derecho fundamental a la salud[31].

De la misma manera la Corte Constitucional ha tenido que, por medio de la tutela, seguir ordenando la prestación de los servicios que se deniegan en dichas prisiones o pabellones: así se ha logrado el suministro de los ele-

30 Sentencia T-317 de 2006.

31 *Ibídem*.

mentos de aseo, para vestir, regularizar y ampliar los restringidos términos de las visitas conyugales y de los hijos menores de los prisioneros, la prestación de servicios médicos y odontológicos, etc.

5.4.2. Las restricciones del régimen interno debe ser proporcional y razonable

La Corte Constitucional ha sostenido igualmente que los prisioneros se encuentran vinculados con el Estado por una especial relación de sujeción. Por ello puede exigirles el sometimiento a un conjunto de condiciones y reglas de conducta encaminadas a mantener el "orden y la seguridad" en las cárceles, siempre y cuando estas medidas se ajusten a los *principios de proporcionalidad y razonabilidad*. Correlativamente, el Estado debe garantizarle a los internos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido suspendidos, y parcialmente el disfrute de aquellos que les han sido restringidos. De allí que, el Estado deba abstenerse de realizar determinados comportamientos que vulneren el ejercicio de un derecho fundamental, en tanto que frente a otros, se encuentre ante el deber de adoptar determinadas medidas concretas a favor de los reclusos[32].

Por eso la Corte Constitucional considera desproporcionado acudir a medidas como las siguientes con el pretexto de proteger la seguridad:

5.4.2.1. La administración de las cárceles de máxima seguridad para narcotraficantes en Colombia ha considerado que portar el cabello largo en una prisión es un mecanismo para "camuflar drogas ilícitas" o para facilitar la suplantación de personas y por eso como medida preventiva ha ordenado el *rapado de las cabezas*.

Frente a medidas como estas la Corte Constitucional colombiana, apelando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos , el cual ha considerado que para apreciar la existencia de tratos inhumanos y degradantes, es necesario que esos tratos "acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición

32 Sentencia T-1030 de 2003.

de la condena". Dicha entidad ha considerado que medidas como la practicada por las autoridades carcelarias desborda la consecución de un fin legítimo, como lo es el mantenimiento de la seguridad y del orden en el establecimiento carcelario, pues el mismo objetivo se puede alcanzar empleando un medio menos gravoso para la dignidad humana, como puede ser la práctica de un corte de cabello que permita lucirlo sin alterar los rasgos faciales y que proteja al mismo tiempo de las inclemencias del clima. Rapar a los prisioneros constituye entonces una flagrante vulneración a su derecho a la identidad personal, a lucir ante los demás de una determinada manera:

> cabe destacar que la imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo. Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estime que toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro… El derecho a la propia imagen por ser inseparable de la persona y emanación directa de ésta, queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P. De otro lado, la relativa disponibilidad de la propia imagen, en cuanto se realice, traduce una forma de autodeterminación del sujeto, e igualmente podría entrar en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad[33].

5.4.2.2. Para la administración penitenciaria colombiana el uso de las esposas o manillas de hierro, en determinados casos de desplazamientos, busca evitar la comisión de agresiones entre los presos, principalmente entre los de "alta peligrosidad".

33 Sentencia T-090 de 1996 y 1030 de 2003.

Por el contrario para la Corte Constitucional el empleo de ellas no puede ser considerada la regla general sino la excepción, para cuando circunstancias especiales lo justifiquen en relación con determinados prisioneros y de conformidad con su comportamiento habitual: "mientras que el empleo excepcional de esposas durante los largos trayectos por las instalaciones carcelarias es una medida razonable, debido al comportamiento agresivo y peligroso que ofrezca un determinado interno, y por ende, se pretende evitar graves lesiones al personal de guardia, administrativo, así como a los demás internos, la misma se torna desproporcionada si se aplica de manera indiscriminada y en especial en presencia de apoderados y familiares, tanto más y en cuanto estos últimos sean menores de edad (…) el objetivo de la seguridad se puede alcanzar en tales momentos por otros medios menos lesivos para la dignidad del interno, como por ejemplo, mejorando los controles de ingreso de visitas al penal" [34].

5.4.2.3. Se ha ordenado igualmente que se cumplan las normas internas sobre clasificación de los prisioneros en sindicados y condenados, así como con los tratados internacionales que regulan la materia, o con las reglas de las Naciones Unidas sobre el tratamiento de los reclusos, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ordena que unos y otros sean *sometidos a tratamientos distintos.*

5.4.2.4. Obviamente la Corte Constitucional ha avalado las medidas de seguridad para "el mantenimiento del orden": por ejemplo, ante las acusaciones del Instituto que administra las prisiones de alta seguridad en el sentido de que con las baterías de los radios se pueden elaborar cargas explosivas, o que las tarjetas que traen los radios pueden ser empleadas para bloquear el sistema electrónico de las instalaciones o que su caparazón se utiliza como caleta para esconder droga, el alto organismo de justicia ha considerado que las restricciones a los elementos de comunicación con el mundo externo son adecuadas y proporcionales; así admitió que en dichas cárceles se prohíba el uso de radios y televisores en celdas y dormitorios.

34 Sentencia T-1030 de 2003

VI. Conclusión

En conclusión, la situación de guerra civil que ha vivido Colombia es la mejor muestra del **fracaso de la política antidrogas** implementada en el mundo entero por la política prohibicionista instrumentada por los Estados Unidos. La conversión del país en laboratorio experimental de esta política ha dejado consecuencias catastróficas en todos los ámbitos. Ellas se manifiestan en la crisis de derechos humanos derivada del conflicto armado, en los niveles de corrupción en las altas esferas de la política y de la economía que ha dejado el negocio del narcotráfico, en la destrucción de la biodiversidad y sus repercusiones en todo el planeta, en particular en las regiones andina y amazónica, etc.

La **Corte Constitucional** colombiana que ha sido ejemplo de desarrollo de la doctrina en materia de derechos sociales y en la construcción de la dimensión social del Estado constitucional, por su posición pragmática y estratégica, ha sacrificado la dimensión democrática y por ello al optar por la "defensa social" en temas de justicia penal ha permitido que la política antidrogas pervierta en muchas ocasiones el ordenamiento jurídico o que la Constitución Política haya sido desconocida con el pretexto de la provisionalidad y la emergencia. No obstante, con su opción por la construcción del Estado social y en algunas oportunidades en defensa de derechos individuales, ha podido controlar a los poderes Ejecutivo y Legislativo, los cuales en lugar de cumplir sus órdenes cuestionan a este órgano judicial y lo desafían con la reviviscencia de preceptos declarados inconstitucionales.

Con la **Corte Suprema de Justicia**, el enfrentamiento del Ejecutivo ha llegado a límites insospechados, que si no desemboca en un agravamiento de la crisis institucional, sólo la intervención de Naciones Unidas podrá detenerlo: en efecto, este organismo internacional ha designado en 2009 dos observadores, para conocer de las acusaciones sobre ejecuciones extrajudiciales y sobre la violación a la independencia judicial por parte del Ejecutivo. Y como quedó aquí evidenciado, la crisis entre el gobierno y el Poder Judicial ha tenido como telón de fondo el problema del narcotráfico: se inició con la negativa de la Corte Suprema a reconocerle carácter político a los narcoparamilitares y continuó a causa del juzgamiento que debe hacer dicha alta Corte a los parlamentarios con ellos vinculados (parapolítica).

Un nuevo esquema legal para las drogas

Juan Pablo Morales Viteri

Sumario:

I. Introducción **II.** El esquema legal vigente de las drogas: saberes, legislación e instituciones **2.1.** ¿Qué saberes? **2.2.** ¿Qué derecho? **2.3.** ¿Qué institucionalidad? **III.** La utopía del cambio de paradigma **IV.** Bibliografía

I. Introducción

La proclamación del Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia puede considerarse como una frase vacía que no implica un cambio sustancial en el día a día de las personas. Se podría afirmar inclusive que tras casi un año de vigencia de la Constitución nada ha cambiando en el Ecuador y que las cosas siguen igual o peor. Estos argumentos que se sostienen desde el discurso político encuentran sustento en el campo jurídico cuando miramos la normativa vigente y verificamos que si bien existe un marco legal renovado en algunos campos, en la mayoría y en lo más importante siguen vigentes las viejas concepciones del derecho, que se corresponden a la lógica de un estado legalista.

Los códigos civil, penal, mercantil, los de procedimiento civil y penal, que son aquellos que resuelven los problemas con los que hombres y mujeres

lidian todos los días y que se han expedido algunos años atrás, no se han ajustado al nuevo marco constitucional. Las reformas que se han planteado en esos aspectos siguen siendo muy tibias y constituyen parches a una situación que requiere un giro importante, si se pretende respetar las nuevas reglas de juego que impone el nuevo modelo de estado.

El esquema legal de las drogas en el Ecuador no se escapa a esta crítica. Vigente desde 1990, ha generado una institucionalidad y una serie de prácticas que riñen con principios de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y con derechos constitucionalmente establecidos.

Partiendo de la idea que tras una forma de institucionalidad se encuentra una legislación que la configura y tras dicha legislación un conocimiento o saber que sustenta la normativa[1], el presente artículo pretende mostrar la lógica teórica sobre la cual se construyó el esquema de drogas vigente en el país así como los resultados de su aplicación, para luego buscar planteamientos doctrinarios específicos que sustenten un esquema legal distinto y una regulación ajustada al marco de un estado constitucional de derechos y justicia.

II. El esquema legal vigente de las drogas: saberes, legislación e instituciones

El Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Ronald Reagan, declaró en el año de 1986, que las drogas constituían una amenaza para la seguridad nacional. Con esta declaración, se inicia la aplicación de una serie de políticas antidrogas que buscaban erradicar la oferta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en los países de origen para reducir la demanda en los países consumidores. Esta serie de políticas aplicadas desde el país del norte desataron en el mundo lo que se conoce como "guerra contra las drogas"[2].

1 Sigo aquí el esquema planteado por Ramiro Ávila en otro artículo de esta misma serie, y a quien debo un profundo agradecimiento por todo el aprendizaje y enseñanzas durante mi paso por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

2 Véase Coletta Youngers y otra, "La "guerra contra las drogas" impulsada por Estados Unidos: su impacto en América Latina y el Caribe", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unido*s, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005, p. 15

Esta política prohibicionista que se extiende hasta nuestros días, de acuerdo a Rodrigo Uprimny, se sostiene bajo una idea sencilla, para evitar el consumo de drogas se debe evitar su existencia, por lo tanto se debe prohibir absolutamente la producción y comercialización de estas sustancias[3]. Este mismo autor señala como los principales elementos de esta guerra contra las drogas, identificada con las teorías de derecho penal máximo, los siguientes: a) aumentar el poder intimidatoria de las leyes para controlar la producción, tráfico y consumo de sustancias estupefacientes; b) establecer un ordenamiento legal de excepción para dichas sustancias; y c) establecer un modelo "medico-jurídico y bélico de control social"[4].

El modelo de guerra contra las drogas propuesto por los Estados Unidos, implicó por supuesto que esta "guerra" se desarrollara esencialmente fuera de las fronteras de ese país, pues el combatir la oferta implicó dirigir los esfuerzos a las áreas en las cuales se producía y se comercializaba la droga que se consumía en Norteamérica. En ese contexto Latinoamérica fue la principal destinataria de estas políticas y el esquema legal que se levantó en nuestro continente respondió a la teoría de guerra contra las drogas y derecho penal máximo.

En el Ecuador, el modelo planteado por Estados Unidos, con las características señaladas por Uprimny en líneas anteriores se aplicó al pie de la letra, así lo demuestra la vigente ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, Ley 108 publicada en el Registro Oficial 523 del 17 de septiembre de 1990.

Esta es una ley especial que regula la totalidad del tema relacionado con drogas: el control, la fiscalización y la penalización. Como no podía ser de otra manera, se construye una institucionalidad que se encarga del control y la fiscalización, y juega un rol preponderante en la penalización. Todo lo anterior se refleja en el esquema de la ley de sustancias estupefacientes que divide sus 128 artículos de la siguiente forma:

a) Parte general: Siete artículos que abarcan principalmente el ámbito y objetivo de la ley[5];

3 Véase Rodrigo Uprimny Yepes, "¿Qué hacer con las drogas? Políticas vigentes y alternativas emergentes", en Martín Hopenhayn (Compilador), *La grieta de las drogas. Desintegración social y políticas públicas en América Latina, Santiago de Chile*, CEPAL, 1997, p. 147

4 *Ibídem*, p. 148

5 Vale mencionar que el Art. 1 que establece el objetivo de la ley, marca la totalidad del texto legal

b) Institucionalidad: Nueve artículos, algunos con extensas enumeraciones[6];
c) Prevención: Diez artículos que establecen tibias obligaciones "preventivas" con un enfoque controlador[7];
d) Rehabilitación: Nueve artículos que criminalizan la rehabilitación[8];
e) Control: Veinte detallados artículos que abarcan las más distintas actividades sujetas a control;
f) Infracciones y penas: Cuarenta y cinco artículos que sancionan con penas desproporcionadas y tipos penales abiertos una variedad de actividades relacionadas con la producción y comercialización de las drogas[9];

pues claramente determina que se busca "controlar" el tema de las drogas en todas su fases, para "proteger a la comunidad de los peligros que dimanan de estas actividades". También se debe resaltar que en esta primera parte, la prevención apenas es mencionada en el Art. 4, relegándola a un rol absolutamente secundario.

6 El Art. 13, que detalla obligaciones del Consejo Directivo del CONSEP contiene 19 numerales; el Art. 14, funciones de la Secretaría Ejecutiva contempla 17 numerales

7 Como ejemplo podemos señalar el Art. 20, que establece: "Art. 20.- Obligación de información.- Los propietarios, administradores o responsables del manejo de lugares de residencia o reunión colectiva comunicarán al agente policial o a la oficina más cercana del CONSEP la existencia de circunstancias que hagan presumir la presencia en el interior o alrededor de esos lugares de núcleos de consumo o la práctica de actos de tráfico ilícito de sustancias fiscalizadas."

8 El Art. 28, al referirse al examen y tratamiento obligatorio, señala "Los miembros de la Fuerza Pública están obligados a conducir de inmediato a cualquier persona que parezca hallarse bajo los efectos nocivos de una sustancia sujeta a fiscalización a un hospital psiquiátrico o centro asistencial, con el objeto de que los médicos de la correspondiente casa de salud verifiquen si se encuentra bajo el efecto de esas sustancias.". El Art. 29, refiriéndose a los casos de menores y extranjeros establece: "Si quien hubiere sido encontrado bajo el influjo de sustancias sujetas a control fuere un menor de edad, será puesto de inmediato a órdenes del Juez de la Niñez y Adolescencia de la respectiva jurisdicción. Los extranjeros que no hubieren cumplido las normas de la Ley de Inmigración y Extranjería, sus reglamentos e instructivos, serán expulsados del país, luego de concluido el tratamiento emergente, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley, al día siguiente de haber concluido el tratamiento emergente. En el Art. 35, referente al Derecho al trabajo, se indica: "Las personas afectadas por el uso de sustancias sujetas a fiscalización que hubieren sido rehabilitadas, según certificación de la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, y que presentaren solicitudes de trabajo a entidades públicas o privadas, tendrán el mismo tratamiento, en igualdad de condiciones, que los demás aspirantes."

9 Los tipos penales de esta ley contienen fórmulas como "en cualquier forma" "cualesquiera otras de las que sea posible extraer principios activos" (Art. 57); "o por cualquier forma o procedimiento

g) Procedimiento: Veinte y tres artículos dedicados a generar un procedimiento de excepción, violatorio de los principios inspiran el debido proceso[10];

Esta legislación concentró importantes potestades en un ente administrativo como el CONSEP, y tuvo una influencia importante en el rol y funciones de las fuerzas militares y policiales del país, pues es claro que como consecuencia de la guerra contra las drogas, ambas instituciones se disputaban los recursos provenientes de los planes de apoyo a la lucha contra el narcotráfico de los Estados Unidos, ocasionando al mismo tiempo una superposición de funciones en relación con el control del tráfico de estupefacientes[11].

La experiencia de la guerra contra las drogas muestra claramente el fracaso de este enfoque. Podemos señalar algunas de las consecuencias negativas de la aplicación de estas políticas, con énfasis en tres ámbitos, en el campo penal, en el campo específico de los derechos humanos, y en el campo de la democracia.

elaboren", (Art. 58) "ofreciendo, en cualquier forma o concepto" (Art. 59). Las sanciones por otra parte, son comparables o superiores a las de los delitos más graves que contempla el Código Penal común, así, el homicidio (Art. 449), donde el bien jurídico protegido es el derecho a la vida, se sanciona con penas de ocho a doce años de reclusión, mientras que la siembra de plantas de las que se puedan extraer principios activos para fabricar sustancias estupefacientes, se sanciona con reclusión de doce a dieciséis años.

10 El Art. 117, es tan explícito en este sentido, que lleva por título "Tratamiento de excepción" y dispone "En esta clase de juicios no se admitirá caución, ni se concederá condena condicional, prelibertad ni libertad controladas, ni los beneficios de la Ley de Gracia y del Indulto.". Igual situación encontramos en el Art. 122 que establece la obligatoriedad de consulta de las decisiones judiciales adoptadas, y señala: "No surtirá efecto el auto en que se revoque la prisión preventiva, de suspensión o cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, si no es confirmado por el superior, previo informe obligatorio del Ministro Fiscal correspondiente, quienes emitirán su opinión en el término de veinte y cuatro horas posteriores a la recepción del proceso.". Exactamente en este mismo sentido se redacta el Art. 123 que detalla el contenido y efectos de la sentencia: "El auto en que se revoque la prisión preventiva, de cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el Juez y las sentencias condenatorias y absolutorias serán obligatoriamente elevadas en consulta a la respectiva Corte Superior, quien resolverá, previo informe obligatorio que emitirá el Ministro Fiscal dentro del plazo improrrogable de veinticuatro horas."

11 Véase Fredy Rivera, "Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005, p. 289.

Un primer aspecto a tomar en cuenta es que la lucha contra las drogas es un ejemplo paradigmático de cómo se abusa del derecho penal para controlar los problemas de las sociedades actuales[12]. La guerra contra las drogas se ha utilizado como un mecanismo efectivo de control social, en especial de aquellos sectores más vulnerables pues como lo señala De Rementería, la criminalización de las drogas es la criminalización de los pobres, de los jóvenes, de las mujeres, los migrantes. Lo anterior lo justifica señalando que son los campesinos pobres quienes se dedican al cultivo de plantas para la producción de estupefacientes, y los pobres urbanos quienes se dedican al micro tráfico o de pequeña escala, y de entre este grupo se destacan los jóvenes desempleados y las mujeres jefas de hogar[13]. El caso ecuatoriano es paradigmático, pues las cárceles se encuentran llenas de personas de escasos recursos, de las cuales un porcentaje muy significativo está relacionado con casos de narcotráfico. Esto es aún más evidente en las cárceles de mujeres, en el cual también se destaca un número importante de personas extranjeras.

En segundo lugar, la vulneración de derechos humanos en virtud de la aplicación de este esquema es evidente. Como hemos señalado en líneas anteriores, bajo la Ley 108 en el país se han violado las normas del debido proceso así como el derecho a la igualdad y no discriminación, en forma directa y abierta. Pero más aún, debido al estigma de las drogas, también se violan otros derechos en forma indirecta como el derecho a contar con una defensa técnica y adecuada, ya que quienes se ven involucrados en un caso de droga no pueden acceder a una defensa jurídica de calidad debido a las repercusiones a las que se expone una abogada o abogado de ser calificado como defensor de narcotraficantes. Este mismo estigma persigue a quienes juzgan los delitos relacionados con drogas, mismos que son descalificados por los medios de comunicación y por la sociedad en general por "dejar en libertad a narcotraficantes", lo cual deja en duda la independencia con la cual se deciden las causas. En esta misma línea de violaciones indirectas a los derechos humanos derivadas de la lucha contra las drogas, encontramos las graves consecuencias para la salud de las personas que se ubican en zonas de cultivo,

12 Véase Douglas Husak, *Drogas y derechos*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 100.

13 Véase Ibán De Rementería, "La guerra de las drogas: cien años de crueldad y fracasos sanitarios" en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009, p. 72

debido a los sistemas de fumigación y erradicación que utilizan pesticidas altamente perjudiciales para la salud humana con sistemas de dispersión indiscriminada, o la exposición al contagio de enfermedades de alto riesgo de las personas consumidoras por compartir jeringas.

Finalmente, en el ámbito del desarrollo y fortalecimiento de la democracia en los estados de derecho, la guerra contra las drogas se ha mostrado como altamente desestabilizadora. Algunos análisis se centran en el papel que juega la corrupción como quebrantadora de la democracia y otras en el papel económico de la lucha antidroga.

Ricardo Soberón señala que si se abstrae al negocio de las drogas de cualquier consideración moral, estamos frente a un negocio o una actividad empresarial de riesgo comparable a cualquier otra, en la cual se busca maximizar las ganancias eliminando los obstáculos económicos y políticos que puedan presentarse. Debido a que los intereses empresariales del narcotráfico se contraponen abiertamente a los de control y lucha contra las drogas del Estado, el enfrentamiento entre los dos no se puede evitar y por lo tanto se pueden utilizar algunas estrategias para que el negocio siga funcionando, entre las cuales se destaca la corrupción. La corrupción resulta funcional a las organizaciones del narcotráfico por que facilita sus procedimientos y flexibiliza el rol represivo del estado, pues no lo anula totalmente sino que lo utiliza. Las formas en que el narcotráfico utiliza la corrupción como estrategia es involucrando a agentes estatales directamente en el tráfico o haciendo que los agentes encargados del control omitan sus deberes[14]. Sin duda la corrupción es una consecuencia del esquema de guerra contra las drogas que ha conseguido deslegitimar las distintas instituciones que participan en el control del tráfico de estupefacientes.

El hecho de que se condicionen acuerdos comerciales a la aplicación irrestricta de las reglas de juego norteamericanas ha sometido a los países latinoamericanos a las políticas y decisiones de estamentos norteamericanos. Los acuerdos de preferencias arancelarias o los tratados de libre comercio son un ejemplo claro de lo anterior. Su influencia sobre la democracia la destacan algunos investigadores. Rachel Neild señala por ejemplo, que "en Bolivia, un país pobre y dependiente de la ayuda, la clase política prácticamente no tiene

14 Véase Ricardo Soberón, "Corrupción, Narcotráfico y Fuerzas Armadas", en Martín Jelsma (Compilador), *Drogas, Poder y Derechos Humanos en América Latina*, Quito, Abya-Yala, 1998, pp. 22-33

capacidad para rechazar las demandas de Estados Unidos y, dado que la producción de coca es el tema que predomina en las relaciones bilaterales, los paladines antidrogas estadounidenses han disfrutado de una casi total libertad de acción."[15]. En un estudio sobre el Plan Colombia se señala que las más importantes decisiones al respecto se encuentran en manos de políticos estadounidenses[16]. Lo anterior no ha sido ajeno a nuestro país, y puede resultar en una clara explicación para que se hayan celebrado tratados bilaterales de cooperación en materia de drogas con Estados Unidos, en los cuales incluso se establecía que anualmente se incrementaría la cuota de detenidos y sentenciados por delitos de drogas como una obligación para el estado ecuatoriano.

III. Un esquema alternativo: ¿qué saberes, qué derecho y qué instituciones?

2.1 ¿Qué saberes?

La Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democratización, iniciativa de de los ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso de Brasil, César Gaviria de Colombia y Ernesto Zedillo de México, se impuso como objetivo la evaluación de la eficacia e impacto de las políticas de lucha contra las drogas en Latinoamérica con el fin de elaborar propuestas más humanas y eficientes en esta temática. En concordancia con todos los análisis realizados por muchos académicos, algunos de los cuales hemos citado en este breve artículo, dicha Comisión en su informe final evidenció el fracaso de la política antidrogas de enfoque prohibicionista, destacando que la misma no ha producido los resultados esperados, pues Latinoamérica continúa siendo el mayor exportador de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (comenzando también ha exportar drogas sintéticas), crecimiento del consumo en nuestra región

15 Neild Rachel, "Asistencia policial y políticas de control de drogas de Estados Unidos", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005, p. 128

16 Véase María Clemencia Ramírez y otros, "Colombia: un círculo vicioso de drogas y guerra", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos,* Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005, p. 182.

(cuando en Norteamérica y Europa ha tendido a estabilizarse), aumento indiscriminado de la violencia que afecta a los sectores vulnerables de la sociedad, incremento del crimen organizado, criminalización de la política y politización del crimen (destacando la infiltración de las organizaciones criminales en las instituciones democráticas), altos niveles de corrupción de funcionarios públicos, en especial de la fuerza pública[17].

Reconoce la Comisión, que las estrategias de reducción de daños en la lucha contra las drogas planteadas en Europa, bajo el enfoque de una problemática de salud pública centrada en el tratamiento de personas consumidoras, se muestran más humanas y eficientes[18].

El nuevo paradigma que plantea la Comisión para la lucha contra las drogas se resume en tres puntos: a) Tratar el consumo de drogas como un tema de salud pública; b) Reducir el consumo poniendo énfasis en acciones de información y prevención; y, c) Focalizar la represión sobre la criminalidad organizada[19].

Parece claro que la política de reducción de daños es el nuevo saber que debe orientar las políticas de lucha contra las drogas en América Latina, por lo que debemos entender qué significa la reducción de daños. Uprimny señala que este es un modelo que no tiene un origen teórico intelectual, sino el resultado de la aplicación práctica de medidas que buscaron limitar de los efectos negativos de las políticas estrictamente represivas, convirtiéndose en una estrategia cuya finalidad no es eliminar totalmente el consumo de drogas, sino reducir los efectos dañinos que resultan del abuso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como de las propias políticas que buscan controlar su consumo[20].

Esta "definición" de las políticas de reducción de daños, coincide con lo que señalan Tom Blickman y Martín Jelsma, quienes las describen como aquellas que se orientan a la "disminución de las consecuencias adversas, sanitarias, sociales y económicas, del uso de drogas psicoactivas (drogas con-

17 *Véase Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma*, Informe final de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, Internet: http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_espanhol_04.pdf. Acceso: 20 de septiembre de 2009.

18 *Ibidem*, p. 11, 12.

19 *Ibídem*, p. 13.

20 Véase, Rodrigo Uprimny, Op. Cit., p. 154.

troladas, alcohol, drogas farmacéuticas), tanto sobre los consumidores como sobre sus familias y sus comunidades, sin necesariamente poner fin al consumo de drogas."[21].

El acento de estas políticas por lo tanto no es sobre los efectos primarios de la droga, es decir aquellos que son propios de su naturaleza, sino más bien a los efectos secundarios del uso de sustancias controladas o prohibidas, en especial, los que son el resultado de las respuestas de la sociedad y sobre todo del estado frente a quienes hacen uso de estas sustancias, como es el caso de la criminalización o la exposición a enfermedades de alto riesgo como el VIH/SIDA.

A pesar de que para muchos analistas las políticas de reducción de daños se encuentra limitada por la normativa internacional en la materia[22], existen experiencias exitosas que van abriendo un camino para traducir la praxis de estas políticas en instrumentos internacionales que las sustenten y avalen. Quizá la más extendida sea la Holandesa que inició a mediados de la década de los años setenta y que tiene como componentes fundamentales la descriminalización de la distribución minorista y del consumo de drogas llamadas suaves, programas de distribución gratuita de jeringuillas para evitar la pro-

21 Tom Blickman y otro, "Políticas alternativas en Europa y Estados Unidos", en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009, p. 84.

22 Franciso Thoumi señala que intentar una política distinta con las drogas ilegales es una propuesta ingenua, y que se debería empezar por proponer una política de reducción de daños con las drogas consideradas legales en primer lugar para empezar recién a explorar otras esquemas para las políticas relacionadas con las drogas ilegales, aunque se presenta como pesimista debido al fracaso de las negociaciones políticas en las Naciones Unidas, donde este año a pesar de todos los movimientos pro reducción de daños, se ha reafirmado la tendencia prohibicionista. Véase, Francisco Thoumi, "La normativa internacional sobre drogas como camisa de fuerza" en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009, p. 59. En este mismo sentido Anthony Henman, señala que mientras la Convención Única de 1961sea la "piedra angular" que rige todo el sistema internacional de control de drogas "estaremos sujetos no a algunas pequeñas contradicciones, como nos quieren hacer creer, sino a la representación de un largo proceso histórico –la inevitalbe difusión por el mundo de nuevas y exóticas sustancias psicoactivas- que se ha demostrado equivocada y contraproducente, y que llevará fatalmente a una intensificación cada vez mayor de los abusos y desaciertos…". Anthony Henman, "Efectos reales y alternativas a la prohibición", en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009, p. 108.

pagación del SIDA, suministro de Metadona para contrarrestar el síndrome de abstinencia a la heroína, apoyo profesional para rehabilitación voluntaria, y programas de integración social al consumidor, entre otros.

Otros países europeos se han unido a estas prácticas, por ejemplo, Portugal, España e Italia despenalizaron la posesión de dosis personal para el consumo, en Suiza, la posesión de droga para el consumo es una contravención, en Bélgica se despenalizó el consumo de marihuana, en Alemania el porte de pequeñas cantidades de cualquier sustancia prohibida está despenalizado.

En Estados Unidos la situación no es distinta, aunque si contradictoria, debido a que se constituye en el país que mantiene férreamente la posición prohibicionista, y sin embargo, estados como Oregon y California despenalizaron la tenencia de cannabis en 1973, bajo determinadas circunstancias y cantidades. Lo mismo sucedió en Alaska en 1975, donde la Corte Suprema decidió que la tenencia de hasta una onza de cannabis para el consumo era legal. En California, en 1996 mediante un referéndum se aprobó la Ley de Uso Compasivo, que despenaliza la utilización médica del cannabis[23].

Las experiencias de América Latina que se aproximan o incluso ya han despenalizado el consumo de drogas, son las de países como Venezuela, Colombia, Argentina y Brasil, en estos dos últimos países fallos de las Cortes Supremas han declarado inconstitucional la penalización del consumo.

El Ecuador se ha mostrado firme también en acercarse a esta dirección que está tomando la política contra las drogas. El primer paso claro fue la Resolución para el indulto a las personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, emitida por la Asamblea Constituyente el 4 de julio del 2008, y que hasta la fecha ha permitido que más de 2200 personas salgan en libertad. El segundo y definitivo paso es la constitucionalización de la prohibición de criminalización del consumo de drogas.

2.2 ¿Qué derecho?

Es evidente que tras la aprobación de la nueva constitución y el establecimiento de un marco extenso y fuerte de derechos y garantías la legislación de drogas en el país debe cambiar.

23 Véase, Tom Blickman, *Op. Cit.*, p. 100

En el tema de la legislación de drogas hay que empezar a revisar su especialidad. En efecto, al igual que cualquier materia del derecho la tendencia ha sido la especialización. Así por ejemplo a partir de la regulación de la materia contractual del derecho civil se han desprendido algunas específicas como las comerciales, laborales, o de compañías. También, han surgido situaciones de especialidad de la ley cuando surgen temas nuevos, por ejemplo temas relacionados con las nuevas tecnologías, como las firmas electrónicas.

En el caso de la ley 108, obedece a la primera lógica, a la especialización de un derecho, que en este caso es el derecho penal. En efecto, como hemos podido revisar en líneas anteriores, la legislación de drogas tiene un enfoque controlador y criminalizador, y desde esta óptica ha sido utilizado principalmente como una norma penal.

El problema de la especialización penal –que no es exclusivo de la ley 108, pues la dispersión penal en el ordenamiento ecuatoriano ha sido una práctica legislativa común– radica en lo fácil que resulta quitar todas las garantías penales y procesales penales de las cuales se reviste el derecho penal y procesal penal común, debiendo ajustarse como lo sugiere Uprimny, a los principios fundamentales para la garantía y respeto de los derechos humanos[24].

Por lo tanto, el primer elemento que se debe desmontar del actual esquema de la legislación de drogas es su contenido penal. Porcentualmente, si solamente tomamos en cuenta el articulado de la ley 108, vemos que el 53% del texto se dedica a la regulación de los delitos y su proceso de juzgamiento, con las características que ya hemos señalado: procesos de excepción, tipos penales abiertos y penas desproporcionadas.

En este sentido la reforma se debe encaminar hacia la eliminación de todo tipo penal en la ley 108, estos se deberían revisar para adecuarlos a una visión garantista y de derecho penal mínimo que cierre los tipos penales, que distinga entre el gran traficante y aquel que es utilizado por estos carteles, que imponga penas proporcionales no solo a la participación en el delito sino también a su papel dentro de la organización delictiva. Lo anterior significa que se debe contemplar un capítulo dentro del Código Penal que regule los delitos de drogas.

24 Véase, Rodrigo Uprimny, *Op. Cit.*, p. 165.

En cuanto al tema procesal, no existe discusión alguna sobre la excepcionalidad que implica la Ley 108, y la respuesta desde una concepción en la cual primen los derechos humanos de las personas es el sometimiento de estas infracciones a las condiciones procesales con los que se sancionan todos los delitos. No existe justificación constitucional o de derecho internacional que justifique un proceso excepcional para estos ilícitos

El 47% restante de la ley 108, divide su contenido entre la prevención, la rehabilitación, el control y la institucionalidad. Este es el contenido que, desde un enfoque de derechos humanos y de "reducción de los daños" debería abarcar la legislación de drogas.

La Constitución establece en su artículo 364 que las adicciones son un problema de salud pública, esta disposición abre el camino para que el enfoque de reducción de daños se implante en el país.

La nueva legislación de drogas debería dedicar un capítulo a los principios que van a regir esta nueva forma de concebir las adicciones y cuáles son los derechos que se protegen con esa legislación, mismos que deben orientar el ámbito de la prevención, rehabilitación, control e institucionalidad. Por supuesto, se debe desechar toda previsión normativa que oriente la prevención o la rehabilitación desde una visión controladora o criminalizadora.

En el ámbito de la prevención y la rehabilitación, la política de reducción de daños debe estar orientada al establecimiento de una serie de medias de tanto de carácter sanitario, como social, que tengan como objetivo el control del consumo de riesgo, peligroso o conflictivo. Algunas medidas concretas en el tema sanitario, que se aplican con éxito en otros países es la atención de personas drogodependientes no condicionada a la abstinencia y que buscan voluntariamente la rehabilitación, incluso permitiendo el acceso a ciertas drogas, como la metadona, dentro de condiciones especiales para alejarla de los mercados ilícitos de éstas, la sustitución o entrega de jeringuillas para evitar el contagio del VIH/SIDA, y la instalación de salas de consumo legal, para brindar condiciones sanitarias de menos riesgo para personas consumidoras.

Argentina, Chile y Brasil, comienzan a dar pasos en esta nueva forma de abordar el tema de la prevención y rehabilitación en drogas. En Chile por ejemplo, la aplicación de esta visión ha permitido en lo sanitario, admitir en el sistema público de salud los tratamientos de reducción del daño sin condicionarlos a la abstinencia, desplegar un sistema de información cientí-

fica a la población sobre cómo hacer usos de drogas no peligrosos o de riesgo –tal como sucede en el caso de alcohol o tabaco– y cuando es necesario buscar una ayuda especializada.

En relación con el control, el enfoque también debe cambiar. La lógica de la Ley 108, como tantas veces hemos señalado es penalizadora, y por lo tanto, orientaba el control hacia evitar el cometimiento de delitos. No siendo más este un objetivo que deba perseguir una ley construida bajo una lógica garantista, el control debe verificar el cumplimiento de los estándares de derechos humanos, y los parámetros de calidad y cantidad que se fijen para la producción legal de sustancias, la importación o exportación de precursores químicos, la publicidad en el tema de drogas, el respeto de derechos en los centros en los que se ofrece tratamiento a personas consumidoras, entre otros.

2.3 ¿Qué institucionalidad?

La visión de una institucionalidad centralizada que concentra tanto la decisión de la política pública, como el control de los temas relacionados con las sustancias estupefacientes demuestra ser insostenible desde una visión integral de este tema. Las diferentes aristas requieren de la distribución de responsabilidades institucionales en cabeza de órganos ya existentes, para lo cual debemos concentrarnos en algunos de sus niveles y dimensiones.

En el nivel de la elaboración de la política pública, se deben concentrar todas las autoridades que desempeñan un rol en la ejecución de dicha política, así como también los actores sociales relevantes, respetando el mandato constitucional. La participación social es un eje fundamental, y así lo destaca el informe de la Comisión Latinoamericana Sobre Drogas y Democracia que le dedica un acápite especial a la participación de la sociedad civil y la opinión pública, que permita la participación de distintos actores en la evaluación de las políticas y en el planteamiento de alternativas, para que estas se ajusten a la realidad histórica y cultural de cada país[25]. El resultado deberá verse plasmado en el Plan Nacional de Drogas.

25 Véase *Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma*, Informe final de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, Internet: http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_espanhol_04.pdf. Acceso: 20 de septiembre de 2009.

En el nivel ejecutivo, el ente superior encargado debe ser un órgano interministerial que se ocupe exclusivamente de coordinar la ejecución integral de la política pública definida en el Plan Nacional de Drogas dentro de cada institución, en cada una de las cuales deberá existir una oficina específica que se encargue de llevar a cabo los planes y programas derivados.

En cuanto a las dimensiones que abarca la temática de las drogas, esta puede ser tan variada como variados sean los proyectos y programas que se definan en el Plan de Drogas. Sin embargo hay ciertas dimensiones que podríamos llamar permanentes y que definen la preponderancia institucional que debe existir en la distribución de responsabilidades, e incluso el ente rector a cargo de la coordinación en el órgano interministerial.

Nuevamente para definir lo anterior, acudimos a la definición constitucional de las adicciones como problema de salud pública. Esta es la dimensión que en una política de reducción de daños debe primar, por sobre la dimensión de seguridad que prima bajo una política de guerra contra las drogas.

Institucionalmente, en la primera teoría la preponderancia institucional es centralizada y con énfasis en la seguridad. En la segunda, la institucionalidad responde a los derechos, y por lo tanto la organización estatal debería tener como fin la protección y garantía de los derechos de todas las personas: de quienes están en riesgo de caer en consumo, de quienes consumiendo están en riesgo de caer en consumo problemático, de quienes han caído en consumo problemático o no y quieren rehabilitarse, y de quienes no consumen.

La protección de los derechos de las personas en riesgo de consumo es una dimensión preventiva, donde las entidades encargadas de la educación, salud, trabajo e inclusión social juegan un papel importante. La protección de los derechos de las personas consumidoras, requiere de la intervención de los organismos públicos a cargo de la salud e inclusión social. La protección de los derechos de las personas no consumidoras requiere también de la intervención de las instituciones de salud así como de las instituciones de seguridad. Lo anterior no significa que estos ámbitos se puedan cruzar y en muchos casos superponer, pero se plantea en esta forma teórica simplemente para hacer identificables las dos dimensiones preponderantes en el tema de droga, que una teoría de "reducción de daños" debe tomar en consideración: la salud, la social y la seguridad.

Podría decirse que desde la perspectiva de la protección de derechos la salud tiene justificada su participación pues la ubicamos en relación con todas las personas, y que la seguridad en cambio no aparece apenas sino hasta el último grupo y por lo tanto no debería jugar ningún papel en esta definición. Sobra explicar que la razón que justifica lo anterior está en relación a la proporción de la población total, donde el grupo de personas no consumidoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es muy superior. Sin embargo esta explicación pierde peso, si nuevamente acudimos a la definición constitucional en la que se incluye entre los consumidores problemáticos a quienes consumen las llamadas drogas legales: alcohol y tabaco. La dimensión de la seguridad más bien justifica su importancia por el aspecto internacional de la droga, el papel que desempeña el Ecuador dentro de este mercado y la influencia de los grandes carteles transnacionales de la droga sobre el mercado interno.

Más allá de esta discusión, la institucionalidad debe responder entonces a estas tres dimensiones, la dimensión de salud, la dimensión social y la dimensión de seguridad.

La dimensión social deberá estar a cargo de la prevención y la rehabilitación. Al referirnos a prevención, no debemos limitarnos a evitar que las personas no consumidoras consuman, sino a prevenir el consumo problemático.

La dimensión de salud debe estar a cargo del control de las sustancias estupefacientes, debe otorgar permisos, controlar existencias, e inclusive imponer sanciones administrativas en caso de incumplimiento de la normativa que regulan materias tales como la importación, exportación de sustancias estupefacientes o sus precursores. Del mismo modo debe ocuparse de la existencia de centros de rehabilitación públicos que ofrezcan tratamientos para quienes voluntariamente deseen ingresar a los mismos, debiendo garantizar en todo momento el derecho de estas personas. Juega también un papel preponderante en la puesta en práctica de las medidas de "reducción de daños", tales como el intercambio de jeringuillas y la implementación de tratamientos de sustitución de drogas.

La dimensión de seguridad debería limitarse a tres aspectos fundamentales, siguendo nuevamente a Rodrigo Uprimny: a) La sanción del uso indebido de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, como sucede con las llamadas drogas legales; b) La protección de las personas que por falta de autonomía puedan se suceptibles o inducidas al consumo y a la dependencia

de las drogas; y c) Sanción de ciertas formas de tráfico, en especial aquellas relacionadas con la criminalidad organizada de alta complejidad, dejando de lado o persiguiendo solamente bajo determinadas condiciones el tráfico de pequeña escala[26].

III. La utopía del cambio de paradigma

Todas las publicaciones que han procurado abrir camino a un cambio de paradigma sobre las ideas que sustentan las políticas sobre drogas a nivel internacional presentan la situación actual como problemática debido a que la lucha contra las drogas se ha presentado como una lucha entre buenos y malos, a la cual la sociedad fácilmente se ha sumado, dejando debajo o escondido en el debate las razones reales por las cuales las personas deciden consumir drogas.

Lo anterior ha hecho que el cambio de paradigma se siga presentando como una utopía frente a la realidad de la política y la normativa internacional. Sin embargo, el Ecuador ha demostrado en la práctica que se va sumando al cambio que el mundo reclama en el tema de drogas. Se ha sembrado ya la semilla para un nuevo esquema legal para las drogas, el mismo que debe acomodarse a un contexto internacional adverso. Sin embargo no hay que olvidar que la utopía del cambio, que en la práctica se viene produciendo en distintos países, va forzando un nuevo esquema desde abajo para que las discusiones de la normativa internacional encuentren fundamento sobre una política de drogas más humana y efectiva.

IV. Bibliografía

Blickman, Tom y otro, "Políticas alternativas en Europa y Estados Unidos", en Drogas en América Latina. *Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009.

26 Véase, Rodrigo Uprimny, *Op. Cit.*, p. 164 y 165.

De Rementería, Ibán, "La guerra de las drogas: cien años de crueldad y fracasos sanitarios" en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009.

Henman, Anthony, "Efectos reales y alternativas a la prohibición", en Drogas en América Latina. *Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009.

Husak, Douglas, *Drogas y derechos*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

Rachel, Neild, "Asistencia policial y políticas de control de drogas de Estados Unidos", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005.

Ramírez, María y otros, "Colombia: un círculo vicioso de drogas y guerra", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005.

Rivera, Fredy "Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005.

Soberón, Ricardo, "Corrupción, Narcotráfico y Fuerzas Armadas", en Martín Jelsma (Compilador), *Drogas, Poder y Derechos Humanos en América Latina*, Quito, Abya-Yala, 1998.

Thoumi, Francisco, "La normativa internacional sobre drogas como camisa de fuerza" en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, Revista Nueva Sociedad No. 222, Buenos Aires, Talleres Gráficos Nuevo Offset, 2009.

Uprimny, Rodrigo, "¿Qué hacer con las drogas? Políticas vigentes y alternativas emergentes", en Martín Hopenhayn (Compilador), *La grieta de las drogas. Desintegración social y políticas públicas en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 1997.

Youngers, Coletta y Rosin, Eileen, "La "guerra contra las drogas" impulsada por Estados Unidos: su impacto en América Latina y el Caribe", en Coletta Youngers y Eileen Rosin (editoras), *Drogas y Democracia en América*

Latina. El impacto de la política de Estados Unidos, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005.

Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma, Informe final de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, Internet: http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_espanhol_04.pdf. Acceso: 20 de septiembre de 2009.

Constitución de la República del Ecuador

Ley 108

El principio de igualdad como eje transversal de la nueva legislación sobre drogas en el Ecuador

Javier Dávalos

Sumario:

I. Introducción **II.** El principio de igualdad y la regulación de las drogas ilícitas. **III.** La salud pública en materia de drogas **3.1.** Las adicciones como un problema de salud pública. **3.2.** Obligaciones estatales frente al derecho a la salud. **IV.** Las medidas administrativas en materia de drogas **4.1.** Un sistema administrativo desde el principio de igualdad **4.2.** Obligación estatal de adecuar el sistema administrativo. **V.** La igualdad en el sistema penal. **5.1.** Un sistema penal con enfoque de derechos. **5.2.** Obligación estatal de aplicar el debido proceso. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía.

I. Introducción

El Ecuador está atravesando un importante proceso de reforma y transformación jurídica, que ha tenido como primer gran resultado la aprobación de una nueva Constitución donde se consagra el ejercicio pleno de los derechos humanos como la herramienta fundamental para la consecución del fin principal del Estado, el buen vivir. Este nuevo paradigma de desarrollo establecido en la norma máxima se constituye en la guía para toda la actividad estatal y debe ser reforzado con una completa reforma legal, que permita llevar a la práctica los distintos postulados constitucionales.

Una de las reformas necesarias en la legislación ecuatoriana es aquella referente al uso, prevención, información, tratamiento, rehabilitación y control de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ya que el diseño y aplicación de la actual ley que regula el tema de drogas ilícitas se ha dado sobre una base alejada del derecho internacional de los derechos humanos, que responde a la más dura criminalización y a la aplicación de la doctrina del derecho penal máximo.[1] Esta legislación ha tenido como resultado un incremento irracional de la población carcelaria, un defectuoso sistema de información y prevención respecto a los riesgos del consumo y muy malos resultados en la lucha contra el narcotráfico.[2]

El buen vivir o *sumak kawsay*, consagrado por la nueva Carta Magna, no es más que el ejercicio pleno de los derechos humanos en armonía con la naturaleza, sin discriminación de ningún tipo.[3] De este modo, para lograr su materialización, se requiere la presencia de un valor fundamental como es el de la igualdad, en el reconocimiento y aplicación de los derechos de las personas. Esta igualdad debe verse reflejada en el diseño de la reforma legislativa que se está produciendo en el país, en todos los campos que regula el ordenamiento jurídico, incluyendo el relativo a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Por ello, en este ensayo evidenciaremos la necesidad de una reforma legislativa y propondremos una serie de lineamientos para incluir el principio de igualdad en los distintos ámbitos de este complejo tema, de acuerdo en lo señalado por el artículo 364 de la nueva Constitución, que transcribimos a continuación:

> Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponde desarrollar programas coordinados de información, prevención y control de consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales,

1 Para un estudio profundo sobre este tema ver Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal Mínimo*, en Prevención y Teoría de la Pena, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 25-48.

2 Ver entrevista al Dr. Domingo Paredes, Secretario Ejecutivo del CONSEP en el programa de radio de Ecuadorinmediato.com, disponible en http://www.consep.gov.ec/html/pdf/noticia170509.pdf

3 Ver Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de, Art. 275.

> habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulneraran los derechos humanos. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco, de acuerdo a la Constitución y a la Ley.[4]

Para el desarrollo de este trabajo, en primer lugar haremos una breve exposición respecto al principio de igualdad en sus dos dimensiones, tanto material como formal, y su relación con la regulación legal en materia de drogas ilícitas. A continuación, sobre la base del artículo constitucional citado, plantearemos algunas recomendaciones relativas a cómo aplicar este principio en los ámbitos relacionados a la salud pública, el sistema administrativo y el sistema penal encargados de los temas relativos a drogas ilícitas. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones.

Antes de iniciar este estudio nos parece pertinente hacer una referencia geopolítica al tema en cuestión. Cabe recordar que la legislación sobre drogas ilícitas que han adoptado los países latinoamericanos en las últimas décadas ha sido impuesta desde la doctrina de la prohibición, represión a la oferta y erradicación de cultivos, expresada en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y la Convención de 1988, y en los distintos programas de "guerra contra las drogas", liderados de forma unilateral por los Estados Unidos. El caso de México es muy ilustrador al respecto, donde "el doble mensaje de la guerra a las drogas impregna y define la relación Estados Unidos-México hoy en día. El discurso apunta, no a ganar la guerra contra las drogas, sino a asegurar los fondos y el apoyo público para el modelo militar de combatir el tráfico ilegal de drogas, a pesar de las pérdidas y abrumadora evidencia que las actuales estrategias no están funcionando."[5] Así, a pesar de que México estaría al borde del colapso administrativo por problemas relacionados con el narcotráfico, los miembros del gobierno de estadounidense, el Congreso y el Pentágono han declarado unánimemente un mensaje totalmente contradictorio, al afirmar que desde que el presidente Calderón lanzó su ofensiva contra el crimen organizado en diciembre de 2006, su gobierno ha hecho grandes progresos contra el tráfico ilegal de drogas y el poder de los carteles.[6] Con

4 Constitución de la República del Ecuador, Art. 364.

5 Laura Carlsen, *Doble discurso en guerra contra la droga* en Programa de las Américas Columna, 18 de marzo de 2009, disponible en: www.ircamericas.org/esp/5967

6 Ver ídem.

ello se pretende continuar con la justificación del "apoyo" del gobierno de Estados Unidos a los países del sur para luchar su guerra contra las drogas.

Más allá de este ejemplo, para nadie constituye una novedad que este país –autoproclamado guardián universal contra las drogas– haya impuesto en las naciones del sur su política represora, como una herramienta más para sostener su hegemonía global. Las legislaciones impuestas desde el norte, lejos de respetar el principio de igualdad, inferiorizan a las personas involucradas de cualquier manera con las drogas (consumidores, productores, traficantes, comunidades indígenas) respecto a las personas que están inmersas en otras actividades también delictivas o ilegales, ya que las discrimina en el ejercicios de derechos fundamentales y garantías como son la libertad individual, el debido proceso judicial, la proporcionalidad de las penas, entre otros.

Al mismo tiempo, este tipo de legislación, al carecer por completo de un enfoque de derechos, no ha considerado las particularidades económicas, culturales y sociales de ciertos sujetos propios de nuestra realidad latinoamericana que se ven involucrados en el complejo mundo de las sustancias estupefacientes, por diversas razones. De esta forma, pueblos indígenas, personas de escasos recursos y otros grupos de especial vulnerabilidad han sido quienes han sufrido en mayor medida la represión a su cultura y la ineficacia de las medidas adoptadas por un sistema que no es capaz de comprender sus diferencias con el resto de la sociedad, sino que por el contrario los estigmatiza.

El ex presidente colombiano Ernesto Samper calificó a este tipo de legislación en materia de drogas como una "ley injusta de contrastes", debido a los grandes beneficios que reporta a ciertos sectores y el gran perjuicio que deja en otros –los más pobres por cierto–. Según Samper, nuestros países han terminado con la menor parte de las ganancias de este lucrativo negocio, y para aumentar los daños sufridos hemos sido obligados a importar y consumir sustancias nocivas para la salud de nuestros pueblos y drogas que producen alteraciones genéticas, así como pesticidas para la fumigación de los cultivos ilícitos, que dañan el equilibrio ecológico y la salud de nuestra gente.[7]

Boaventura de Souza Santos define el principio de igualdad de la siguiente manera: "las personas tienen el derecho a ser iguales cuando la diferencia les haga inferiores, pero también tienen el derecho a ser diferentes

7 Ver Ernesto Samper, *Legalización de la marihuana*, cit. por Alonso Salazar J. en *Drogas y narcotráfico en Colombia*, Planeta, Bogotá, 2001, p. 69.

cuando la igualdad ponga en peligro la identidad".[8] Cuando el principio de igualdad no se comprende en esta doble dimensión, la consecuencia inmediata es la discriminación, su cara contraria. Tendremos este concepto en mente a lo largo de este artículo, cuyo principal objetivo es reflejar la necesidad de una correcta aplicación del principio de igualdad y diferencia en el complejo escenario de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, con el fin de lograr una legislación –base para una posterior política pública– que combine el respeto por la igualdad y libertad de las personas, el valor de su responsabilidad individual y que ponga un gran énfasis en la protección de la salud pública.

II. El principio de igualdad y la regulación de las drogas ilícitas

La igualdad se ha entendido como un valor para ordenar la convivencia social y también como una aspiración perenne de los seres humanos que viven en sociedad, además de ser fundamento de las ideologías y teorías políticas más diversas.[9] Se ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.[10]

Jurídicamente, la igualdad se ha definido tanto como un derecho subjetivo, expresado en la igualdad ante la ley y la no discriminación, así como un principio de aplicación de los derechos humanos y uno de sus fundamentos más importantes. La nueva Constitución del Ecuador reconoce estas dos dimensiones y establece la igualdad como un principio de aplicación de los

8 Boaventura de Souza Santos, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, en Olga Lucía Pérez, *Otras miradas de la justicia*, ILSA, 2002, Bogotá, p. 81.

9 Ver Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993p. 53.

10 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18, Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 87.

derechos, al decir que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.[11] Además, el texto constitucional señala de forma explícita el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.[12]

Según Salgado, la visión tradicional liberal del derecho determinó que la igualdad haya sido entendida solamente desde una visión abstracta y formal.[13] Esto se ha traducido en la ficción de la igualdad ante la ley, donde se supone a todas las personas como iguales por el texto legal, lo cual ha estado completamente desligado de la realidad de una sociedad donde priman los tratos discriminatorios, por diversas razones. La nueva Constitución del Ecuador ha superado este caduco concepto, y considera a la igualdad como un objetivo y una guía de la actuación estatal y no como una ficción derivada de la simple declaración legislativa.

Norberto Bobbio distingue de una forma muy ilustrativa los conceptos de igualdad formal y material, al decir que:

> La expresión 'igualdad de derecho' se usa en contraposición a 'igualdad de hecho' y corresponde casi siempre a la contraposición entre igualdad formal e igualdad sustancial o material […] La igualdad en los derechos significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.[14]

De este modo, la igualdad formal es la igualdad ante la ley, con su clásica formulación de la "ley es igual para todos y se aplica de igual forma para todos", mientras que la igualdad material es la igualdad en los derechos, que implica el disfrute igual de estos, tomando en consideración las características de cada grupo o persona, que tiene como resultado la igualdad sustancial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para

11 Ver Constitución de la República del Ecuador, Art. 11.

12 Ver ídem, Art. 66.

13 Judith Salgado, *La discriminación desde un enfoque de derechos humanos* en Diversidad ¿sinónimo de discriminación?, INREDH, Serie Investigación #4, Quito, 2001, p. 24.

14 Norberto Bobbio, op. cit. , p. 75

la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, este tribunal internacional ha determinado que los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias y de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones y prácticas de carácter discriminatorio.[15] Según la propia Corte, esto se traduce en la prohibición de emitir leyes, dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a un determinado grupo.

Con estos antecedentes, para que una ley regulatoria del tema de las drogas ilícitas respete los derechos humanos y en consecuencia no sea discriminatoria, debe entender e incorporar el principio de igualdad, tanto formal como material y en la doble dimensión que esboza Santos, de trato igualitario a los iguales y trato diferente a los diversos. Así, la nueva legislación ecuatoriana en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, además de respetar los preceptos constitucionales establecidos en Montecristi, deberá tomar en cuenta todos los elementos mencionados relativos al principio de igualdad, para resultar justa y útil a la armonía de nuestra sociedad.

La actual legislación en materia de drogas en el Ecuador ha pasado por alto esta necesidad de incorporar el doble principio de igualdad, al dar un trato diferenciado a ciertos grupos, sin justificación válida, así como al dar un trato uniforme a quienes por sus diferencias se les debe un trato diferenciado. Esta normativa criminaliza indirectamente el consumo de drogas ilícitas (lo que no sucede con el alcohol o tabaco), y niega las garantías del debido proceso a los acusados por delitos relacionados con drogas que si se otorgan a quienes cometen otros delitos; asimismo, invisibiliza las diferencias culturales en cuanto al uso de ciertas sustancias por parte de comunidades indígenas, censurándolos por igual, o establece las mismas penas para grandes narcotraficantes y pequeños comerciantes de drogas, víctimas de los primeros, que por necesidad económica caen en actos ilícitos como transporte o venta estas sustancias.[16]

15 Corte IDH, Opinión consultiva No. 18, Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados, párr. 88.

16 Ver Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Registro Oficial Suplemento No. 490, 27 de diciembre de 2004, Art. 36, 57, 58, 61, 62, 63, 83, 106, 110, 111, 112, 117(i), 122, 123(v).

De este modo, el análisis que hacemos a continuación se centrará en establecer cuáles son las falencias en cuanto al principio de igualdad que presenta la normativa de drogas ilícitas vigente, en las categorías de salud, sistema administrativo y sistema penal, así como en proponer algunas soluciones como base para el diseño de una legislación acorde a los estándares internacionales de derechos humanos.

Cabe recordar lo señalado por Oscar Vilhena Vieira, quien afirma que "la exclusión social y económica, derivada de niveles extremos y persistentes de desigualdad, aniquila la imparcialidad legal, ocasionando la *invisibilidad* de los extremadamente pobres, la *demonización* de los que cuestionan el sistema, y la *inmunidad* de los privilegiados, ante los ojos de los individuos y de las instituciones"[17] Esto es lo que ha sucedido en los últimos años con la aplicación de la ley de drogas en el Ecuador, que ha invisibilizado y demonizado a unos –los más pobres y excluidos– e inmunizado a otros –los más poderosos–, y que, para estar acorde a la nueva Constitución, debe ser urgentemente reformada.

III. La salud pública en materia de drogas

3.1. Las adicciones como un problema de salud pública

La nueva Constitución del Ecuador señala que las adicciones son un problema de salud pública. Esta frase definición produce una transformación trascendental del paradigma, ya que esta problemática ahora se observa desde un enfoque más cercano a los derechos humanos y ya no desde la criminalización indirecta del consumo, como sucede con la legislación secundaria actual. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente señala:

> El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes de juicio, previo peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta

17 Oscar Vilhena Vieira, *La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho*, en Revista Sur No. , disponible en http://www.surjournal.org/esp/index6.php, p. 29.

> la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere.[18]

Más allá de no señalar de forma expresa como un delito el consumo de sustancias ilícitas, los actos que contempla esta norma (exámenes médicos, peritajes, pesaje, etc.) son eminentemente penales, ya que requieren que la persona sea detenida y, en la práctica solo se realizan si la persona dispone de un abogado. Además, este sistema presenta la posibilidad cierta de que consumidores no problemáticos o de sustancias que no generan dependencia sean penados por el hecho de poseer cantidades mínimas para su consumo personal. Como hemos señalado, la penalización de la adicción a unas sustancias y la legalidad de la adicción a otras, viola el principio de igualdad en la persona de sus consumidores, así como también lo hace la uniformización del tratamiento médico en los distintos niveles de dependencia de las sustancias ilegales.

Una vez superado este caduco paradigma por el nuevo texto constitucional, en este apartado analizamos la forma en que se debe aplicar el doble principio de igualdad para garantizar el derecho a la salud de las personas adictas a cualquier sustancia, que voluntariamente o por solicitud de sus familiares, busquen someterse a un tratamiento médico. El derecho a la salud es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en la Constitución de 2008 como parte de los derechos del buen vivir, cuya garantía sin discriminación alguna es uno de los deberes primordiales del Estado ecuatoriano.[19]

Para cumplir con esta obligación de garantizar el derecho a la salud, en el caso particular del tratamiento del problema de salud pública que puede generar el abuso de las drogas ilícitas, el Estado debe desarrollar políticas públicas adecuadas para la atención integral de los usuarios y usuarias de estas sustancias. De este modo, el Estado respetará el derecho a la libertad respecto a su salud que tienen los ciudadanos y al mismo tiempo garantizará el derecho al disfrute del más alto posible nivel de salud. En los términos de la Observación General No. 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU:

18 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Art. 63

19 Ver Constitución de la República del Ecuador, Art. 32.

> El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.[20]

Las adicciones se definen como la dependencia del ser humano a cualquier tipo de droga, sea esta legal o ilegal.[21] Para pasar al tema de la diferenciación entre distintos tipos de adicciones, cabe empezar por una aproximación a este fenómeno desde el principio de igualdad. A partir de la definición citada, podemos colegir que el hecho de criminalizar únicamente el consumo de ciertas sustancias que causan adicción resulta de por sí discriminatorio, ya que aplica una diferencia con base en un criterio o categoría sospechosa que inferioriza a algunas personas "adictas" por debajo de otras, ese criterio sería la sustancia que utilizan. Quienes son fumadores compulsivos o alcohólicos están dentro de una categoría de adictos no sólo aceptados socialmente sino también jurídicamente, disponen de una clara regulación del consumo de sus sustancias y no se los penaliza por el mismo, por el contrario, quienes consumen sustancias consideradas ilegales como la marihuana o el opio son sindicados por la ley y por la sociedad, con todas las consecuencias para el disfrute de sus derechos que esto implica.

Esta diferenciación que inferioriza a los usuarios de sustancias consideradas ilícitas ha causado más problemas que beneficios a la sociedad en su conjunto y a los consumidores y sus familias en particular. Como bien señala Salazar, el tratamiento penal al usuario de drogas logra más que nada su marginación y lo convierte en delincuente, genera alrededor de él un sinnúmero

20 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 22º período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, p. 1.

21 Ver Alonso Salazar J., *Drogas y narcotráfico en Colombia*, Planeta, Bogotá, 2001, p. 134.

de violencias y dificulta cualquier tratamiento médico o ayuda para que pueda manejar su problema.[22]

En un debate interesante sobre la racionalidad de la adicción y el derecho a la libertad de elección, Thomas Pogge señala que se podría pensar que penalizar el comportamiento adictivo es más aceptable moralmente si se establece que las personas que se vuelven adictos son irracionales al hacerlo.[23] De esta manera, si considera el uso de drogas como una actividad irracional de los sujetos, se podría apoyar la idea de que los usuarios no son plenamente competentes, en consecuencia esto hace de alguna manera aceptable el hecho de regularlos por su propio bien, de quitarles la libertad de consumo. Sin embargo, si seguimos este razonamiento, en aplicación del principio de igualdad, deberían restringirse de igual forma otras actividades igualmente peligrosas y también consideradas irracionales, como el uso de sustancias alcohólicas o tabaco o incluso los deportes de riesgo que producen descargas de grandes cantidades de adrenalina en el organismo, sin embargo en la práctica esto no sucede.

Ante estas reflexiones, resulta muy importante la valiente decisión constitucional de abordar el consumo de sustancias consideradas ilegales desde un enfoque de salud pública, pues esto significa la aplicación correcta del principio de igualdad en el disfrute del derecho a la libertad de elección que tienen de los consumidores de drogas, tanto legales como ilegales, pero al mismo tiempo significa que estos tienen el mismo derecho a recibir información y beneficiarse de planes de prevención, tratamiento y rehabilitación frente al problema de las adicciones. Como vemos, en este caso dar un trato igualitario a los adictos a sustancias legales e ilegales, desde la salud pública y no desde la penalización, resulta en un igual goce efectivo del derecho a la salud.

En una interesante decisión jurídica, la Corte Constitucional de Colombia derogó la normativa que penalizaba el porte y consumo de la dosis mínima de drogas ilícitas. Para llegar a este fallo, el tribunal citado señaló que la ley consideraba tan adictos al nicotinómano y al alcohólico como al marihuanero y al cocainómano, e hizo notar que la sociedad da a los primeros el tratamiento de adictos socialmente aceptados mientras trata a los demás

22 Ver ídem.

23 Thomas Pogge, *Racionalidad y drogas* en Pablo de Grieff y Gustavo de Grieff (compiladores), Moralidad, legalidad y drogas, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000, p. 104.

consumidores como delincuentes o contraventores.[24] Al parecer, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano este problema de discriminación ha quedado zanjado con lo estipulado por el texto constitucional, que deberá ser reforzado con la legislación secundaria pertinente.

3.2. Obligaciones estatales frente al derecho a la salud

Una vez solventado el tema de la discriminación entre las personas consumidoras de un tipo de sustancias consideradas legales y aquellos consumidores de sustancias calificadas como ilegales, pasamos a mirar cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para evitar que el consumo de cualquier droga que pueda causar dependencia tenga consecuencias dañinas para la salud y vida de las personas, tanto a nivel individual como colectivo.

Es innegable que las drogas, incluidos el alcohol y el tabaco, cuando son consumidos de forma indiscriminada, ocasionan un daño real a la salud de las personas. Ahora bien, es igualmente cierto que algunas de las sustancias prohibidas por la legislación penal han demostrado tener grandes propiedades medicinales para la cura y alivio de síntomas de muchas enfermedades, otras de estas sustancias son utilizadas dentro de las ceremonias religiosas, culturales y medicinales de muchas de las etnias indígenas de nuestro país. De este modo, el Estado debe, tanto a nivel legislativo como de política pública, diferenciar el tratamiento que se brinda a las personas y colectivos en lo relativo al consumo de sustancias y su derecho a la salud, de acuerdo a criterios jurídicamente válidos.

En una aplicación adecuada del doble principio de igualdad, la Constitución del Ecuador ha establecido categorías claras dentro de los consumidores de drogas ilícitas, al dividirlos en ocasionales, habituales y problemáticos. Como resultado de ello, es una obligación del Estado ofrecer un trato diferenciado a las y los consumidores, dependiendo de su nivel de adicción, de lo contrario, al darse un trato uniforme a los consumidores de distintos tipos se los descaracterizaría y el tratamiento ofrecido terminaría siendo infructuoso, como ha sucedido en la mayoría de los casos de adicciones con la legislación vigente, que como hemos señalado, considera simple-

24 Corte Constitucional, sentencia de 5 de mayo de 1994, cit. por Alonso Salazar, op.cit., p. 122, 123.

mente como *enfermas* a todas las personas capturadas en posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas destinadas para su propio consumo, ya que se presume su adicción y se ordena su inmediata internación.[25]

La novedosa clasificación que hace el texto constitucional debería garantizar un trato diferenciado a las personas consumidoras ocasionales, habituales y problemáticas, que finalmente derivará en la aplicación de la igualdad material, aplicando y respetando el derecho humano a la salud de la población. Quienes estén encargados del proceso de elaboración de la nueva legislación en materia de drogas deben entender, tal como señala Nadelmann, que es imperativo que cualquier política de control de drogas "distinga entre el uso casual de drogas, que resulta en poco o en ningún daño para cualquiera, el uso indebido de drogas que causa daño en principio al consumidor, y el mal uso de drogas que resulte en daños palpables a otros".[26] Así lo ha entendido la clasificación constitucional de consumidores, de donde se desprende una idea del nivel de atención que estos deben recibir por parte del aparato estatal. La legislación y política pública respecto a los consumidores de sustancias estupefacientes deberá entonces, para ser constitucional, tomar en cuenta esta clasificación y ser acorde a sus presupuestos, al momento de normar lo relativo a la información y prevención, seguridad en la tenencia y procesos de tratamiento y rehabilitación.

Es importante recordar la reflexión de Alonso Salazar, quien señala que la política prohibicionista tiene efectos negativos sobre los esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y la responsabilidad personal. Según el autor, cuando se aplica esta política, la salud a la que se aspira con las medidas de control resulta distorsionada, ya que no se respeta el precepto según el cual la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada.[27] Así, el Estado debe desarrollar políticas alternativas menos dependientes de los métodos prohibicionistas y más enfocadas en la aplicación de programas de prevención integral, que han demostrado ser más eficaces para proteger este derecho.

El texto constitucional ecuatoriano, al hacer referencia a las adicciones como un tema de salud pública, da un salto cualitativo enorme en cuanto al

25 Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Art. 103.

26 Ethan A. Nadelmann, *Pensando seriamente en alternativas a la prohibición de las drogas*, en Comisión Andina de Juristas, Drogas y control penal en los Andes, Lima, 1994, p. 198.

27 Ver Alonso Salazar J., op. cit., p. 145

tratamiento que el sistema jurídico le brinda a este tema, ya que pasa de ser un asunto eminentemente penal o criminal, a tener un gran énfasis en la preocupación por el bienestar de las personas involucradas o posiblemente afectadas y, por extensión, de la población en general.

IV. Las medidas administrativas en materia de drogas

4.1. Un sistema administrativo desde el principio de igualdad

Una vez que hemos analizado la aplicación del principio de igualdad en lo referente a la salud pública, pasemos a tratar su aplicación en las medidas administrativas que se deben establecer en materia de sustancias estupefacientes. De acuerdo al razonamiento esbozado en el acápite anterior, al Estado le corresponde desarrollar medidas administrativas que sean la base para el diseño de planes y programas coordinados de información, educación, prevención y control de consumo, no sólo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sino también de toda sustancia que pueda causar adicción –incluyendo el alcohol y el tabaco– buscando la igualdad material, para asegurar el disfrute de los derechos humanos.

Las obligaciones internacionales del Estado ya contemplan el trato no diferenciado respecto a la adopción de medidas administrativas que persuadan a la sociedad en general del consumo de las sustancias nocivas, sean estas consideradas legales o ilegales. Así, cuando la Observación General No. 11 del Comité de DESC expone las posibles violaciones de las obligaciones de proteger respecto al derecho a la salud, expone:

> Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como […] el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas […][28]

28 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11, p. 14.

Todas las medidas que el Estado puede adoptar, respecto a un sinnúmero de aspectos administrativos aplicables para los asuntos relacionados con las sustancias ilegales en particular, deberán enmarcarse en el principio de igualdad. Asuntos tan diversos que van desde la regulación de lugares donde se puede realizar el consumo, campañas de educación e información, usos tradicionales, programas sociales, hasta medidas como la erradicación de cultivos ilícitos, deben tomar en cuenta este principio de manera obligatoria.

Una de las primeras regulaciones administrativas importantes será aplicar la prohibición del consumo a los niños, niñas y adolescentes, así como a las mujeres embarazadas; y la regulación de la tenencia y consumo en lugares públicos así como en establecimientos educativos, competencias deportivas, cárceles, lugares de trabajo, etc. A pesar de que la norma general es permitir el consumo personal, tal como manda la Constitución, en aplicación del principio de igualdad que requiere un trato diferenciado para quienes tienen características diversas con el fin de garantizarles el ejercicio de un derecho, deberán existir ciertas regulaciones administrativas que se alejen de este postulado general. Considerando la condición de personas y grupos de atención prioritaria, señalados así constitucionalmente, se deberá adoptar medidas especiales. De esta manera, al tratarlos de forma distinta, se logra la igualdad material en el disfrute derechos, ya que su vulnerabilidad ante la posibilidad de adicción y los efectos negativos de las sustancias es mayor, respecto al resto de la sociedad.

Otra regulación administrativa importante será controlar la aplicación de una norma que exponga la incompatibilidad del consumo de ciertas sustancias estupefacientes, al igual que sucede actualmente con el alcohol, con la conducción de vehículos y operación de maquinarias. Las personas consumidoras no podrán poner en riesgo la vida y salud de aquellos con quienes se puedan encontrar en una carretera o lugar de trabajo, y no podrán ejercer su derecho a conducir de encontrarse bajo los efectos de las drogas o el alcohol.

De la misma manera, a la hora de elaborar los planes de información sobre dogas para la ciudadanía, se debe tener en cuenta el público hacia el que estarán dirigidos. Nedelmann afirma que "la mayoría de las personas (incluidos los niños), si se les da una buena información, probablemente no se iniciarán con la droga […] la mayoría de aquellos que prueban una droga tenderán, ya sea a detener su consumo en breve, o la consumirán con mode-

ración."[29] Según este autor, se deben favorecer medidas administrativas menos coercitivas que partan desde programas educativos y de tratamiento voluntario hasta la provisión de servicios sociales más amplios, dependiendo del sector de la población al que se dirijan.

Un asunto muy importante al que vale la pena prestar especial atención es aquel referente al uso ancestral de sustancias obtenidas de plantas cuya utilización no es solamente recreativa, sino médica y religiosa, para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Cabe recordar que el uso de drogas es tan antiguo como la humanidad, no obstante, la primera prohibición de fármacos a nivel global se llevó a cabo en el siglo pasado. Así nació el peligro de estigmatización o incluso extinción de las tradiciones de ciertos pueblos indígenas que incluyen la ingestión ritual de plantas medicinales, como la ayahuasca en la Amazonía o el sampedro en la sierra central. La protección de estas costumbres y usos ancestrales es una necesidad en el Ecuador, para superar la exclusión de estos sectores considerados tradicionalmente "no civilizados" por la cultura dominante, por medio de su integración a la cultura universal de prohibición de uso de sustancias. Para ellos, la igualdad se confundió con uniformidad, se negaron las diversidades y la integración e incluso la asimilación fueron la consigna máxima.[30]

Cabe citar en este punto lo señalado por Baldomero Cáceres en estudio sobre la salud y las drogas en el Perú:

> El seguimiento retroactivo de la condena de la hoja de coca como "droga susceptible de engendrar toxicomanía" por la OMS en 1952, me ha llevado a documentar debidamente como su "categorización" (considerar compulsivo al coqueo) constituye un agravio a los derechos humanos de los pueblos indígenas puesto que se apoya en prejuicios racistas y crea frente al coqueo una expectativa de daño que contradice la ciencia.[31]

La Constitución ecuatoriana del año 2008 reconoce los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidad indígenas, dentro de los cuales señala

29 Ver Nedelmann, op. cit., p. 206.

30 Judith Salgado, op. cit., p. 14.

31 Baldomero Cáceres, *Informe sobre el problema de la salud y las drogas*, en Comisión Andina de Juristas, p. 137.

de manera expresa aquellos referentes a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia y tradiciones ancestrales, así como a mantener proteger y desarrollar los conocimientos colectivos y saberes ancestrales, sus medicinas y prácticas tradicionales.[32] En una correcta aplicación del principio de trato distinto a los diversos, el texto constitucional borra toda posibilidad de sanciones administrativas o de cualquier tipo a las comunidades que practiquen sus tradiciones ancestrales, aunque estas involucren el uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

En el ámbito internacional, la tendencia está enfocada claramente hacia el respeto al uso tradicional de plantas no procesadas en el ámbito medicinal y religioso. Tanto la legislación internacional como los lineamientos de política pública se encaminan a la conservación de las costumbres de los pueblos ancestrales. La Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de la Organización de las Naciones Unidas, referente a las medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen sustancias estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de las mismas, señala que éstas "deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente."[33]

Cabe citar un ejemplo de la forma en que una medida administrativa puede aplicar el doble principio de igualdad en materia de drogas ilícitas. En las selvas del oriente de Colombia, cerca de 5 mil cultivadores de coca se tomaron la pista del aeropuerto de Guaviare, que sirve de base para las operaciones antinarcóticos, con el fin de pedir la suspensión de las fumigaciones. Los campesinos lograron un acuerdo en el que lograron visibilizar su diferencia entre ellos y los grandes narcotraficantes que supuestamente el gobierno buscaba neutralizar. En este acuerdo se decidió reducir la fumigación sólo para los sembrados de coca que tengan más de tres hectáreas y desarrollar un plan gradual de sustitución de cultivos para los pequeños cultivadores pobres.[34] De este modo, al menos en teoría, la medida de la fumigación, se

32 Constitución de la República del Ecuador, Art. 57.

33 Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de la Organización de las Naciones Unidas de 1988, Art. 14(2).

34 Ver Alonso Salazar J. op.cit., p. 108.

aplicaría solamente a los cultivos comerciales financiados y administrados por el narcotráfico o la guerrilla.

4.2. Obligación estatal de adecuar el sistema administrativo

Para poder aplicar de una forma coherente las medidas administrativas señaladas, así como otras que puedan ser necesarias, el sistema administrativo encargado de ellas debe tener un diseño acorde a los nuevos presupuestos que venimos estudiando.

La concentración de funciones en un organismo centralizado, donde se confunde la potestad legislativa, administrativa e incluso penal, ha demostrado no ser idónea para el tratamiento adecuado alrededor de la problemática de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas. El nuevo enfoque de derechos con el que se pretende tratar este tema, hace que se deba buscar un organismo especializado en la salud que emita la política pública al respecto, mediante instancias con competencias definidas. Del mismo modo, esto nos obliga a separar claramente las competencias penales que en esta materia puedan existir, y dejarlas a los jueces y tribunales, para que sean ellos quienes traten estos aspectos.

De este modo, debería ser el Ministerio encargado de la salud pública, el organismo que ejerza las funciones de diseñar e implementar las políticas y coordinar las acciones estatales relativas al tratamiento y rehabilitación de los consumidores de las sustancias sujetas a fiscalización, así como el diseño, desarrollo y ejecución de las estrategias del Estado para el control de estas sustancias.

Este ente, a través de una instancia particular dependiente, debería tener a cargo las funciones de prevención del consumo de drogas en la población, así como la oferta de tratamiento y rehabilitación a las personas que tengan problemas de adicción y acudan a él, siempre con el apoyo y participación de la sociedad civil en su conjunto. De la misma forma, a través de otra dependencia, debería coordinar las medidas tendientes al control y fiscalización de la producción, fabricación, preparación, transformación, almacenamiento, comercialización, corretaje, exportación e importación, tránsito, y cualquier otro tipo de transacción en donde se hallen inmersas sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Este sistema, que tiene su origen en el énfasis en la protección del derecho a la salud, debe tener una base sólida y funciones bien definidas, que permitan emitir medidas administrativas acordes y claras. Como consecuencia de ello, el tratamiento penal en este tema se verá reducido y deberá ser ejecutado por las mismas autoridades judiciales y con las mismas garantías que se aplican para el resto de delitos. A continuación revisamos brevemente lo referente a la necesidad de aplicación del principio de igualdad en el sistema penal en materia de drogas, ya que otros estudios en esta publicación desarrollan de manera particular el tema penal.

V. La igualdad en el sistema penal

5.1. Un sistema penal con enfoque de derechos

La aplicación del principio de igualdad en el sistema penal se expresa en la relación que se produce precisamente entre igualdad y justicia. Bobbio señala que la justicia se identifica con la igualdad ya que es justa una acción o una ley que instituye o respeta, una vez instituida, una relación de igualdad. Según el jurista italiano, una relación de igualdad es un fin deseable en la medida en que es considerado justo. El sistema penal busca restablecer una relación o un orden que ha sido perturbado con un ideal de armonía e igualdad. Esto también sucede en los ilícitos cometidos en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Gustavo De Greiff afirma que "de acuerdo con el principio de igualdad, el Estado no debe mostrar ningún favoritismo hacia alguna concepción del bien que tenga una porción de la sociedad, así sea la más numerosa, por encima de las preferencias que tengan otros segmentos de la población, pues se violaría dicha igualdad."[35] El jurista colombiano acota que al tener las personas no solo el derecho a la igualdad sino también a la libertad, de ello resultan diversos estilos de vida que deben ser respetados en tanto no afecten la igual libertad de los otros. Esta justificación es suficiente para reforzar la no criminalización del consumo que establece nuestra Consti-

35 Gustavo De Grieff, *La creación legislativa de delitos*, en Moralidad, legalidad y drogas, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000, p. 224.

tución, que debe ser regulada de forma adecuada por la legislación secundaria.

Al señalar el texto constitucional que en ningún caso se permitirá la criminalización de las personas consumidoras de sustancias, el Estado ecuatoriano ha decidido embarcarse en la salida del paradigma prohibicionista que ha demostrado ser inefectivo, altamente costoso y contraproducente. Este avance deberá ser reafirmado por una indispensable reforma a la legislación penal en materia de drogas, cuya principal característica debe reflejarse en su condición de ser garantista de los derechos humanos de aquellas personas que, debidamente informadas, decidan consumir de manera responsable alguna de las sustancias consideradas ilícitas y sancionadora solamente de aquellos que incumplan con la norma penal vigente. De este modo, se hace imperativa una reforma al Código Penal, con el fin de incluir en él los delitos relacionados con las drogas, ya que es este el cuerpo normativo que debe acoger todos los tipos penales, y no otra norma o ley, como sucede con la actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que tipifica varios delitos.

Para el jurista Carlos Santiago Nino, el castigo de la tenencia de drogas exclusivamente para uso personal no está justificado desde la ciencia del derecho, ya que por razones de coherencia lógica, ello conllevaría a justificar otras intervenciones en la vida de las personas.[36] Este argumento nos permite pensar en que la eliminación de la criminalización del consumo de sustancias ilícitas en la nueva Constitución es un importante avance jurídico que debe ser respetado y fortalecido en la legislación penal. Nadelmann afirma que el reconocimiento de los derechos humanos de los consumidores y de un enfoque de reducción de los daños provenientes del consumo de sustancias psicotrópicas logran mejores resultados integrando a los consumidores dentro de la sociedad normal, en lugar de aislarlos en clínicas de rehabilitación u otros sistemas de reclusión.[37] En el mismo sentido, Eugenio Zaffaroni señala que la interferencia penal en materia de tóxicos nos está trayendo una cantidad de problemas que cada vez se van haciendo más agudos.[38]

36 Ver Carlos Santiago Nino, *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas de los hombres"?* en Gustavo de Grieff, op.cit., p. 292.

37 Ver Ethan A. Nadelmann, op. cit., p. 199.

38 Ver Eugenio Zaffaroni, *Sobre la legalización de la droga*, en Drogadependencias: reflexiones sobre

Con la nueva regulación, el Estado ecuatoriano ha decidido dejar de lado un largo y doloroso perjuicio causado a su sociedad y abandonar las caducas directrices estadounidenses en una lucha contra las drogas que precisamente ha generado muchos de los problemas que señala el penalista argentino, tales como violencia, secuestros, lavado de dinero, mercados de contrabando y falta de información.

5.2. Obligación estatal de aplicar el debido proceso

Es evidente que, si bien se debe reducir al mínimo la regulación penal en el tema de sustancias estupefacientes, dada su condición constitucional de problema de salud pública y no de problema delictivo, existen ciertos aspectos relacionados principalmente con el comercio y transporte de estas sustancias que deben ser regulados por la legislación penal. Más allá de esta realidad, un sistema penal con enfoque de derechos no debe permitir la vulneración de las garantías que asisten a las personas que cometan alguno de los ilícitos relacionados al cultivo, comercialización o tráfico de las sustancias sujetas a fiscalización, tal como ha venido sucediendo con la actual legislación.

En aplicación del doble principio de igualdad que ha guiado este análisis, la nueva tipificación de delitos relacionados con las drogas debe entender la necesidad de distinguir entre aquellos grandes narcotraficantes que "exportan e importan" ingentes cantidades de las distintas sustancias nocivas y aquellos pequeños comerciantes que abastecen mercados locales o a nivel personal; del mismo modo, se deben establecer diferencias en el tipo penal para los campesinos pobres que reciben una pequeña cantidad de dinero por cultivar plantas de las que se obtienen precursores de estupefacientes y lo hacen para sustento familiar, de los dueños de enormes fincas de plantaciones ilegales. Por esta razón, con base en el razonamiento esbozado por Santos, a la hora de determinar sanciones para la producción, comercialización y tráfico ilegal de sustancias consideradas ilegales, el legislador deberá tomar en cuenta niveles o categorías de involucramiento entre quienes cometan algún tipo de ilícito.

el sujeto y la cultura, Silvia Inchaurraga (compiladora), Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 1996, p. 48.

Cabe recalcar que a las personas que se detenga o sancione por delitos relacionados con drogas se les debe aplicar el mismo sistema penal y todas y cada una de las garantías del debido proceso. Esta afirmación, que parecería ser irrelevante, es en este caso necesaria, ya que con la actual legislación, algunas de estas garantías fueron dejadas de lado de forma inconstitucional y violatoria del derecho internacional. Con la ley vigente no se aplican medidas de garantía que si se aplican a otros procesos como son la caución, la condena condicional, la prelibertad, la libertad controlada, los beneficios de la Ley de Gracia y el indulto.[39] El actual sistema se ha encargado de poner una presunción de culpabilidad sobre las personas acusadas de delitos de narcotráfico, violando su derecho a un debido proceso y la presunción de inocencia, discriminando de esta forma a unos procesados respecto a otros y violando el derecho a la igualdad. Como hemos sostenido a lo largo de este ensayo, solamente la aplicación de las normas generales del procedimiento penal solventarán este grave problema.

VI. Conclusiones

El desarrollo legislativo en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas debería tener al menos estos componentes: un sistema legal que asegure la no criminalización de las personas consumidoras, un sistema de información especial que sea accesible a todos los habitantes, con programas de educación honestos que digan la verdad sobre las drogas y que no se basen en concepciones moralistas anticuadas, y campañas de salud pública que desalienten el uso indebido de las sustancias nocivas.

Para lograr la igualdad material en el diseño legislativo y en la implantación de políticas públicas apropiadas de salud en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas se debe dejar de tratar de una forma distinta a los consumidores de sustancias adictivas legales frente a quienes consumen sustancias ilegales, pues ello resulta discriminatorio. Del mismo modo, a la hora de la atención en la salud, es imperativo establecer un tratamiento distinto

39 Ver INREDH, demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

para un consumidor ocasional, para un consumidor habitual y para un consumidor problemático, con el fin de brindar la atención más adecuada a cada uno de estos niveles.

A la hora de aplicar medidas administrativas y penales se debe tener en cuenta que ninguna condición es más conducente al abuso de drogas y al involucramiento en su tráfico que la combinación de la pobreza con la falta del disfrute de los derechos sociales más básicos. De este modo, el enfoque en la protección de derechos del sistema dará un mejor resultado que la criminalización de consumidores y la estigmatización de traficantes menores. Tanto el sistema administrativo como el sistema penal deben tener claramente definidas y separadas sus funciones en esta materia.

Es indispensable señalar que un sistema penal adecuado debe sancionar delitos de tráfico y comercialización de sustancias prohibidas, siempre teniendo en cuenta los distintos niveles de participación y las condiciones de cada uno de los involucrados. Por supuesto, esto no podrá incluir de ninguna forma a las personas que portan o adquieren pequeñas cantidades para su consumo personal.

Se deberán tomar en cuenta estas diferencias de condición social, económica, cultural, de edad, actividad e incluso de origen étnico, a la hora de legislar y elaborar políticas públicas respecto al uso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Solamente de este modo, podremos terminar con un sistema que beneficia a productores y consumidores de drogas legales, que alimentan a grandes transnacionales farmacéuticas y estigmatizan a campesinos pobres que se ven obligados a trabajar en plantaciones que sirven de base de operaciones para los grandes capos de la droga, que explotan a estas personas de escasos recursos. De esta manera tendremos una nueva legislación en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas encaminada a conseguir el buen vivir, fin último del nuevo diseño institucional y legal del Ecuador.

VII. Bibliografía

Doctrina

Bobbio Norberto, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993.

Cáceres Baldomero, *Informe sobre el problema de la salud y las drogas*, en Comisión Andina de Juristas, Drogas y control penal en los Andes, Lima, 1994.

Carlsen Laura, *Doble discurso en guerra contra la droga* en Programa de las Américas Columna, 18 de marzo de 2009, disponible en: www.ircamericas.org/esp/5967

De Grieff Gustavo, *La creación legislativa de delitos*, en Moralidad, legalidad y drogas, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000.

Ferrajoli Luigi, *Derecho Penal Mínimo*, en Prevención y Teoría de la Pena, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995

Nadelmann Ethan A., *Pensando seriamente en alternativas a la prohibición de las drogas*, en Comisión Andina de Juristas, Drogas y control penal en los Andes, Lima, 1994.

Nino Carlos Santiago, *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas de los hombres"?* en Gustavo de Grieff.

Salazar J. Alonso, en *Drogas y narcotráfico en Colombia*, Planeta, Bogotá, 2001.

Salgado Judith, *La discriminación desde un enfoque de derechos humanos*, en Diversidad ¿sinónimo de discriminación?, INREDH, Serie Investigación #4, Quito, 2001, p. 14.

Santos Boaventura de Sousa, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, en Olga Lucía Pérez, Otras miradas de la justicia*, ILSA, 2002, Bogotá.

Pogge Thomas, *Racionalidad y drogas* en Pablo de Grieff y Gustavo de Grieff (compiladores), Moralidad, legalidad y drogas, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000.

Vilhena Vieira Oscar, *La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho*, en Revista Sur No., disponible en http://www.surjournal.org/esp/index6.php

Zaffaroni Eugenio, *Sobre la legalización de la droga*, en Drogadependencias: reflexiones sobre el sujeto y la cultura, Silvia Inchaurraga (compiladora), Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 1996.

Legislación nacional e internacional

Constitución de la República del Ecuador, aprobada en referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de la Organización de las Naciones Unidas de 1988.

Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Registro Oficial Suplemento No. 490, 27 de diciembre de 2004.

Jurisprudencia nacional e internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18, Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 22º período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

Corte Constitucional colombiana, sentencia de 5 de mayo de 1994.

Epílogo

Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas*

Juan Bustos Ramírez

Sumario:

I. Consideraciones generales acerca del "problema de las drogas". **1.1.** Las drogas como problema social. **1.2.** El problema de las drogas. **II.** El control jurídico penal. **2.1.** La actual legislación (Ley No. 19.366). **2.2.** El proyecto de ley modificatorio de la Ley 19.366. **2.2.1.** Problemas de constitucionalidad. **2.2.2.** Problema de técnica legislativa. **III.** Bibliografía.

* El presente artículo se encuentra publicado en Juan Bustos Ramírez, *Obras Completas. Control Social, otros cambios,* volumen V, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008. Agradecemos la cortesía de Editorial Jurídica del Ecuador por permitir su reproducción y facilitar desinteresadamente la difusión del pensamiento del maestro Juan Bustos Ramírez.

I. Consideraciones generales acerca del "problema de las drogas"

1.1. Las drogas como problema social[1]

Con la sola finalidad de delimitar y hacer operativo el concepto de *problema social*[2], vamos a entenderlo como: el conjunto de situaciones que, dentro de un universo más amplio de conflictos, han sido privilegiadas y posicionadas en el primer plano de las preocupaciones públicas, más allá o con independencia de la negatividad que las mismas puedan llegar a poseer. Asimismo, también entenderemos que toda consideración y categorización de un fenómeno determinado como problema social siempre cumple (a veces más o a veces menos) la función de llenar espacios, integrar las energías y reacciones de la gente ante diversos problemas de la vida cotidiana y desviar la atención de problemas más estructurales, sobre todo de aquellos que podrían poner en cuestión el *statu quo* de la sociedad.

En este mismo sentido, debemos agregar que cuando un asunto es recogido, planteado y tratado como problema social, se produce una consecuencia paradójica, que implica el aumento de la cantidad de conflicto que el mismo posee. Se va agrandando artificialmente el problema, lo que, a la vez, sirve de fundamento para justificar cualquier tipo de reacciones (inclusive la violencia punitiva) al momento de intervenir frente al mismo.

En el caso específico de la droga, es evidente que cuando ella llega a ocupar un lugar en el catálogo de los problemas sociales, también comienza a ser utilizada su nueva categorización con fines instrumentales y funcionales a las relaciones de poder inherentes a cualquier estructura social[3],[4].

1 Sobre la evolución de los discursos referidos al problema de la droga en los últimos 50 años, véase Del Olmo, Rosa, "Las Drogas y sus Discursos", en el Derecho Penal Hoy, Homenaje a David Baigún, Maier y Binder (compiladores.), Editores del Puerto, Bs. Aires, 1995, pp. 455 y ss.

2 En este sentido González Zorrilla, Carlos y otros, "Repensar las Drogas: Hipótesis de la Influencia de una Política Liberalizadora respecto a las Drogas, sobre los Costes Sociales, las Pautas de Consumo y los Sistemas de Recuperación", Ed. Grup Igia, Barcelona, 1988, p. 28.

3 Dentro de esta dinámica es posible entender claramente el esfuerzo que es llevado a cabo por los Estados Unidos a finales del siglo XIX para exportar la política prohibicionista. Se parte en esta nación por criminalizar a la comunidad china, la cual —tras finalizar la construcción del ferrocarril hacia el oeste— representaba una enorme masa de cesantes que hacía bajar los salarios de los traba-

Sin duda que otra de las funciones enmascaradas que aparecen cuando la droga se asume y trata como problema social, se refiere a que juega un papel motivador para buscar la solidaridad y cohesión al interior de una sociedad profundamente fragmentada[5]. Aparece así el problema de la droga como un enemigo al que hay que combatir, pero que no es tan negativo, ya que sirve para unir y reforzar la conciencia social y además para alejar a la opinión pública de los problemas estructurales reales. Se convierte la droga en lo que Nils Christie ha llamado el enemigo útil y su combate representa, en palabras de Thomas Szasz, "una variante de la antiquísima pasión de la humanidad por purgarse a sí misma de sus impurezas, escenificando grandes dramas representativos de la persecución del chivo expiatorio"[6].

Pero, a raíz de esta artificial cohesión social que se pretende, se van produciendo paralelamente efectos sumamente negativos y estigmatizadores. La caracterización de la droga como un elemento extraño y ajeno al cuerpo social, y por ende, la consideración del consumidor de drogas como un desviado anormal, aumenta la segregación, lo que a su vez propicia la formación

jadores norteamericanos. De este modo, la criminalización y el control penal, aparte de mantener constantemente controlada a una minoría de inmigrantes, servía como instrumento económico que regulaba el Mercado de trabajo de acuerdo con las necesidades políticas. Pero también esta criminalización sobre el opio en la zona oeste de los Estados Unidos sirvió para " (…) hacer un favor a las casas farmacéuticas, devolviendo a los consumidores de opio a los productos farmacéuticos que habían abandonado al ir al fumadero".

4 En el plano internacional, se escondieron los intereses de los Estados Unidos cuando comenzaba su expansión imperialista (mitad del siglo XIX). Pasando así, la prohibición a cumplir una función dirigida a la conquista del dominio geopolítico. De esta forma, mientras la represión del opio se consolidaba en el plano interno de los Estados Unidos, este país comenzó a exportar la prohibición, amparándose en seudorazones humanitarias, pero lo que, en definitiva, se proponía, era desplazar al imperio británico de su lugar hegemónico en el escenario mundial, atacando, a través de la prohibición, las pingües ganancias que el comercio del opio le reportaba a Inglaterra.

5 En este sentido, la experiencia del mismo Estados Unidos, pero en relación con la marihuana, es ilustrativa, ya que, hasta la aprobación de la marihuana Tax Act, en 1937, esta hierba era legal y muy consumida al interior de la comunidad negra: los inmigrantes mejicanos y los jazzistas. No pudiendo comprobarse científicamente su nocividad, se creó una imagen falsa a su alrededor y se le relacionó con la subcultura de la delincuencia y de la mala vida, para justificar la represión penal, que sólo buscaba incorporar dentro del aparato de control a dos grupos sociales (negros y mejicanos) marginados de las políticas sociales que se implementaban.

6 Citado por Diego Silva Forné, "Legislación de las Drogas", en Criminología y Derecho Nº III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, p. 130.

y consolidación de relaciones clandestinas de consumo y abastecimiento que van dando cuerpo a un mercado estructurado en la ilegalidad. Dentro de este contexto, aparece obvio que cualquier intento de incorporar socialmente al consumidor de drogas está condenado al fracaso.

También dentro de la dinámica de las funciones encubiertas que asume en el contexto social la problematización de la droga, se encuentra una que es eminentemente perpetradora de las diferencias sociales, ya que la criminalización de la misma "mantiene y agudiza la segregación de los pobres y estigmatizados por el sistema, que son, junto con los jóvenes, la principal clientela del consumo de drogas y bebidas alienantes y, al propio tiempo, constituyen el potencial de la oposición real y también del cambio hacia la democratización material de las estructuras sociales y económicas"[7].

1.2. El Problema de las Drogas

Cuando se habla del grave problema de las drogas y la urgencia de ponerle atajo, generalmente se está haciendo referencia a las drogas ilícitas. Debemos recordar, no obstante, que no todo consumo y venta de drogas es ilícita, aun el de algunas cuyo mal uso puede resultar muy dañino para la salud o incidir en las conductas sociales de los consumidores; es el caso del alcohol, el tabaco y los psicofármacos.

Por otro lado, no todo consumo de drogas es problemático. Lo problemático es principalmente la dependencia, así como el consumo abusivo que ésta conlleva con efectos en la salud de las personas o la incidencia en comportamientos sociales o dañinos.

Estas consideraciones son importantes a la hora de definir cuál es el bien jurídico protegido y cuál es la gravedad de su transgresión. Dicha evaluación siempre es relativa a otros valores; de este modo, es necesario establecer comparaciones y relaciones a fin de no introducir nuevas distorsiones en el sistema general de regulación penal.

Por otro lado, aun cuando el consumo y tráfico de drogas, además del lavado de dinero, constituyen problemas de preocupación para nuestro país, la

7 Véase Fernández Carrasquilla, Juan: "Hacia una Alternativa para la Política de las Drogas en América Latina, en *Drogas, Problemática Actual en España y América*, Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 182.

instalación de una perspectiva alarmista parece constituir parte del problema mismo. Un abordaje represivo y que provoca alarma social, verbigracia, las campañas tipo "guerra a las drogas", tiende a dividir la sociedad en dos sectores: consumidores y no consumidores, fomentando el prejuicio y el consiguiente aislamiento, estigmatización e intolerancia respecto de los primeros. Sin desconocer que este problema requiere pronta atención, no conviene sobredimensionarlo y menos aún analizarlo desde una perspectiva de terror que fomenta la irracionalidad para enfrentarlo y favorecer respuestas simplistas que traen nuevos problemas asociados: la imagen apocalíptica construida nos ha introducido en una grave dinámica de violencia hacia jóvenes consumidores que podemos apreciar incluso en algunos linchamientos acaecidos.

El consumo de drogas se vincula con procesos sociales de envergadura que explican la demanda creciente, y que no son controlables o solucionables penalmente. Por el contrario, la penalización del consumo agrava el problema[8] y mientras subsista la demanda, presionará para ser satisfecha, lo que implicará necesariamente proveedores. Evitar todo consumo es imposible, absurdo e incluso atentatorio de la libertad individual. Por ello, lo único posible y deseable en este plano ha de ser el prevenir el uso indebido, tanto como el evitar o disminuir el daño (ayuda) de aquellos que consumen drogas, sea por la calidad de éstas, por las formas de ingesta, por la dependencia y el uso abusivo, o por la necesidad y dificultad para obtenerla.

El proceso de incorporación de nuevas drogas, en las prácticas sociales de diversos países desde fines del siglo XIX, permite apreciar que su consumo ha promovido el desarrollo de una oferta que se extiende a través del mundo. De este modo, si la oferta de determinadas drogas ha sido definida como ilícita y la demanda se ha acrecentado, esto ha conducido a la estructuración de organizaciones más o menos violentas destinadas a satisfacer dicha demanda. El punto neurálgico es, pues, la demanda[9].

8 La tensión tripartita entre la demanda creciente de drogas, su oferta ilícita y la represión a ésta, conduce al aumento de la violencia social; los agentes de la oferta de drogas usan de la violencia para viabilizar sus negocios ilícitos, contando con la complicidad de los usuarios de las drogas; y éstos a su vez pueden usar la violencia para poder acceder a las drogas, lo que se suma a la violencia propia del sistema penal.

9 Muy ilustrativas son la denominada "Guerra del opio" y el fracaso del prohibicionismo respecto del alcohol en los Estados Unidos de Norteamérica.

Por tanto, al enfrentar el problema de las drogas resultan prioritarias las políticas públicas orientadas a los consumidores, buscando desarrollar pautas de consumo controlado a nivel social. Y éstas requieren considerar el significado de su utilización por parte de los propios usuarios[10].

Esto no quiere decir que estemos planteando una liberación absoluta y despenalización total de la oferta. En las condiciones actuales ello no es posible fáctica ni normativamente. El tráfico de drogas es un fenómeno globalizado e interdependiente entre múltiples Estados que presenta una determinada división internacional del trabajo y de la producción. Ello, naturalmente, impide hoy en día dar respuestas aisladas al interior de los países.

Pero el reconocimiento anterior no implica asumir la inexistencia de alternativas, ya que es perfectamente posible administrar el problema con criterios que hagan compatible la protección, tanto del consumidor como del no consumidor, por medio de la prevención y la neutralización de la gran criminalidad a través del control penal[11].

No obstante, el control y la represión de los proveedores de drogas ilícitas no puede tener como finalidad resolver el problema de la extensión del consumo porque éste es un camino inconducente respecto de tal objetivo; y, al mismo tiempo, debe cuidarse la espiral de violencia que se desata con relación al poder de las organizaciones narcotraficantes. Esto debería motivarnos para hacer uso del instrumento penal, pero en términos que cuiden nuestros intereses.

10 Como la experiencia nos demuestra, el objetivo de "una sociedad libre de drogas" no pasa de ser una declaración de buenas intenciones, sin ninguna posibilidad de verse plasmado en la realidad. Si se apela al hecho de que la incorporación del uso de nuevas drogas en una sociedad experimenta un proceso conocido como "ciclo de asimilación" en el cual se irá definiendo socialmente la regulación y significado de su uso, puede darse también un ciclo de eliminación o disminución del abuso, en especial, de algunos consumos evaluados como inconvenientes por parte de la población en general o de los consumidores en particular. Es el caso de uso de la heroína en los Estados Unidos. Podría ser el caso de la pasta base en Chile.

11 En este sentido las experiencias desarrolladas a partir de la década del 90 en diversas ciudades europeas han podido conciliar ambas variables con interesantes resultados. Sobre la experiencia desarrollada específicamente en Frankfurt ver Körner, Hans Harald: "El Modelo de Frankfurt", publicada como anexo en Ambos, Kai, *Control de Drogas; Política y Legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas,* Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 407 y ss.

A su vez, el gran tráfico se sustenta en infinitas microrredes de distribución (microtráfico), que con cierta frecuencia responden a estrategias de sobrevivencia[12]. Por esto, su eliminación constituye una utopía imposible. Una política centrada en el microtráfico permite mostrar gran actividad policial y penal, generando la ilusión de que por ese camino se solucionará el problema. A lo largo del tiempo, lo que el público apreciará será la falta de resultados, con la respectiva desilusión y percepción de incapacidad de las instituciones para solucionar un problema percibido crecientemente como gravísimo y amenazante.

En suma, el control penal destinado a impedir o dificultar la provisión de drogas ilícitas a los consumidores, aunque inevitable, constituye una herramienta limitada. Su uso extensivo e intensivo puede tener efectos más graves que los producidos por el propio consumo de drogas. Así, se requiere evitar que el remedio sea peor que la enfermedad; y dejar de pensar en éste como "la herramienta" privilegiada para enfrentar el problema de las drogas[13].

La especial gravedad atribuida al problema del consumo y tráfico de ciertas drogas ilícitas, la difusidad que discursivamente se da del bien jurídico protegido y su vinculación al orden público y la seguridad del Estado, más que a las personas y la salud pública, así como las dificultades de investigación de los delitos (ausencia de denuncias[14] como es obvio, por parte de los consumidores y presencia del delito organizado), ha llevado a la aceptación de

12 La preocupación por estas redes ha llevado a una política criminal que centra su actuación en la represión del microtráfico, el que con cierta frecuencia se confunde con el consumo. Una parte importante de los detenidos y llevados a procesos por drogas son consumidores de las mismas y no traficantes, como lo señala tanto la baja proporción de detenidos condenados, sólo 8% frente al 20% para el conjunto de los delitos más graves así como el hecho de que 40% de las condenas por infracciones a la ley de drogas son multas.

13 En los Estados Unidos entre los años 1980 y 1990 las muertes relacionadas a las drogas llegan a 52 000 cada año, de las cuales menos de 5 000 se deben al consumo de las mismas (como es sabido, por consumo de marihuana no se atribuye ninguna). En general, lo que se constata con la extensión y rigor penal frente a las drogas es un aumento consistente de la población relacionada a las drogas institucionalizadas por el sistema penal y una disminución de la población institucionalizada en los sistemas de salud y asistencia social. El caso más paradigmático es el de los Estados Unidos donde cada año 285 000 personas son condenadas por infracción a la ley de drogas, de ellas 110 000 por consumo, en cambio el sistema de salud sólo atiende unos 32 000 casos de drogas al año. Vale decir, se sacrifica la opción de ayuda en aras de la opción penal.

14 Las denuncias por infracciones a la ley de drogas son tan pocas que carecen de significado estadístico, o si se quiere, su real significado estadístico es la ausencia.

prácticas policiales especiales (autorización del uso de técnicas intrusivas[15]) y el desarrollo de un derecho penal que asume definiciones normativas especialmente excepcionales que permiten la suspensión de garantías procesales y afectan el debido proceso.

La experiencia internacional demuestra que la ampliación de estas normas especiales, además de atentar contra los derechos de las personas, permitiendo graves abusos y arbitrariedades, trae aparejado un incremento de la violencia vinculada al control de estos delitos y problemas de corrupción en las instituciones del sistema penal. Por tanto, es recomendable restringir al máximo las disposiciones especiales, además de regular cuidadosamente aquellas que permanezcan, prefiriéndose mantener normativas semejantes a las establecidas normalmente para delitos de semejante gravedad.

Los delitos por drogas ocupan extensiva e intensivamente la capacidad de acción de las fuerzas policiales, en desmedro de la persecución policial de

15 La aplicación de los métodos intrusivos de investigación, tales como la escucha telefónica, la cooperación con la justicia mediante la delación compensada, la entrega vigilada de drogas, el agente encubierto, etc., para perseguir los delitos de provisión de drogas y relacionados a ellos, como el blanqueo de dinero y la provisión de insumos, son procedimientos que no se pueden aplicar legalmente para la persecución de los otros delitos, ni siquiera para investigar a aquellos que atentan contra la seguridad del Estado. Si bien esta ventaja investigativa a favor de la persecución de los delitos por drogas les otorga mejores posibilidades a los agentes públicos para lograr resultados más eficientes, el mal uso de tales procedimientos puede causar graves distorsiones en los resultados reales, y, lo que es más grave, injusticias inaceptables. El uso incorrecto de estos procedimientos intrusivos de investigación policial tiene su paradigma negativo en la perversión del agente encubierto, para testimoniar sobre la ejecución del delito, convertido en agente provocador del delito. Es obvio que un delito organizado por los propios agentes públicos será eficientemente develado por los mismos agentes públicos. Este procedimiento merece serias dudas y desaprobaciones éticas. Además es, en lo práctico, gravemente ineficiente ya que distrae importantes recursos en inventar delitos en lugar de perseguir el delito real. Por otro lado, al menos en la información de prensa, los delitos a los cuales más frecuentemente aparecen vinculados los miembros de las fuerzas policiales son las infracciones a la ley de drogas. Debe preocuparnos la desculpabilización de la corrupción por cualquier vía; que no se produzca en el país una vinculación de algunos miembros de la Policía en los "quites" o "mejicanadas", es decir, en el robo de drogas a los narcotraficantes y su posterior venta en los mercados ilegales ya que esta actividad ilícita ejecutada por agentes públicos es altamente generadora de violencia. Estos hechos son siempre el origen de las "guerras de las drogas", ya que ante estas situaciones los narcotraficantes responden con inusitada violencia en contra de esos agentes públicos, dando origen a una escalada de violencia de las cuales los casos de Colombia y México son proverbiales.

los otros delitos, afectando de manera notoria la persecución de los robos; asimismo, esto se traduce en un fuerte recargo de los tribunales. Al mismo tiempo, se han fijado penas muy altas respecto de las transgresiones a la ley de drogas. Todo esto incide tanto en los derechos de las personas afectadas por la acción policial y aplicación de la ley, como en un incremento constante de la población penal del país[16], tendencia que ha adquirido niveles alarmantes en todos los países en que se ha implantado la "guerra a la droga".

II. El control jurídico penal

2.1. La actual legislación (Ley No. 19.366)

No cabe duda que la actual legislación es tributaria del sistema de control de drogas ejercido por Naciones Unidas. Ello implica que no es una creación nuestra, que hubiese sido diseñada en función de nuestros requerimientos, propias particularidades y características específicas que presenta el problema de la droga en nuestro país.

Y en este sentido, la opinión del fiscal de Frankfurt Hans Harald Korner —jefe de la Oficina Central para la lucha contra la Criminalidad de Estupefacientes (Z *fB*)— resulta ilustrativa cuando señala que "el derecho penal de estupefacientes no es algo que se pueda exportar al extranjero como una mer-

16 Entre 1990 y 1998, el número de detenidos por diversos delitos cada 100 mil habitantes aumentó en 9%. En el caso de los delitos por infracción a la ley de drogas su crecimiento en el período fue de 36%. Entre los años 1991 y 1996 el crecimiento relativo de detenidos por infracción a la ley de drogas sólo tuvo un crecimiento de 4,4%. A su vez, las sentencias aplicadas a quienes transgreden la ley de drogas son muy duras, tanto en términos absolutos como comparativos: 20% de las sentencias por infracción a la ley de drogas van entre 5 y 10 años de presidio; por homicidio esa pena se aplicó al 35% de los casos y por robo, al 20%. Por otro lado, si comparamos la aplicación de penas de prisión entre 5 y 10 años por infracción a la ley de drogas en el año 1995 respecto de 1990, ésta aumentó en 380%; y si comparamos 1997 respecto del año 1990, aumentó en 613%. Asimismo, en 1997 las penas superiores a 5 años de presidio constituyen el 55 de todas las sentencias por infracción a dicha ley (Fuente: Paz Ciudadana). Esto puede explicar en gran parte el crecimiento de la población de condenados recluidos que se aprecia en el último quinquenio: desde 97 condenados recluidos cada 100 mil habitantes en 1995, a 124 en 1999 (la tasa de crecimiento de condenados recluidos va desde 7,7% entre los años 1995 y 1996, al 8% entre los años 1998 a 1999) (Fuente: Gendarmería de Chile).

cancía. La política de la droga no se puede propagar como un mensaje de salvación".

Pero, incluso, sin desconocer la sumisión de nuestro actual derecho penal de estupefacientes al sistema de Naciones Unidas, es posible encontrar algunos casos en los cuales la Ley 19.366 ha ido, todavía, más allá de las propias obligaciones internacionales contraídas por el estado chileno sin respetar la cláusula de compatibilidad[17]. Asimismo, no se puede obviar que su marcado y profundo acento represivo, al margen del principio de proporcionalidad y del sistema general de garantías (que regula y limita la intervención del Estado en el ámbito penal), está en una contradicción insalvable con la Constitución Política y con algunos tratados internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, la actual regulación establece, de modo directo, marcos penales sumamente elevados que no guardan correspondencia con la naturaleza misma del bien jurídico protegido, ni tampoco proporcionalidad[18] con los marcos penales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico penal para delitos de mayor gravedad.

Por ejemplo, si nos remitimos al párrafo 14, Título VI del Libro II del Código Penal y analizamos los marcos penales de los ilícitos contra la salud pública allí establecidos, resulta que la gran mayoría de ellos gira en torno al presidio menor (privación de libertad de 61 días a 5 años). Sólo el llamado delito alimentario del art. 315, el cual exige peligro concreto de provocar la muerte o grave daño para la salud de las personas, tiene asignada pena de prestigio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años de privación de libertad).

17 La Convención de Viena de 1988 establece en su art. 3, párrafo 2 que "con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su Derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o substancias psicotrópicas para el consumo personal". Véase la citada Convención publicada en el Diario Oficial del 20 agosto 1990.

18 Sobre el principio de proporcionalidad y sus fundamentos constitucionales, ver Carbonell Mateu, Juan Carlos, "Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales", Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 2002 y ss.

Ahora bien y aceptando que el tráfico de drogas afectaría la salud pública de manera homóloga que los delitos del mencionado párrafo 14 del Código Penal[19], nos encontramos que en él no hay una correspondencia con los recién aludidos marcos penales, ya que la prensa de éste va de 5 años y un día a 15 años de privación de libertad, sin que ni siquiera el comportamiento de tráfico exija un peligro concreto de provocar la muerte de una persona.

Pero esta desproporcionalidad de marcos penales, trasciende la naturaleza misma del bien jurídico, pretendidamente protegido por el delito de tráfico de drogas, y se extiende también a otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico penal. Por ejemplo, el delito de homicidio simple (art. 391 No. 2 del Código Penal) posee idéntico marco penal que el tráfico de drogas, y el delito de auxilio al suicidio tiene un marco penal ostensiblemente menor que el del citado tráfico.

De este modo, la consecuencia axiológica, normativa que se deriva a partir de la situación expuesta, implica que matar a otro es igualmente grave que vender droga; y que facilitar conscientemente un arma de fuego a un suicida para que se quite la vida es un hecho de menor gravedad que entregarle, onerosa o gratuitamente, alguna sustancia ilícita para que se drogue.

En síntesis, el abordaje que hace del problema de la droga no lo realiza desde una óptica sanitaria, sino que bélico-punitiva. Lo anterior lleva a que se confundan los roles de los ciudadanos entre amigos y enemigos (delincuente), los roles de las instituciones, las expectativas de la sociedad civil frente a la autoridad y el contenido mismo de las políticas sectoriales del aparato estatal.

19 La aceptación sólo la realizamos para darle fuerza a la argumentación. Pero ello obviamente no es así, por cuanto todos los delitos contra la salud pública que se encuentran en el párrafo 14 del título VI del Libro II del Código Penal giran en torno a un elemento básico común, que es proteger a los individuos frente al abuso o engaño de elemento básico común, que es proteger a los individuos frente al abuso o engaño de quien adultera, simula o comercializa sustancias peligrosas, pero "sin conocimiento de los usuarios". Por lo tanto, se deduce claramente que la protección penal está en función del desconocimiento que tienen los potenciales consumidores sobre la nocividad de ciertas sustancias que han sido adulteradas. Pero en la situación del tráfico de drogas, el consumidor de éstas sabe perfectamente que la sustancia que va a adquirir posee algún grado de nocividad, como también lo sabe la persona que compra un paquete de cigarrillos o una botella de vino. Es entonces, este conocimiento sobre la nocividad de la sustancia, la diferencia básica que existe entre los delitos de tráfico de drogas y los relativos a la salud pública.

Pareciera entonces que se trata de utilizar el castigo y la violencia penal sin reparos, sin racionalidad, sin proporcionalidad, sin diferenciación y sin individualización. Como consecuencia de ello el sistema de administración de justicia criminal se va viendo desbordado por la criminalidad referida al tráfico de drogas, la población carcelaria va aumentando con la consiguiente profundización de los ya pésimos niveles de habitabilidad de nuestras prisiones; y todo ello sin siquiera una contrapartida estadística que muestre logros positivos en la reducción de la oferta y demanda que, llegado el caso, tal vez hiciera medianamente aconsejable mantener una estrategia de este tipo.

2.2. El proyecto de ley modificatorio de la Ley 19.366

La actual Ley 19.366 está hoy siendo discutida en el Parlamento a partir de un proyecto de ley propuesto por el Ejecutivo en su Mensaje No. 232-341, enviado el 2 de diciembre de 1999. Este proyecto de ley contiene una serie de normas que nos merecen dos clases de observaciones.

2.2.1. Problemas de constitucionalidad

a) Penalización del consumo de drogas y de la tenencia para el consumo, ya sea como delito (art. 19 del proyecto) o como falta (art. 48 del proyecto).
Hoy, a la luz del moderno constitucionalismo, no puede desconocerse que los mandatos y prohibiciones de índole penal que recaen sobre determinadas conductas que el derecho impone a los ciudadanos, siempre deben fundamentarse en la interferencia que ellas tienen en el ámbito de las libertades y los intereses ajenos[20]. El derecho no puede, por su propia característica de alteridad, hacer jurídicamente exigibles conductas que no traspasan el ámbito de autonomía de los sujetos. Mientras las acciones privadas se exterioricen sin perjudicar a terceros, ellas no pueden tener relevancia jurí-

20 En este sentido, la excelente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, No. C-221/94 del 5 de mayo de 1994, que declaró inconstitucional la criminalización del consumo de dosis personales de drogas ilegales y el internamiento obligatorio de consumidores. Véase en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Medellín, Buenos Aires, San José, 1995, pp. 359 y ss.

dica. Al sancionarse una conducta o un comportamiento como éste, que ineludiblemente se encuentra dentro del ámbito de autodeterminación de los sujetos (pensemos que en nuestro ordenamiento jurídico no se castiga el suicidio ni las autolesiones), el Estado está planteando en términos metafísicos, más allá de los ciudadanos; como una especie de institución moral que pretende absolutizar la vida social. Se produce una intromisión estatal que no respeta las garantías constitucionales establecidas para garantizar empíricamente la dignidad de la persona humana frente al poder estatal. El individuo se vuelve un incapaz de decidir sobre su persona; se transforma en una cosa a la cual no se le reconocen fines propios, sino los que el mismo Estado declara como moralmente correctos.

Por otro lado, con estas normas se discrimina a un grupo de chilenos en virtud de una determinada relación laboral, lo que atenta contra la igualdad ante la ley garantizada por la Constitución. Al mismo tiempo que no se condice con los tratados internacionales firmados por nuestro país.

b) La Unidad de Inteligencia Financiera.

No está claro cuál es su ubicación dentro de la estructura del Estado. Se le están entregando (art. 59 del proyecto) funciones investigativas respecto del delito de lavado de activos provenientes del narcotráfico, en circunstancias que, según el artículo 80 A de nuestra Constitución, la investigación de los delitos (en el nuevo sistema procesal penal) es función privativa y exclusiva del Ministerio Público[21].

Pareciera que lo aconsejable respecto de este tema es que el propio Servicio de Impuestos Internos posea la atribución de realizar una indagación administrativa, previa a la del Ministerio Público, sobre posibles hechos constitutivos de lavado de dinero. Este organismo tiene la capacidad de acumular y procesar información útil que puede dar cuenta de operaciones del blanqueo de dinero, en cuyo caso se tendría que hacer la denuncia del Ministerio Público.

21 En el actual sistema procesal penal, dicha función, según el art. 73 de la Constitución está radicado en el Poder Judicial.

c) La autorización en sede administrativa del agente encubierto (art. 28 del proyecto).
La actuación del agente encubierto debe ser autorizada por el órgano jurisdiccional (Juez Instructor actualmente o Juez de Garantías en el futuro), toda vez que en sí misma es una figura que implica limitación o restricción de garantías ciudadanas. En el derecho comparado, este tipo de técnicas policiales se encuentran detalladamente reglamentadas, sujetas a un control externo y se señalan taxativamente las formas en que proceden con el objeto de aminorar los riesgos y efectos negativos que puedan ocasionar (tanto para el funcionario como para los ciudadanos)[22]. Por eso, lo lógico es que siempre sea necesaria la autorización del Juez de Garantías para la actuación del agente encubierto.
El agente revelador no debe legitimarse.
La inclusión de una eximente especial de responsabilidad penal para los delitos que pudiere cometer el agente encubierto está demás, ya que, de acuerdo con las normas generales contenidas en el artículo 10 del Código Penal, es posible solucionar los problemas que en ese orden de situaciones se puedan presentar, ya sea en sede de antijuridicidad o culpabilidad.

d) La remisión reglamentaria del art. 73 en cuanto a las técnicas investigativas es abiertamente inconstitucional, toda vez que sobrepasa la potestad reglamentaria.

e) El hecho de no poder apreciar la procedencia de la circunstancia atenuante del art. 11 No. 7 del Código Penal, en los delitos de drogas, no tiene ningún fundamento plausible. Resulta absurdo que si proceda apreciarla respecto de un delito de homicidio, pero no respecto de los delitos relativos a estupefacientes. De ahí que sea aconsejable y político-criminalmente conveniente, restablecer la operatividad de esta circunstancia para el caso de drogas ilegales. Tal como lo planteó en su momento la Comisión Investigadora del Problema de la Droga de la Cámara de Diputados, debería aceptarse su concurrencia en aquellos casos en que se consigne una suma de dinero en beneficio

22 En este sentido, ver por ejemplo, el artículo 6º de la Ley No. 24.424 de la República Argentina y los artículos 110-A y 110-E del Código de Procedimiento Penal Alemán.

de alguna institución rehabilitadora, organismo policial o entidad relacionada con la prevención o control de la droga[23].

2.2.2. Problemas de técnica legislativa

a) Gran cantidad de delitos de diversa índole y naturaleza en un mismo cuerpo legal. Ello se produce debido a que no hay claridad en torno al bien jurídico que se pretende proteger.
b) El orden y la ubicación de los delitos es equívoco, ya que el tráfico de drogas (art. 3º) debería ser el que abriera la regulación, por cuanto es el delito base y de mayor cercanía y vinculación con el bien jurídico salud pública. Por su parte, la gran mayoría de los otros giran en torno a él, ya sea como actos preparatorios o como formas de participación específicamente legisladas.
c) Desde una perspectiva material también se hace necesario modificar la tipificación del delito de tráfico de drogas hacia una estructura típica que permita la ponderación y valoración del daño o peligro que el comportamiento —y no la sustancia u objeto materia como se propone en el proyecto— pueda llegar a producir a la salud pública. La técnica de tipificación debería considerar las siguientes variables:
- Capacidad intrínseca de la sustancia de que se trate, para producir dependencia síquica o física de las personas (composición cualitativa y definición del objeto material).
- Consecuencia real o potencial que el comportamiento de tráfico de que se trate (con todas sus características y circunstancias) pueda tener para la salud pública (riesgo grave o no grave).
d) Presenta un sistema de atenuación especial ajeno a nuestra cultura jurídica, confuso y difícil de operar en la práctica. Por lo tanto, la flexibilidad que requiere el juzgador en la determinación de la pena no se va a producir.
Además, el sistema propuesto tiene efectos sumamente limitados, ya que sólo se plantea respecto de los delitos contemplados en los artículos

23 Véase el Informe de la Primera Comisión Especial Investigadora del Problema de la Droga en Chile, p. 166, Cámara de Diputados.

1 y 3 del proyecto y sobre las penas corporales de los mismos (no abarcando la multa).

e) El sistema de agravación especial se configura de una manera sumamente amplia, con lo cual se observa una mayor voluntad represiva. El sistema de agravantes propuesto en el art. 5 del proyecto resulta distorsionador del sistema general contemplado en el artículo 12 de nuestro código penal. Además, una de las circunstancias del aludido art. 5 (la de la letra c) es claramente inconstitucional.

f) Mantención de los mismos marcos penales actuales. Por ello, el problema de la marca inflexibilidad al momento de la determinación de la pena, ya hecho evidente por los jueces, no se va a solucionar.

g) En general, en la tipificación de los diferentes delitos se observa la ausencia de elementos subjetivos que circunscriban con certeza el ámbito de lo prohibido y el bien jurídico protegido.

h) La alteración de las reglas generales sobre los grados de ejecución del delito es inconveniente desde una perspectiva político criminal.

i) La asociación ilícita (art. 22 del proyecto) está tipificada aparentemente con una forma de tentativa y al incluirse en el párrafo 4º relativo a *Iter Criminis y Participación* se confunde su naturaleza y estructura.

j) El art. 71 del proyecto implica una restricción no justificada y arbitraria. Vulnera el derecho a defensa (del inculpado) y a la libertad de trabajo (del abogado). Esta norma tal vez tenga algún sentido en la medida que el Consejo de Defensa del Estado sea parte en los procesos por drogas y de ahí que pueda interpretarse como un supuesto de intereses contrarios al Fisco, pero ello en el futuro sistema procesal penal deja de ser así.

k) Se observan deficiencias en la estructura del mecanismo premial contemplado en el art. 24 del proyecto y denominado Cooperación Eficaz. Por cuanto la regulación planteada, dada su amplitud y falta de delimitación puede llegar a ser causa frecuente de inculpación, de inocentes en la medida que la misma posibilita las confesiones falsas y no establece un requisito de vinculación mínima entre el colaborador y aquel que puede resultar inculpado por la información que se suministra. Por otro lado, su falta de requerimientos específicos per-

mite una multidireccionalidad de la colaboración, que puede llegar a favorecer a aquellos sujetos que ocupan lugares o posiciones más importantes, ya sea dentro de una red comercial ilícita o bien, dentro de la estructura de una asociación ilícita, toda vez que ellos poseen la situación más privilegiada y manejan un mayor cúmulo de información relevante y en perspectiva, por lo que les resulta fácil entregar antecedentes o individualizar sujetos de menor importancia.

l) Creemos que debería introducirse una figura especial en relación con los delitos de tráfico de estupefacientes, cultivo de especies vegetales, elaboración y producción de sustancias estupefacientes, tráfico de precursores y otros delitos contemplados en esta legislación especial. Esta figura debe permitirle al juzgador imponer sólo pena de prisión cuando los hechos que fundamentan la incriminación sean de escasa gravedad para la salud pública y, además, las circunstancias personales del inculpado así lo ameriten.

m) Los delitos que pueden dar origen al lavado de dinero no deben limitarse sólo a los contemplados en el proyecto de ley. Nos parece que debe discutirse una fórmula amplia que permita incriminar el blanqueo de activos proveniente de cualquier actividad delictiva que sea rentable. Además, la cláusula establecida en el inciso 4º del artículo 15 del proyecto, en orden a extender y ampliar el concepto de sujeto activo del delito del blanqueo no resulta conveniente. Ello, por cuanto no resulta coherente con la estructura misma del delito en cuestión y porque agrega una nueva exigencia (la introducción en el tráfico jurídico) al delito de blanqueo no prevista actualmente. De ahí que resulte mejor no contemplar una extensión del sujeto activo en los términos como lo hace el proyecto aludido.

III. Bibliografía

Libros

Carbonell Mateu, Juan Carlos, "Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales", Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996.

Del Olmo, Rosa, "Las Drogas y sus Discursos", en el Derecho Penal Hoy; Homenaje a David Baigún, Maier y Binder (compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.

Fernández Carrasquilla, Juan, "Hacia una Alternativa para la Política de las Drogas en América Latina", en Drogas, Problemática Actual en España y América, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

González Zorrilla, Carlos y otros, "Repensar las Drogas: Hipótesis de la Influencia de una Política Liberalizadora respecto a las Drogas, sobre los Costes Sociales, las Pautas de Consumo y los Sistemas de Recuperación, Ed. Grup Igia, Barcelona, 1988.

Körner, Hans Harald: "El Modelo de Frankfurt", publicada como anexo en Ambos, Kai, Control de Drogas; Política y Legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas, Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, 1998.

Silva Forné, Diego, "Legislación de las Drogas", en Criminología y Derecho Nº III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.

Otros

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Medellín, Buenos Aires, San José, 1995.

Artículo 6º de la Ley No. 24.424 de la República Argentina y los artículos 110-A y 110-E del Código de Procedimiento Penal Alemán.

Informe de la Primera Comisión especial Investigadora del Problema de la Droga en Chile, p. 166, Cámara de Diputados.

Nota biográfica de autoras y autores

Juan Bustos Ramírez
Abogado por la Universidad de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y por la Universidad de Bonn. Fue profesor de las univeridades: Autónoma de Barcelona, Diego Portales, Andrés Bello, Valparaíso y de Chile. Escribió múltiples artículos y obras, algunas de ellas en coautoría, como: "Derecho Penal Chileno: Delitos contra la vida y salud"; "Derecho Penal Español. Parte General y Especial"; "Derecho Penal Alemán"; "El Delito Culposo, bases críticas de un nuevo Derecho Penal". Fue abogado de la familia Letelier, Aldonay y querellante del Partido Socialista y familiares de Detenidos Desaparecidos en el proceso contra Augusto Pinochet. Fue Diputado (1998-2002, 2002-2006 y 2006-2010*) y Presidente de la Cámara de Diputados (2008).

Diego Camaño Viera
Abogado, ejerce la profesión en materia penal. Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR). Ha publicado y dictado conferencias en su país y en el extranjero sobre temas de derecho penal, procesal penal y derecho internacional de los derechos humanos.

David Cordero Heredia
Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Master (c) en Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos (Universidad Alcalá de Henares). Asesor Jurídico y miembro de la Asamblea de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH). Coautor y editor de "Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano", "La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas", autor de varios ensayos sobre derecho constitucional y derechos humanos.

Javier Dávalos
Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Magíster en Derechos Humanos y Democracia por la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB). Miembro del Colectivo Litigio e Investigación en Derechos Humanos LIDH. Actualmente trabaja como coordinador del Centro de Derechos Humanos de la PUCE.

Efrén Guerrero S.
Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Master en Protección de Derechos Humanos (Universidad Alcalá de Henares). Ex coordinador del Observatorio Colombo Ecuatoriano de Migraciones (Fundación Esperanza-Quito). Profesor de Fundamentos de las Ciencias Sociales y Proyecto Integrador 1 en la PUCE. Actualmente se desempeña como cursante en la Academia Diplomática del Ecuador "Antonio J. Quevedo".

Mauricio Martínez
PhD en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Roma; PhD en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid; y, Magister del Institut für Rechts und Sozialphilosophie de la Universidad del Saarland-Alemania. Profesor de Derecho Penal Constitucional y de Política Criminal en la Universidad Nacional de Colombia, y del doctorado en Derecho de la U. Externado de Colombia. Actualmente es coordinador del Foro Latinoamericano sobre la Cuestión Criminal y los Derechos Fundamentales.

Elías Neuman
Profesor de Criminología, Victimología y Control Social en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Autor de más de una veintena de libros, entre los que destacan: "Prisión abierta, una nueva experiencia penológica"; "Droga y criminología"; "Los que viven del delito y los otros"; "Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales"; y, "Mediación y conciliación penal".

Massimo Pavarini
Profesor investigador de la Universidad de Bologna. Ha escrito más de 350 títulos y obras como: "Cárcel y fábrica", escrito con Dario Melossi; "Control y dominación"; "Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad"; "Castigar al Enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad". Ha colaborado en revistas como *Delito y sociedad* (Argentina), *Capítulo criminológico* (Venezuela), *Sicurezza e territorio y Rassegna penitenziaria e criminologica* (Italia); y, dirigido *Dei delitti e delle penne y Studi sulla questione criminale.* Fue diputado del Parlamento de la ciudad de Bologna (1994-1999).

Elsie Rosales
Doctora en Derecho, profesora e investigadora en la Escuela de Derecho, Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas y en los Doctorados en Derecho y Política del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, donde dirige Sistemas Penales. Ha publicado ocho libros, varios capítulos de libros y alrededor de 40 estudios arbitrados en revistas científicas. Se ha desempeñado como Comisionada para la Reforma Policial (2006-2007) y Magistrada Suplente de la Sala Constitucional (2006).

Alex Valle
Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Magíster en Derechos Humanos y Democracia de la UASB. Profesor de Teoría General de los Derechos Humanos y de Administración de Justicia Internacional de la UASB, y de Derecho Internacional Público y Privado de la PUCE. Ha escrito artículos sobre derecho penal y coeditado libros sobre migración. Se ha desempeñado como Analista de Reformas Legales de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Coletta A. Youngers
Analista de la política internacional antinarcóticos. Se ha desempeñado como representante y directora del programa andino de WOLA desde 1987 hasta 2003. Es coeditora de *Drogas y Democracia en América Latina: El Impacto de la política de Estados Unidos.* Actualmente es una consultora independiente, representante del Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC), y "Señor Fellow" en la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA).

Eugenio Raúl Zaffaroni
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Exdirector del Instituto Latinoamericanao para la Prevención de Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Autor de varios de artículos y obras como: "Tratado de Derecho Penal"; "Manual de Derecho Penal"; "Criminología: Aproximación desde un margen"; "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal"; "El enemigo en el Derecho Penal"; y, "Estrucura Básica del Derecho Penal". Ganador del Premio Estocolmo en Criminología 2009.

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2009
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador