

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio De Jurisprudencia

La Legitimidad del Consumo y Regulación de Drogas Recreativas

Sebastián Matías Delgado Flores

Farith Simon Campaña, Ph.D. Director de Tesis

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 8 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La legitimidad del consumo y regulación de drogas recreativas”

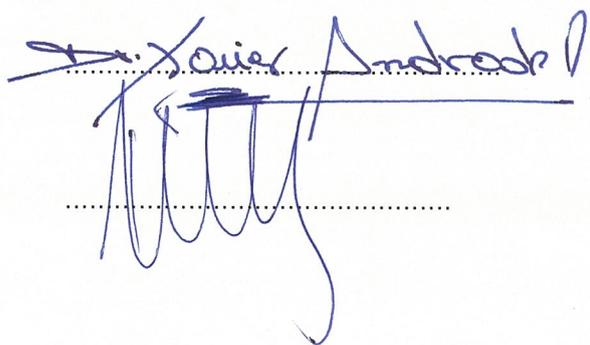
Sebastián Matías Delgado Flores

Dr. Farith Simon
Director del ensayo jurídico

Dr. Juan Pablo Albán
Informante del ensayo jurídico

Dr. Xavier Andrade
Informante del ensayo jurídico

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO

La Legitimidad del Consumo y Regulación de Drogas Recreativas

ALUMNO

Sebastián Delgado Flores

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Los enfoques criminalizadores priman en el tratamiento del consumo de drogas, a nivel internacional y nacional se viene debatiendo el fracaso de este enfoque, un enfoque se sustenta en nociones paternalistas que dan paso a un alto grado de intervencionismo estatal. Nociones de seguridad, de protección de la salud, del interés público priman en los análisis alrededor de la punición/no punición, las decisiones que se toman a partir del enfoque punitivo tiene consecuencias importantes en los derechos, además de los costos económicos y humanos que conlleva.

Considero que es un tema de gran relevancia, adecuadamente tratado.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El investigador trabaja con una hipótesis muy relevante, especialmente el "...determinar que las leyes penales en materia de drogas no reúnen los requisitos necesarios para solventar su legitimidad en las sociedades democráticas actuales...", además de trabajar sobre la presunción de que el enfoque punitivo es ineficaz, la penalización, para el tesista, trae mayores perjuicios que beneficios y por tanto aboga por una política sustentada en la despenalización regulada. Es una hipótesis muy interesante, se puede no estar de acuerdo con ella y la manera en que se lo trata, pero en caso alguno deja indiferente al lector.

b) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El tesista utiliza una amplia variedad de fuentes para realizar su análisis. En muchos casos las fuentes son poco ortodoxas en relación a los trabajos que se presentan en nuestro Colegio, sin embargo considero que son necesarias y pertinentes para el estudio que realiza.

Los materiales demuestran un profundo trabajo de investigación.

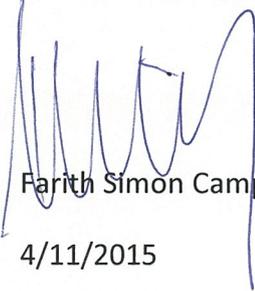
c) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El contenido argumentativo del trabajo del Sr. Delgado es de gran interés, correctamente presentado, rico en referencias a temas sociológicos, históricos, filosóficos, etc., de gran impacto para el análisis que realiza y para el estudio del tema.

La tesina esta dividida en tres capítulos: en el primero se presenta una visión general del problema histórico de las drogas, la evolución del tratamiento que se ha dado a lo largo del tiempo que ha culminado con el prohibicionismo actual. El segundo capítulo revisa los criterios, los argumentos, las razones para la restricción de derechos, en particular es relevante el análisis de los principios de legalidad, lesividad o necesidad imperiosa (los criterios asociados moral, seguridad, orden público y "buen vivir", además los temas de salud y su relación con el libre desarrollo de la personalidad). En este capítulo se realiza un interesante estudio sobre la proporcionalidad y los costos asociados a la prohibición. En el tercer capítulo se revisan propuestas diferentes a la punición para tratar el tema, en particular debe resaltarse el análisis que se desarrolla en relación a la despenalización regulada. Las conclusiones son interesantes, nuevamente poco ortodoxas en el estudio de pregrado de Derecho, pero de gran interés, novedad (en nuestro contexto) y profundidad.

El tesista ha hecho un estupendo trabajo, se aleja de los trabajos usuales que se hacen en la carrera, en ocasiones puede chocar su forma de tratar algunos temas, sin embargo es una tesina de gran calidad y un aporte al análisis de la problemática.

Con este trabajo el Sr. Delgado deja en claro las otras formas que existen de aplicar los conocimientos jurídicos a un problema complejo, multidimensional y multicausal.



Farith Simon Campaña

4/11/2015

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombres y Apellidos: Sebastián Matías Delgado Flores

Código: 00024667

Cédula de Identidad: 1711522084

Lugar y fecha: Quito, Diciembre 2015.

Resumen

La criminalización del consumo de drogas no puede sostenerse al margen de los principios que rigen la gobernanza de las sociedades democráticas actuales y en particular aquellos que limitan las intervenciones del poder punitivo. Si bien los riesgos del uso de estupefacientes merecen un grado de intervencionismo por parte de los estados y una participación proactiva por parte de la población; la criminalización del consumo fomentó la creación de un estado policial autoritario, moralista, violatorio de los derechos humanos y encima de todo ha sido estrepitosamente ineficaz y contraproducente. La hipocresía de permitir ciertos placeres y erradicar otros ha creado un frenesí de violencia, corrupción y criminalidad que ha envuelto a los gobiernos actuales en una lucha que no puede ganarse mediante el uso de la fuerza y cuyos platos rotos los pagamos todos.

Cuando el legislador abandona la túnica de la neurosis punitiva fundamentada en ideales paternalistas de excelencia humana y abraza en cambio un enfoque basado en el respeto a los derechos humanos, tolerancia, racionalidad y empirismo, surgen varias opciones al momento de definir un marco jurídico de drogas que evidencian ser mucho más eficaces y menos onerosas para todos. El Ecuador y el resto de países de la comunidad internacional deberían seguir abandonando completamente el sistema prohibitivo neurótico americano y reemplazarlo por uno diseñado en base a políticas de reducción del daño y modelos de despenalización regulada.

Abstract

The criminalization of drug use cannot be sustained in accordance with the ruling principles of democratic societies and in particular with those regarding the limits of punitive power. While the risks of drug use deserve a degree of intervention by states and call for a proactive participation in behalf of citizens; prohibition has promoted an authoritarian and moralist police state that violates human rights and above all, has proven to be ineffective and miserably counterproductive. The hypocrisy of allowing certain pleasures and eradicate others has created a frenzy of violence, corruption and crime that has engulfed the current governments in a fight that cannot be won through the use of force at the expense of public resources.

When legislators abandon the punitive neurosis based on paternalistic ideals of human excellence and instead embrace an approach based on respecting human rights, tolerance, rationality and empiricism, several options arise when it comes to defining a legal framework that indicate to be much more effective and less costly for everyone else. Ecuador and other countries of the international community should keep distancing themselves from the American prohibitive system and replace it with one based on harm reduction policies and models of regulated legalization.

Índice:

Introducción	12
1. Capítulo 1: Una breve historia de las drogas y su prohibición.....	18
1.1. Del paganismo a la cacería de brujas.....	19
1.2. La revolución psicoactiva y las guerras del opio.	22
1.3. El boom farmacológico y el principio de la neurosis.	28
2. Capítulo 2 ¿Cómo legitimar la prohibición penal?	41
2.1. Consideraciones preliminares.....	41
2.1.1. ¿Qué se entiende por droga y su clasificación según la ONU?.....	41
2.1.2. ¿Qué derechos se han restringido?.....	43
2.1.3. ¿Qué bienes jurídicos se intentan proteger?	51
2.2. El conflicto desde la perspectiva de los derechos humanos.....	57
2.3. El principio de Legalidad	67
2.4. El principio de lesividad o necesidad imperiosa.....	72
2.4.1. La Moral.....	76
2.4.2. La seguridad, el orden público y el “ <i>sumak kawsay</i> ”	80
2.4.3. La protección de la salud frente al libre desarrollo de la personalidad.	91
2.5. La eficacia o idoneidad del prohibicionismo	108
2.6. Proporcionalidad: Los costos constitucionales de la prohibición	116
2.6.1. La perpetuación de la violencia y corrupción.....	119
2.6.2. La dificultad de garantizar la salud	123
2.6.3. Procedimientos especiales y retardo injustificado.....	127
2.6.4. Militarización y discriminación.	130
2.6.5. Proporcionalidad en sentido estricto.....	133

3. Capítulo 3: Razonabilidad o subsidiaridad: hacia otro paradigma jurídico.....	143
3.1. El contexto internacional.....	143
3.2. Los diferentes modelos jurídicos al respecto.....	151
3.3. Modelo de reducción del daño o “harm reduction”	154
3.4. Los modelos de despenalización regulada sus ventajas, retos y peligros	
160	
4. Conclusiones.....	166
Bibliografía.....	171

Tabla de Ilustraciones:

Cuadro 1 Estimaciones de la Onu del consumo de drogas, 1998 a 2008	112
Cuadro 2 Relación entre oferta y demanda en el mercado de drogas	113
Cuadro 3 Análisis comparativos en la región sobre proporcionalidad de penas ...	137
Cuadro 5 Clasificación de delitos según los años de privación de libertad según el COIP.	139
Cuadro 6 Modelos Jurídicos aplicables en materia de drogas	154

Introducción

Louis Lewin, padre de la farmacología en el siglo XX, comenta en su obra *Phantastica* que salvo los alimentos, no hay nada sobre la tierra tan íntimamente conectado con la vida de los pueblos en todos los países y tiempos como las drogas.¹ Sería insensato pretender desconocer la intrincada relación que el hombre ha forjado con estas sustancias químicas y cómo han influenciado la vida de los pueblos a lo largo de la historia. El mundo de la arqueología etnobotánica esconde misterios fascinantes sobre la relación que la humanidad ha tenido con el mundo externo, su consciencia y la espiritualidad². Sin embargo, hoy en día dicha conexión se ha limitado a fines hedonistas o utilitaristas que han perdido la larga tradición cultural y evolutiva que la humanidad ha tenido desde sus albores en este planeta. La alienación cultural e histórica propia de las culturas occidentales sería catalizada por temor y desconocimiento, dando lugar a una peculiar forma de usar el poder coercitivo abstracto en sociedades post modernas.

Debe adelantarse que el “problema de las drogas”³ es un concepto relativamente reciente que se caracteriza por las notorias dificultades y consecuencias derivadas de la aplicación de mecanismos que han tratado de solucionarlo a lo largo del siglo XX. La

¹ Louis Lewin. *Phantastica*. Prefacio, 1924.p.1 La cita textual del inglés se expone así: “Of the innumerable chemical substances other than foodstuffs which the world contains, none have a more intimate connection with human life than those whose history and effects are described in this work.” <http://www.drugtext.org/Phantastica/preface.html>

² Sobre este punto ver el fascinante recuento histórico que el etnobotanista e historiador Terence McKenna presenta en su libro llamado “la Comida de los Dioses”. V. Terence McKenna. *Food of the gods. The search for the original tree of knowledge. A radical history of plants, drugs, and the human evolution*. New York: Bantam Books, 1992.

³ Como lo manifiesta el último informe (2013) de la OEA, el problema de las drogas es un concepto relativamente moderno que ha escapado el análisis formal al momento de realizar políticas al respecto. Sin embargo coincido parcialmente con la definición que aporta la OEA de este problema definido como “el conjunto de actividades asociadas a la elaboración, comercialización y consumo de sustancias declaradas prohibidas por las convenciones internacionales relativas al tema de las drogas o estupefacientes.” OEA Secretaría General. *El problema de las drogas en las Américas. Organización de los Estados Americanos*. 2013. p.18 http://www.pnsd.msssi.gob.es/novedades/pdf/OEAS_Informe.pdf

persistencia de este “problema” ha llevado a cuestionarnos si este último no sería más bien una consecuencia derivada de un intento fútil de controlar la voluntad y consciencia de las personas en base a un interés superior. Para cualquier analista imparcial el tema se muestra bastante complejo y merecedor de una trascendencia multidisciplinaria que empieza con la definición misma de la palabra *droga*⁴. Más allá de su acepción farmacológica –lo que ya de por sí ha sido difícil de definir para los expertos– la palabra *droga* ha adquirido con el paso de los años ciertas connotaciones que relativizaron fuertemente su significado. De hecho, al momento de conceptualizar la esencia detrás de la palabra, cada persona iría evocando valores preestablecidos en el *imaginario colectivo* de su sociedad anteponiendo las diferentes experiencias individuales positivas como negativas que pudo haber vivido. Es difícil por lo mismo encontrar alguna persona que no tenga un criterio predefinido al momento de discutir sobre el tema, mucho más si se trata de una madre que perdió a su hijo por una sobredosis de heroína, de un hijo cuyo padre alcohólico golpea y viola a su hermana, o al contrario, aquel padre desesperado que encuentra en el cannabis el único tratamiento para los ataques de epilepsia de su hijo discapacitado⁵, el terapeuta que intenta curar los

⁴ *Droga*: Término de uso variado. En medicina se refiere a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos. De ahí que una droga sea una sustancia que está o pueda estar incluida en la Farmacopea. En el lenguaje coloquial, el término suele referirse concretamente a las sustancias psicoactivas y, a menudo, de forma aún más concreta, a las drogas ilegales. Las teorías profesionales (p. ej., “alcohol y otras drogas”) intentan normalmente demostrar que la cafeína, el tabaco, el alcohol y otras sustancias utilizadas a menudo con fines no médicos son también drogas en el sentido de que se toman, el menos en parte, por sus efectos psicoactivos. *Sustancia o droga psicoactiva*: Sustancia que, cuando se ingiere, afecta a los procesos mentales, p. ej., a la cognición o la afectividad. Este término y su equivalente, sustancia psicotrópica, son las expresiones más neutras y descriptivas para referirse a todo el grupo de sustancias, legales e ilegales, de interés para la política en materia de drogas. “Psicoactivo” no implica necesariamente que produzca dependencia sin embargo en el lenguaje corriente, esta característica está implícita, en las expresiones “consumo de drogas” o “abuso de sustancias” Organización Mundial de la Salud. *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Editado por Organización Mundial de la Salud en 1994 bajo el título *Lexicon of Alcohol and Drug Terms*. 1994 p.33, 58. http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf

⁵ Para más información v. “One Man’s Desperate Quest to Cure His Son’s Epilepsy—With Weed” *Wired*, 2015. <http://www.wired.com/2015/07/medical-marijuana-epilepsy/> v. Saundra Young “Medical

trastornos mentales de soldados veteranos con terapias a base de psicodélicos,⁶ o, inclusive para aquellos convencidos de la importancia religiosa y espiritual que pueden tener los entéogenos y su relevancia para hacer frente a los retos del mundo actual.⁷

Este relativismo fue suscitando una verdadera *formación discursiva*⁸ alrededor del tema explicando la polarización de las opiniones en las sociedades e incluso en la propia medicina. Las diferentes utilidades y peligros de las drogas han formado parte de una dialéctica milenaria en civilizaciones humanas y que en épocas recientes ha girado en medio del rápido trajín económico, político y científico que el modernismo y post-modernismo causaron en mundo cambiante que ha estado constantemente tratando de balancear los efectos del desarrollo y la preservación de la especie y sus culturas.

A pesar de esta dialéctica, resulta interesante notar que desde principios del siglo XX, la respuesta institucional local e internacional consideró que debido al potencial adictivo de la mayoría de drogas y sus daños colaterales, su uso recreativo representaba tal peligro para la salud de las personas y el orden público que se rechazó la idea de que la humanidad pueda en algún momento llegar a medir su moderación en su uso. Para instrumentar esta premisa, el derecho vio nacer lo que el jurista francés, Francis Caballero acuñaría como la *teoría del derecho de las drogas*⁹ definida como la

marijuana refugees: This was our only hope” CNN, 2014.
<http://edition.cnn.com/2014/03/10/health/medical-marijuana-refugees/index.html>

⁶ Para más información sobre los posibles usos clínicos y psicoterapéuticos de MDMA v. J. Holland., Et Al. *Ecstasy, the complete guide: a comprehensive look at the risks and benefits of MDMA*. Ed. Park Street Press Vermont. 2001.p. 182-208.

⁷ V. Huston Smith. *Cleaving the doors of perception. The religious significance of entheogenic plants and chemicals*. New York: Jeremy P. Putnam, 2000. Terence McKenna. *Óp.cit.*

⁸ Raúl Gómez (comp.) *Introducción al campo de las drogodependencias*. “Drogas y drogodependencias, elementos para una perspectiva histórica compleja.” Córdoba: Brujas, 2012. p. 44-47.

⁹ Para más información v. Francis Caballero, Yan Bisiou. *Droit de la Drogue*. 11va Edición. París: Dalloz, 2000.

mejor respuesta jurídica y social adoptada como solución a los problemas de la toxicomanía y el abuso de drogas.¹⁰ Esta teoría se materializaría en un régimen jurídico que fiscalizaría ciertas drogas como objetos ilícitos tipificando y penalizando toda una serie de comportamientos como la tenencia, compra, cultivo y producción tanto para consumo personal como para el tráfico a gran escala¹¹ con el objetivo de limitar su uso a fines médicos y científicos.¹² Este régimen conocido como prohibicionismo estricto se caracteriza a breves rasgos por:

- i) Reconocer los usos médicos y científicos de ciertas sustancias estupefacientes para mitigar principalmente el dolor.¹³
- ii) Considerar que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad.¹⁴
- iii) Clasificar las sustancias estupefacientes en una escala según el grado de nocividad, el potencial adictivo y sus usos medicinales.
- iv) Tipificar un amplio abanico de comportamientos que engloban tanto el consumo como la venta de sustancias ilícitas a través del uso de penas privativas de libertad.¹⁵
- v) Incentivar mecanismos de control y prevención para reducir la oferta, tráfico, producción y consumo de sustancias estupefacientes.¹⁶

¹⁰ Matthieu Philibert. *Le controle international des drogues illustré par l'exemple de l'Europe: de la prohibition à la réduction des risques*. Université Lyon 2. Institut d'Études Politiques de Lyon. *cfr.* Caballero, Francis ; Bisiou, Yann. *Droit de la drogue*. Dalloz. Paris, 1989. http://doc.sciencespo-lyon.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/Cyberdocs/MFE2006/philibert_m/pdf/philibert_m.pdf

¹¹ v. Artículo 3 Convención Contra el Narcotráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

¹² v. Preámbulo de la Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU. 1961. https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf

¹³ v. Preámbulo de la Convención Única Sobre Estupefacientes de la ONU de 1961.

¹⁴ *id.*

¹⁵ v. Artículo 30. Convención Única sobre Estupefacientes. ONU 1961, v. Artículo 3 Convención Contra el Narcotráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988.

- vi) Crear un marco jurídico internacional imponiendo ciertas obligaciones a los estados contratantes y un margen de cooperación internacional.¹⁷

Este sistema es el que se ha servido de base a todos los instrumentos internacionales en esta materia y es el que prevalece hoy en día en la gran mayoría de los países actuales incluido hasta hace poco el nuestro. Tal llegó a ser la prevalencia e ímpetu de este régimen, que en la década de los setenta, Richard Nixon, presidente de su principal promotor, EE.UU, declararía pública y abiertamente a las adicciones como el “enemigo público número uno” requiriendo “una ofensiva en todos los frentes”.¹⁸ La guerra a las drogas, había lastimosamente nacido.

¿Cuál fue el origen y motivación de esta guerra? ¿Cuáles han sido sus resultados y efectos? ¿Con qué fundamentos jurídicos se ha sostenido? ¿Existen otras alternativas más eficaces y menos gravosas para lidiar con el problema de las drogas? Todas estas preguntas son parte de una problemática mayor que pretende determinar que las leyes penales en materia de drogas no reúnen los requisitos necesarios para solventar su legitimidad en las sociedades democráticas actuales.

Para responder a esta interrogante el lector cuenta con tres capítulos fundamentales: el primero busca brindar suficiente información como para entender el

¹⁶ v. Preámbulo Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 y Artículo 1 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. R.O.S. 490 de 27 de Diciembre de 2004.

¹⁷v. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2003. La cual refuerza la capacidad internacional de luchar contra la delincuencia organizada, incluido el tráfico de drogas. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

¹⁸ Nixon, R. The American Presidency Project. En su discurso a la nación en 1971: “Remarks About an Intensified Program for Drug Abuse Prevention and Control” La cita en inglés dice: “I began the meeting by making this statement, which I think needs to be made to the Nation: America's public enemy number one in the United States is drug abuse. In order to fight and defeat this enemy, it is necessary to wage a new, all-out offensive.” 17/06/1971. From: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3047> (acceso 29/05/2015.) La mayoría de la normativa en la materia contempla la idea de combate y “guerra” hacia las drogas. *Vid.* Preámbulo Convención Única Sobre Estupefacientes de 1961, artículo 5 de la Convención Contra el Narcotráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988.

origen del problema de las drogas y el surgimiento del prohibicionismo a nivel global. El segundo busca realizar un análisis jurídico-filosófico para determinar bajo qué principios y criterios hermenéuticos puede un estado restringir el goce de un derecho fundamental con el propósito de velar por el cumplimiento de sus deberes y determinar si es que estos requisitos son solventados por el modelo prohibicionista. Como veremos en su momento, este escrutinio requerirá comparar la eficacia entre diferentes modelos jurídicos para intentar determinar su razonabilidad. Por esta razón, el tercer capítulo plantea hacer una descripción de estudios de caso en jurisdicciones que han empezado a poner en marcha modelos jurídicos innovadores en la materia y analizar los efectos que han tenido en comparación al prohibicionismo.

Con estos breves antecedentes en mente, si bien el presente trabajo de investigación no pretende crear una teoría revolucionaria sobre la justificación de la pena en sociedades democráticas ni pretende tampoco tener la última palabra al respecto, adquiere su mérito por la relevancia que su discusión sugiere en el contexto social actual y por las preguntas que intenta responder. De esta manera se invita al lector a humanizarse con una perspectiva diferente que a pesar de ser poco ortodoxa sigue sin embargo ganando adeptos de renombre quienes la consideran como un mecanismo mucho más sensato para lidiar con un problema que ha surgido recurrentemente en la historia de la humanidad.

1. Capítulo 1: Una breve historia de las drogas y su prohibición¹⁹

*Si buscas resultados distintos,
no hagas siempre lo mismo.*

–Albert Einstein

El análisis de la historia de las drogas es mucho más que una herramienta ilustrativa e informativa. Bajo la perspectiva de Foucault, el análisis crítico del pasado nos permite entender la historia de una manera que esta no se limite a tomar en cuenta los meros orígenes de un determinado fenómeno sino más bien a realizar una descripción del presente tomando en cuenta los cambios que estos orígenes han experimentado y cómo han alterado nuestra gobernanza racional.²⁰ Muchos de los paradigmas actuales en la materia tienen su explicación en hechos y fenómenos puntuales del siglo XX, pero la retórica alrededor de los peligros y utilidades de las drogas parece haberse dado cíclica y recurrentemente a lo largo de la historia. Como veremos, el *problema* de las drogas así como las particulares connotaciones de la palabra *droga* son conceptos acuñados en el postmodernismo derivados de la

¹⁹ Para un análisis profundo de la historia de las drogas sería insensato desconocer la obra del jurista e historiador Antonio Escotado, cuyo recuento completo de la historia de las drogas a lo largo de la humanidad presenta una elocuente y crítica *Historia de las drogas*. Vol. I, II, y III. Madrid.: Editorial Alianza, 1992. El mismo autor cuenta con una versión de bolsillo con una historia resumida titulada *historia elemental de las drogas*. Para un enfoque menos anecdótico, consultar la obra del historiador David Courtwright, *Las drogas y la formación del mundo moderno*, la cual brinda un análisis entorno al fenómeno de las drogas desde la modernidad enfocándose en el comercio transatlántico. Para una historia aún más completa en tiempos post modernos, consultar la obra del médico David. Musto, *American Disease: Origins of Narcotic Control, Expanded Edition*. Estos 7 trabajos son usados alternadamente y equilibradamente como fuente de información a lo largo de este acápite complementados con las obras de John F Richards sobre el episodio del opio en el siglo XIX y el trabajo de Mark Thornton titulado *The economics of prohibition*, quien si bien enfoca su análisis desde la perspectiva económica, brinda un recuento histórico pertinente. A su vez, para ciertos elementos precisos cabe recalcar el uso de artículos de revista medicas científicas para que el lector cuente con un testimonio variado y rico sobre el tema. Si el tiempo es apremiante y se quiere tener una base relativamente completa, consultar el video documental de The History Channel. *Hooked, Illegal Drugs And How They Got That Way*, que puede ser consultado libremente en la web y cuenta con comentarios del ya difunto David Musto.

²⁰ Michel Foucault. *Histoire De La Sexualite: 1: La Volonté De Savoir*. Gallimard. 1976. p.77. Citado en Seddon, Toby. *A History Of Drugs, Drugs And Freedom In The Liberal Age*. Ed Routledge. New York, 2010.p.11

expansión de su producción y de la democratización de su uso. Las razones que explican el surgimiento del sistema actual son justamente el propósito de este título y explican en gran medida porqué la reacción oficialista cedió ante el clamor y simplezas prohibicionistas.

1.1. Del paganismo a la cacería de brujas

La historia de las drogas revela que el hombre ha usado cíclica y recurrentemente desde tiempos inmemoriales sustancias psicoactivas para fines, medicinales,²¹ espirituales²² e incluso lúdicos²³; muchas veces sin hacer gran distinción entre estos usos. Conforme la técnica farmacológica se iría afinando y a su vez la potencia y métodos de administración de las drogas irían cambiando, nuevos retos surgirían al momento de intentar aprovechar las utilidades y prever los peligros de las mismas. El recuento histórico revela que debido al pobre entendimiento técnico sobre las drogas,

²¹ Ötzi, el homínido congelado encontrado en los Alpes que vivió 3300 años a.c, llevaba en su chimbuzo una farmacia de viaje compuesta de hongos con propiedades anti-bacteriales y hemostáticas. Tan necesarios fueron estos usos que la medicina griega y romana le darían al opio una merecida importancia y un edicto de Diocleciano en el año 301 llegaría a fijar precios fijos en una época en que el comercio de opio representaba el 15% de los ingresos fiscales., Marc-Antoine Crocq. *Historical and Cultural Aspects of Man's Relationship with Addictive Drugs. Dialogues in Clinical Neuroscience* 9.4. 2007. pp 355–361. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3202501/>.

²² A lo largo de Grecia y Roma se llevarían a cabo varias ceremonias espirituales conocidas como los *Misterios de Eleusis*. Estos misterios fueron ceremonias espirituales privadas y secretas en los cuales se tomaba una posible bebida alucinógena, el *kykeón*. Serían además característicos de la vida espiritual greco-romana por siglos a los cuales acudirían en cierto momento miles de personas comprendidos personajes importantes como Sófocles, Aristóteles, Platón, Cicerón y Marco Aurelio; consistían en ritos de pasaje basados en experiencias fuertes de vida, muerte y reencarnación en que los participantes aprenderían todo sobre la vida. Cicerón comenta que: “los misterios nos dieron la vida, el alimento; enseñaron a las sociedades la costumbre y la ley, enseñaron a los humanos a vivir como humanos” (*De leg.*, II) A pesar de que se conoce poco sobre estos ritos debido al pacto de confidencialidad que guardaron los griegos al respecto, se cree que el *kykeón* bien pudo haber contenido harina contaminada con algún hongo visionario como el cornezuelo del centeno u otros cereales silvestres de la zona. Sin embargo nótese el claro tinte chamanístico de la ceremonia, su propósito y el valor sacramental que representaba esta bebida. Para más información sobre este tema *vid.* Antonio Escohotado., *Historia de las drogas*, vol I, Madrid, 1992. P. 164-175.

²³ Por ejemplo el vino, la droga recreativa por excelencia en Grecia y después en Roma, tenía su propio dios, Dionisio o Baco, a quien los griegos y romanos le rendirían homenaje cuatro veces al año en festejos que usualmente terminaban en numerosas orgías y desmanes. Estos desmanes serían juzgados en su momento como evidentes transgresiones a la llamada Lex Cornelia y más de 7000 mil romanos serían asesinados en una cacería lanzada por el cónsul Espurio Postumio en 186 a.C.–

las discusiones éticas al respecto fueron enormemente influenciadas por valores culturales y morales de cada época que respectivamente irían consolidando poco a poco el paradigma actual en materia de drogas.

Es difícil determinar exactamente en qué momento la especie humana empezaría a consumir o usar voluntariamente componentes psicoactivos. Algunos científicos sugieren que el hombre primitivo no hacía una distinción entre alimento y droga tenida cuenta de la escasez de recursos naturales y que la mayoría de las plantas psicoactivas como el betel, el kat o la hoja de coca eran vistas como simples alimentos que aportaban energía y nutrientes.²⁴ Ya desde los primeros egipcios, sumerios y griegos se empezaría a descubrir las utilidades y peligros de diferentes plantas psicoactivas.²⁵

Esto no significa tampoco que pueblos antiguos nunca hayan conocido un problema de *salud pública* como decimos ahora. El propio Aristóteles compilaría los efectos del alcohol y advertiría sobre los peligros de consumirlo en estado de gravidez.²⁶ Según el historiador y jurista Antonio Escotado, el argumento greco-romano que perduraría sería de entender al vino y demás placeres como catalizadores de las emociones cuyas virtudes o reproches no serían otros más que aquellos propios a los hombres. Bajo esta lupa, nacería el concepto de *pharmakón* como veneno y remedio bajo el cual los herboristas de la época empezarían a entender conceptos como los de dosificación y tolerancia. Como lo indicaba la propia Lex Cornelia: “Droga es una palabra indiferente, donde cabe tanto lo que sirve para matar como lo que sirve

²⁴Sullivan, R.J, Hagen, E.H. *Psychotropic substance-seeking: evolutionary pathology or adaptation*. *Addiction*. Vol. 97. No 4. 2002 p.392. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.1360-0443.2002.00024.x/full>

²⁵ Una de las primeras referencias escritas del consumo y cultivo de opio se remonta a la cultura Sumeria 3500 años a.C y Homero ya hubiera hablado de la *Nepenthes pharmakon* (planta anti-penas) en su Odisea. (4, 221) Brownstein M.J. *A brief history of opiates, opioid peptides, and opioid receptors*. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 1993; vol. 90 (12) p. 5391-5393 <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC46725/>

²⁶ Marc-Antoine Crocq. *Óp. cit. Historical and Cultural...* p.358.

para curar, y los filtros de amor, pero esta ley sólo reprueba lo usado para matar a alguien.”²⁷ Al respecto el español recalca que “esto deriva de una clara distinción entre derecho y moral, si la moral quisiera apoyarse en sanciones legales fomentaría hábitos hipócritas, y si el derecho quisiera sancionar una moral se haría sectario, fomentando el desprecio a sus leyes.”²⁸

Con la llegada del cristianismo y demás religiones sedentarias, se evidenciaría una fuerte injerencia de la moral y las costumbres en la valoración de las drogas. Por ejemplo, en un principio y durante su época de florecimiento, el Islam haría del opio una costumbre en la medicina como en la vida mientras que la embriaguez del vino y cerveza serían vistas con repudio al asociársele la mentira y la impureza. Con el fundamentalismo que experimentaría poco a poco esta religión, todas las drogas y estados de embriaguez serían rechazadas y perseguidas por el Islam por asociárseles la impureza indigna del verdadero devoto. Sin embargo, a medida que las nuevas religiones empezaban a institucionalizarse y asentando sus respectivos dogmas, los usos paganos como los usos de plantas serían rápidamente repudiados y perseguidos por inquisidores. Las penas capitales servirían de ejemplo y a la vez como mecanismos de purificación. El procedimiento de esta persecución se apegaría en todo al derecho penal puramente punitivo y retributivo propio de la edad media y su esencia sería carente de todo principio básico del debido proceso como lo conocemos ahora. La presunción no era de inocencia sino de culpabilidad, bastaba que a uno se le asociara tener uno o más enemigos y vestir andrajos para entablársele indicios de brujo. La indagación y prueba se realizaban a través de la tortura, si el torturado gritaba de dolor era prueba fehaciente de su culpabilidad, y si este resistía el dolor estaba seguramente

²⁷ *Digesto*, Ed. Arazadi, Pamplona. 1975, vol. III p.699 citado en Escohotado. *Historia Elemental...Óp.cit.* p.28.

²⁸ Antonio Escohotado. *Historia elemental ...Óp.cit.*p.31

poseído por el demonio. La pena era un poco más de tortura y se daba el ejemplo a la sociedad en la hoguera. Entre el siglo XV y XVII fueron quemadas y ejecutadas 500.000 personas incluidas mujeres niños y ancianos en una Europa donde en esa época habitaban solamente unos pocos millones de personas. La cacería se trasladaría al nuevo mundo, donde, a pesar de que los propios Europeos no vieron la necesidad de traer doctores al viejo continente por ser sus contrapartes locales mejor calificados y sus jardines botánicos más completos que los que se conocían en Europa; los tintes animistas y chamánicos de estos pueblos incitarían a los inquisidores a erradicar el uso de sustancias visionarias como el peyote, san pedro o el oluluihqui. La cacería de brujas llevada a cabo por parte de inquisidores fue el chivo expiatorio de una sociedad en decadencia hostigada por desastres naturales, guerras y enfermedades, su persecución sería voraz. Esto permitía distraer la atención de las personas del verdadero asunto cual era la inevitable y constante renovación de la sociedad producto de su movilidad.²⁹

1.2.La *revolución psicoactiva* y las guerras del opio.

Durante el renacimiento, el resurgir de la filosofía, de las bellas artes, de la ciencia y sobre todo el crecimiento de sistemas capitalistas comerciales marcarían un punto de inflexión profundo en el uso y comercio de las drogas. La cacería de brujas iría poco a poco desvaneciéndose. La herencia mística del nuevo mundo y del viejo se iría disipando a medida que el renacimiento consolidaría las bases para una verdadera

²⁹ Este análisis se refleja tanto en la obra del español como en la de Courtwright al describir la importancia que tuvieron los sistemas de valor tanto para la significación espiritual de las drogas de un lado, como para las diferentes pautas de consumo recreativo del otro.

revolución psicoactiva tanto desde el punto de vista comercial, científico e ideológico.³⁰

Estos cambios sentarían las bases para el resurgir del conocimiento pagano en varias disciplinas. El mercantilismo se beneficiaría del avance técnico y científico para impulsar el comercio y trueque transatlánticos. La producción de sustancias psicoactivas se convertiría pronto en un motor de desarrollo para los imperios y para los estados modernos consecutivamente. Estos cambios lograrían que los mercados se inundasen de productos cada vez más accesibles para la mayoría democratizando el uso de drogas como el alcohol, tabaco, café, té y azúcar considerados como “los grandes” de la revolución psicoactiva frente a “los tres pequeños”: el opio, la coca y el cannabis.³¹ Las drogas encontrarían un mercado perfecto en tiempos en que el capitalismo de occidente y sus aflicciones patológicas empezaría a tomarse el mundo.

Frente a esta *revolución psicoactiva* la pregunta que surge es cuestionarse porqué otras drogas como el peyote, el betel, el qat, el kava y otros psicoactivos no llegaron a ser tan populares como la nicotina, el alcohol, el té o el azúcar, lo que el historiador David Courtwright describe como el *enigma de la distribución*. Al respecto este último señala que este fenómeno complejo se explica principalmente por el grado de perecibilidad de los productos, la viabilidad de su transporte, el precio final, los efectos estéticos de su consumo y sobre todo las creencias culturales y religiosas asociadas a los estados de conciencia alterados.³² Por esta razón se explica que los alcoholes a base de azúcares fermentados como el vino y la cerveza hayan sido tan populares a lo largo de las civilizaciones, sin embargo la interpretación cultural y religiosa de determinadas

³⁰ La idea de *revolución psicoactiva* es usada por Courtwright para explicar el proceso de desarrollo en todo el mundo por el cual el ser humano adquirió medios cada vez más potentes y asequibles para alterar su estado de conciencia.

³¹ Courtwright. *Óp. Cit.* p.59.

³² *id.* p. 91-96.

sustancias al tenor de diferentes creencias daría por ejemplo como resultado que para el Islam el alcohol sea repudiado, mientras que el cristianismo personificaría la sangre de un dios en el vino.

En lo que concierne a nuestra región, en Mesoamérica existen en promedio 10 veces más plantas alucinógenas por hectárea que en Eurasia en donde es más común la adormidera y la vid.³³ Esto causaría que el uso de alucinógenos en ceremonias espirituales fuera mucho más popular en nuestra tierra en culturas animistas que se remontan siete siglos a.c y cuyos usos se perseverarían durante varios milenios en adelante hasta el día de hoy. En cambio, en Europa y Medio Oriente prevalecería el uso medicinal de triacas a base de opio y demás plantas propias de la región.³⁴

Ilustrando el factor comercial, las hojas de coca y betel perdían su potencia con el tiempo y fueron mucho más difíciles de transportar en navíos transatlánticos. Sin embargo, el tabaco y el té fueron productos mucho más manejables y duraderos para el comercio. Vistas como *commodities*, los comerciantes muchas veces trasladarían el uso de ciertas sustancias de un lugar a otro sin necesariamente transportar el significado cultural que tenían en su lugar de origen. Así, el uso sacramental que tenía el tabaco en pueblos de América carecería de sentido en el nuevo mundo donde se plantaría como un vicio puramente hedonista y prosaico.

La droga que más se popularizaría en occidente en esta época sería el alcohol. Como no podía ser prohibido y satanizado por la iglesia por evidentes razones, el vino sería de aceptación social generalizada consumido, producido y distribuido por la

³³ Escotado. *Historia elemental Óp.cit.* p.11

³⁴ Las triacas no eran nada más que mezclas de varios ingredientes que los herboristas asociaban a propiedades curativas contra envenenamientos. Existen miles de combinaciones de triacas posibles y muchas tenían ingredientes que ahora sabemos que no tenían nada de especial, pero en todas fue común encontrar opio, una planta cuyo ingrediente activo es *la morfina*. Los historiadores llegan a especular si probablemente la hiel con vino que fue ofrecida a Jesús en la cruz no habría sido efectivamente un tipo de triaca propia de la región Paul Haupt. "Alcohol in the Bible." *Journal of Biblical Literature* n. 36, 1917.p. 80-81. Citado en: Courtwright *Óp. cit.* p. 60.

propia curia.³⁵ Los alambiques perfeccionados por comerciantes alrededor de todo el mundo serían pronto usados para producir alcoholes destilados de mayor grado y pronto su conveniencia en el transporte y conservación los convertirían en bienes importantes del tráfico mundial. La producción en masa de espirituosos cada vez más fuertes exaltaron la embriaguez y el alcoholismo tanto en la sociedades europeas como en las no europeas.³⁶ La razón de este fenómeno suele asociarse al hecho de que los grados alcohólicos de estas nuevas bebidas hayan sido muy superiores a los grados de las bebidas tradicionales como el vino y la cerveza que se conjugaron con el grado de aceptación social que tenían en la cultura Cristiana. Como lo señala el historiador David Christian: “Esto cambió profundamente la función económica y social de las bebidas alcohólicas porque las bebidas destiladas eran a las fermentadas lo que las armas de fuego al arco y las flechas.”³⁷ David Courtwright coincide con este criterio al afirmar que el incremento en la potencia de las drogas derivado de métodos de transformación no habituales degenera en un inevitable abuso en razón del uso tradicional y acostumbrado de drogas anteriores.³⁸

El mismo fenómeno se evidencia al estudiar el origen de la adicción del opio en China.³⁹ El incremento de la potencia del opio combinado con nuevos métodos de

³⁵ Escotado. *Óp. cit.* p. 63 . En la mitad del siglo XIV, la alcaldía Estrasburgo repartía cada año 1.200 litros de vino alsaciano a quienes pasasen la noche de San Adolfo en la catedral, “velando el sagrario y orando”. Tan acostumbrado fue el consumo de vino para la curia que se sabe que los Papas Alejandro V, Sixto V, Nicolás V y León X fueron alcohólicos declarados. V. Jean Louis Brau. *Historia de las drogas*. Editorial Bruguera. España 1973. p. 251

³⁶ Courtwright *Óp. cit.* p.33.

³⁷ David Christian. *Alcohol and primitive accumulation in Tsarist Russia*. PMCAB. Citado en Courtwright. *Óp. cit.* p. 34.

³⁸ *Ibíd.* p.34

³⁹ Los comerciantes europeos y sobre todo empresas inglesas, no dudarían en aprovechar el uso tradicional que tenía el opio en ese país cuyo mercado millonario lo aceptaba como medio de trueque para sedas, té, joyas y especias. Sin embargo el opio cultivado en Europa tenía en promedio dos veces más morfina que el opio bengalí que acostumbraban a comer los chinos e indios, y quienes ahora empezaban a fumarlo como reemplazo al tabaco importado de occidente el cual era más costoso y sería posteriormente prohibido en China. Courtwright. *Óp. Cit.* p.63.

administración pronto maximizaría la adicción a la morfina y codeína por parte de los asiáticos. Viendo como los ingleses minaban los metales preciosos del imperio, en 1729 se prohibiría por primera vez la importación de opio y en 1793 también su producción local. El problema se agudizó en 1838 cuando por primera vez en la historia la balanza comercial china se encontraba en déficit. La destrucción de 1.400 toneladas de opio inglés sería visto por los ingleses como “un atentado intolerable contra la libertad de comercio”.⁴⁰ La East India Company, que tenía en su momento al primer ministro británico Palmerston de su lado, no dudaría en lograr que los ingleses le declarasen la guerra a China en la primera guerra del opio (1838-1842).⁴¹ La segunda guerra del opio (1856-1858) causaría que los ingleses mantuvieran la prohibición china de producir localmente la adormidera pero permitiendo ahora su importación y la apertura de mayores puertos. El fin del conflicto se daría por una política agrícola promovida por China para volver a cultivar adormidera y establecer clínicas de desintoxicación para los casos agudos. Para 1890, China ya cultivaba el 85% de su demanda de opio y se vislumbraba como un posible competidor para los ingleses. En este momento el parlamento inglés calificaría al tráfico mundial de opio como “una empresa moralmente injustificable”.⁴²

En 1893 los ingleses designarían una comisión especializada para analizar la situación del opio en India y Asia, la *Royal Commission on Opium*.⁴³ La conclusión del

⁴⁰ *Id.* p. 82.

⁴¹ A Inglaterra no le sería difícil vencer al ejército chino cuyos soldados fueron enterrados en fosas comunes con el lema “este es el camino hacia la gloria” y la derrota costaría no sólo una reparación en dinerario sino la apertura de cinco nuevos puertos de ingreso exclusivo para el opio inglés y la cesión de Hong-Kong a Inglaterra. Ward, G, Delano, F. Jr. *A fair, honorable and legitimate trade*. American Heritage, n.37, agosto-septiembre, 1986. p. 60. Citado en Courtwright. *Op. cit.* p. 64.

⁴² Escohotado. *Op. cit.* Historia de las drogas. Vol 2. p.163. *Cfr.* Logre, B.J. *Toxicomanies*. Stock, París, 1924.

⁴³ John F. Richards, *Opium and the British Indian Empire: The Royal Commission of 1895*. Cambridge University Press. Forthcoming in Modern Asian Studies, 2002 p.1.

informe terminaría por defraudar al movimiento anti-opio y afirmaría que sus preocupaciones habían sido exageradas y que para India el opio no representaba un mal.⁴⁴ El informe sería criticado por aquellos ingleses que comprendían que el daño económico que representaba abandonar el comercio del opio para el gobierno indio como para el inglés sería incomodo para el comercio.⁴⁵ Sin embargo, las audiencias de esta comisión no harían nada más que demostrar que el consumo de opio era una práctica común en India arraigada en su cultura. Para el antropólogo y académico John F. Richards, el movimiento prohibicionista inglés representaba para los indios una verdadera intromisión imperialista a su cultura reflejando el típico juicio de valor cristiano protestante que se impartía en las colonias inglesas de la época⁴⁶. A esto se sumaba el hecho de que para la mayoría de indios, el uso de alcohol por parte de los británicos era visto como el verdadero “problema de drogas”, y que de lograrse erradicar el consumo de opio, el del alcohol aumentaría significativamente.⁴⁷

⁴⁴ Diría puntualmente que: “Las descripciones sombrías presentadas al público británico sobre la extensa degradación moral y física por el opio, no han sido aceptadas por los testigos que representan al pueblo de la India, ni por los máximos responsables del gobierno del país Great Britain, Sessional Papers of the House of Commons, 1895, XLII, Final Report of the Royal Commission on Opium. p. 94. Citado en John F. Richards. *Opium and... Óp. cit.* 16

⁴⁵ “En la década de 1880, el opio era una de las mercancías más valiosas de comercio internacional. En un año promedio, el opio exportado de Calcuta y Bombay promedió más de 90 mil cofres que contenían más de 5.400 toneladas métricas. Esta asombrosa cantidad podía satisfacer las necesidades anuales de entre 13 y 14 millones de consumidores de opio en China y el sudeste asiático. Cada año, los ingresos del opio vertieron 93,5 millones de rupias de plata en Gobierno de la India aproximadamente el 16 % del total de ingresos oficiales” John F. Richards. *The Opium Industry in British India* (1999) p. 10.

⁴⁶ *Id.* p. 40. Como lo explica el propio Richards: “Las audiencias de la Comisión se convirtieron en un escenario de lucha entre el Gobierno de la India que buscaba preservar el status quo y entre los críticos anti-opio. El Gobierno de la India se impuso, no a causa de argucias o fuerza, sino porque su posición era compatible con la de la mayoría de la gente de la India. Los reformadores anti-opio hicieron juicios culturalmente sesgados y acusaciones que no podrían ser apoyadas. Irónicamente, el gobierno colonial de la India encontró resistencia a una forma virulenta de imperialismo cultural de Gran Bretaña.”

⁴⁷ Al fin y al cabo este último representaba el 16% de los ingresos totales de la corona inglesa y hay que recordar que la producción india se llevaba una tajada considerable derivada de su cultivo y de los impuestos de su tráfico. *Id.* p. 43.

Este episodio histórico ilustra como la actitud hacia las drogas empezó a volverse un tema político, económico y social en esta revolución psicoactiva a medida que estas empezaron poco a poco a traspasar la esfera de la medicina penetrando en el campo del placer y el hedonismo. Por otro lado Estados-Unidos, bajo el gobierno de T. Roosevelt, empezaba a emprender su misión de asentarse como una nueva potencia mundial y en un periodo con fuertes tensiones económicas y políticas con China qué mejor manera de mejorar su imagen que convocando a la primera conferencia internacional sobre drogas en Shanghái en 1909 para ayudar a China a salir de su adicción del opio poniendo a disposición de Asia la nueva cura revolucionaria contra la adicción del opio, la morfina.⁴⁸

1.3.El boom farmacológico y el principio de la neurosis.

Si bien algunas formas de regulación de medicinas venían apareciendo desde la segunda mitad del siglo XIX,⁴⁹ el origen del modelo actual en materia de drogas se explica principalmente al entender los cambios y fenómenos que trajo la revolución psicoactiva en épocas postmodernistas.

Con el progresivo desarrollo de la ciencia, los primeros boticarios y terapistas empezarían a producir lo que sólo puede describirse como pociones recetadas para todo tipo de enfermedades inundando las boticas y consultorios a lo largo y ancho de

⁴⁸ Curiosamente, esta droga sería prescrita como un medicamento virtuoso para tratar a los opiómanos en China. Actualmente los médicos usan metadona y buprenorfina para tratar a los heroínomanos ya que permite reducir gradualmente su administración cuando se desee suspender su uso con síndromes de abstinencia menos severos debido a que se tratan se un opiáceo de vida media. Brownstein, M J. *Op. cit. A Brief History of Opiates...*p.5391.

⁴⁹ Justamente, ya desde 1868, se expediría en Gran Bretaña un acto para regular la venta y alteración de medicamentos, el cual buscaba evitar el suicidio y el uso sin conocimiento de alcaloides obligando a venderlas con la etiqueta de “veneno”. En Estados Unidos la promulgación del “Pure Food And Drug Act” a inicios del siglo XX el cual obligaría a los productores y dispensarios de medicinas patentadas a indicar claramente si el producto en cuestión contenía sustancias generadoras de hábitos llevaría a la quiebra a muchas farmacéuticas. David Musto. “Pautas En El Abuso De Drogas Y La Respuesta En Los Estados Unidos.” *El Combate A Las Drogas En América*. Peter H. Smith. (comp.) México: Fondo de Cultura Económica. p. 68.

EE.UU, Europa y el mundo. Las drogas dejarían de ser simples plantas perecibles y pasarían a ser específicamente componentes activos que se podían aislar y producir en cantidades nunca antes vistas.⁵⁰ Todas estas nuevas drogas serían vistas al principio como la panacea de la ciencia moderna al servicio del hombre, cada una con mejores virtudes que las anteriores y capaces de tratar y curar todas las aflicciones posibles que podía tener o crear el ser humano. Las primeras casas farmacéuticas como Bayer y Merck ofertarían indiscriminadamente su morfina, heroína y cocaína como medicamentos capaces de curar un sin número de males desde la tos hasta el dolor por la caída de los dientes de leche. A finales del siglo XIX era posible realizar compras por catalogo de heroína, la jeringa hipodérmica venía incluida con la compra y estarían disponibles en venta libre en todas las farmacias del mundo y se la usaría en bebés, niños, mujeres y ancianos en cientos de frascos que ni siquiera tenían la obligación de indicar el ingrediente activo que llevaban. El mercadeo y promoción del estamento farmacéutico sería un factor determinante al momento de crear ciertas dependencias. Como lo describe el historiador Joseph Spillane:

Por más de un siglo, los médicos han estado sometidos a una avalancha de consejos bienintencionados, de apariencia científica, que incidían en los beneficios de las drogas y minimizaban los riesgos. Todo movimiento dirigido al conservadurismo terapéutico ha ido en contra de esta corriente publicitaria.⁵¹

Con este boom farmacológico a lo largo de siglo XIX y XX, no es de extrañarse que el mayor índice de uso de opiáceos en EE.UU en su historia haya ocurrido en la última década del siglo XIX abarcando una cifra tan alarmante de

⁵⁰ Así para 1903 ya se habría conocido y aislado la morfina (1805), la codeína (1832), atropina (1833), cafeína (1841), cocaína (1860), heroína (1883), mezcalina (1896), barbitúricos (1903) y para 1960 la meta de encontrar opioides no adictivos y drogas de reemplazo había resultado en el descubrimiento de más de 70 opioides sintetizados patentables y varios estimulantes y sedantes analgésicos como benzodiacepinas, anfetaminas, y metanfetaminas dentro de otros.

⁵¹ Joseph F. Spillane. *Cocaine: From Medical Marvel To Modern Menace In The United States, 1884-1920*, Baltimore: John Hopkins University Press, 2000. p. 70. citado en: Courtwright. *Óp. cit.* p.110.

238.000 personas. (que en realidad representaba a penas el 0,5 % de la población general).⁵² Para entonces, el 25% de los primeros morfinómanos eran mujeres blancas de clase media que seguían las prescripciones de sus doctores, el 65% restante eran terapeutas y personal médico y el resto era un grupo heterogéneo de la sociedad.⁵³ En este contexto empezaría inevitablemente una respuesta organizada de la sociedad civil americana que atrajo la atención de coaliciones evangelistas protestantes, mujeres que estrenaban su derecho al voto, organizaciones terapéuticas y grupos con intereses económicos particulares que aprovecharían la oportunidad para abogar directa o indirectamente por la prohibición de las drogas en general.⁵⁴

El llamado hacia la templanza y mesura se origina de movimientos reformistas protestantes evangélicos adventistas quienes, convencidos en su cruzada de preparar al mundo para la nueva llegada de Jesús al torno del siglo, estarían llamados a “promover la templanza y el decoro cristiano” y a eliminar sustancias que “creen o exciten apetitos anti-naturales”.⁵⁵ Al principio el movimiento toleraría un grado de consumo mientras que su estrategia consistiría en educar a la población en general e incentivar la auto regulación. Sin embargo, frustrados por el tiempo que esto tomaba y con el inminente regreso de su profeta al cambio de siglo, este movimiento después se

⁵² Musto. *Óp. cit* p. 105.

⁵³ Escohotado. *Óp. cit* p.88.

⁵⁴ Cabe señalar que boticarios y farmacéuticos aprovecharon por varias décadas la falta de una verdadera regulación federal en EE.UU. en materia de restricción de venta, licenciamiento profesional y etiquetado de drogas patentadas. Sin embargo en un intento de monopolizar estos productos, sectores del terapeutismo y farmacéuticas empezaron a recibir la idea de exigir prescripción médica para la venta de estas drogas que hasta la fecha eran de venta libre. A este propósito la opinión es dividida. Musto, recalca que en el siglo XIX la mayoría de “doctores” no tenía que contar con licencias federales para su práctica y la idea de que el estado central pudiese controlar a una clase educada parecía violatoria de la democracia. Por otro lado, Mark Thornton señala que la opinión sincera de muchos terapeutas abogaba por encontrar una manera de evitar un uso irresponsable de medicamentos Musto. *Óp. cit.* p.69 y Mark Thornton. *The economics of prohibition*. “The origins of prohibition”. University of Utah Press. 2007. p.39

⁵⁵ En 1869 se crea el Prohibition Party de Estados Unidos, en 1873 Anthony Comstock funda la sociedad para la supresión del vicio, y en 1895 se funda la Anti-Saloon league. Escohotado. *Óp. cit.* *Historia elemental...* p.99,103.

transformaría y asentaría como un verdadero movimiento político abolicionista ejerciendo presiones lobistas y usando el pulpito como escenario político. A este partido se le unirían después grupos con intereses económicos como los competidores de la industria del alcohol y coaliciones del sector terapéutico y farmacéutico buscando monopolizar el mercado.⁵⁶ Pero no sólo eso; con la inminente llegada de la primera guerra mundial en vez de la del profeta, los clamores prohibicionistas fueron una manera de mantener al pueblo americano fuerte contra el Káiser y utilizados estratégicamente en la política, David Musto recalca que “la prohibición(...) se convirtió en un vehículo de purificación moral y política”.⁵⁷ A esto se sumó la desconfianza hacia inmigrantes y afroamericanos. Los estereotipos del chino pederasta fumador de opio, del mexicano ladrón fumador de “marihuana” y del negro sureño cocainómano violador de mujeres blancas invencible a las balas serían demasiado irresistibles para conservadores cristianos y políticos convencidos en esta cruzada. Como lo comenta el académico, Francisco Thoumi: “La fuerte influencia de los sectores religiosos o moralistas y la opinión médica forjó el consenso para subordinar la producción y distribución de las sustancias controladas a las necesidades médicas y de investigación científica.”⁵⁸

Así, en un acuerdo entre protestantes, políticos, doctores, farmacistas y farmacéuticos nace en ese país en 1914 la ley Harrison sucesora del fallido proyecto Foster. Esta ley se presentaría como una ley federal administrativa que imponía un registro e impuesto a todas las personas que en esa época “producen, importan, fabrican, componen, dispensan, venden, distribuyen o regalan el opio o las hojas de

⁵⁶ Thornton, Mark. *Óp. cit.* p.56.

⁵⁷ Musto. *Óp. cit.* p.75

⁵⁸ Thoumi, F. *La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza*. Revista Nueva Sociedad. No.222. Julio-Agosto.2009 www.nuso.org

coca, sus sales, derivados, o preparados, y para otros fines.⁵⁹ Sin embargo, la sanción al incumplimiento de esta ley era de carácter totalmente penal imponiendo multas y penas privativas de libertad que iban hasta los cinco años de cárcel. Los médicos que habían apoyado esta iniciativa no contaron con el hecho de que la aprobación de la ley Harrison se convertiría en un mecanismo de persecución policial que criminalizaría a doctores y boticarios. Los jueces ordinarios entenderían esta ley como un mecanismo para curar enfermedades pero no para tratar y mantener la adicción generada por su tratamiento, por lo que todo médico que dispensaría una cantidad “excesiva” podía ser sentenciado a cárcel. Está ley desencadenaría una inevitable persecución policial por parte de miembros de la fuerza pública que se harían pasar por adictos para enjuiciar y encarcelar alrededor de 10.000 doctores.⁶⁰ Pronto el gremio terapéutico se haría escuchar alegando la inconstitucionalidad de la ley Harrison aduciendo que se trataba de una verdadera ley penal que debía haber pasado los filtros constitucionales de enmiendas –como lo haría en 1920 la ley seca con su enmienda No. XVIII– y que consistía en un modo de privar a los doctores de ejercer sus atribuciones profesionales. En el caso *Jin Fuey Moy* (1916) el tribunal supremo americano interpretaría que la ley Harrison no debía ser impuesta literalmente a lo establecido en la convención de la Haya –que impedía la terapia de mantenimiento– y que los médicos podían prescribir las sustancias que les parecieran convenientes, aun a simples adictos.⁶¹ Las repercusiones políticas de este fallo fueron tan fuertes que este tribunal supremo titubearía por cinco años hasta que en 1919 emitiría un fallo contradictorio apoyando

⁵⁹ Harrison Narcotics Tax Act Ch.1, 38 Stat. 785. Extraída de: <http://legisworks.org/sal/38/stats/STATUTE-38-Pg785.pdf> Cabe señalar que en un principio la ley apuntaba a prohibir el cannabis y la cafeína de igual manera que las otras sustancias. Fue por la intervención de ciertos médicos alegando que el cannabis no producía hábito que esta ley no la consideró. Musto. *Óp. Cit.* p.74.

⁶⁰ Escotado, *Óp. Cit. Historia elemental...* p. 105.

⁶¹ *US. v. Jin Fuey Moy*, 241 US. 394, 1916. Citado en Musto, *Óp. cit.* p.75.

la ley declarando que la terapia de mantenimiento es “una perversión semántica indigna de un médico” y que: “una prescripción de mantenimiento a un adicto era un nombre falso porque no eran consideradas como cura. Al no ser una prescripción, el médico estaba facilitando narcóticos sin pagar el impuesto debido y por lo tanto era una violación a la ley.”⁶²

La ley Harrison, así como varias leyes estatales prohibiendo la cocaína en los veinte sumadas con la ley seca, resultarían en una de las tasas más bajas de consumo de drogas en este país en su historia. Sin embargo, la inevitable expansión del contrabando y la falta de educación intergeneracional y prevención efectiva como instrumentos para cambiar las pautas de comportamientos causaría que las nuevas generaciones cada vez más rebeldes y acomodadas tengan una mínima o diluida percepción de los peligros de las drogas. Poco a poco las drogas empezarían a traspasar hacia la esfera del hedonismo y placer creando usos recreativos socialmente tolerados en ciertos grupos y sobre todo cuando los *baby boomers* llegaron a su adolescencia en un momento en que el sexo, las drogas y el rock and roll eran las máximas morales de una juventud de clase media que no advertía los efectos nocivos que habían experimentado generaciones pasadas con el opio o cocaína.

El incremento del consumo de cannabis y psicodélicos durante los sesenta, el resurgir del uso de cocaína preconizada como un vicio elitista durante los ochenta y el uso de crack por afroamericanos en los noventa incitarían a reforzar permanentemente los controles y esfuerzos estatales durante la segunda mitad del siglo XX. El prejuicio racial detrás de la prohibición en Estados Unidos se revelaría cuando el presidente Richard Nixon diría en una serie de conversaciones grabadas dirigiéndose a uno de sus asesores que:

⁶² *ibíd.*

¿Sabes? Es una cosa divertida, cada uno de estos bastardos que quiere legalizar la marihuana es judío. ¿Por amor a Jesucristo Bob, cuál es el asunto con los judíos? ¿Cuál es el asunto con ellos? Supongo que es porque la mayoría de ellos son los psiquiatras.⁶³

El conocido xenófobo, homofóbico y racista presidente republicano llegaría incluso a refutar las conclusiones encontradas por una comisión técnica que el mismo presidiría para estudiar los efectos de la droga la cual concluiría que “el daño potencial relativo de la marihuana en la mayoría de usuarios y su actual impacto en la sociedad no justifica la política social diseñada en castigar a quienes la usan y que el consumo de la misma no causaba daños fisiológicos significativos, violencia o el uso de otras sustancias”.⁶⁴

Sin embargo, los supuestos y exagerados daños a la salud así como la peligrosidad asociada al uso de ciertas drogas serían el fundamento técnico que se usaría a lo largo de toda la segunda mitad del siglo XX para justificar la *guerra a las drogas*.⁶⁵ América y el mundo se encontraba en pleno frente de batalla contra los consumidores, contrabandistas y productores. Pocos contestarían los fundamentos científicos y empíricos usados para promulgar las leyes en contra de ciertas drogas o su

⁶³ Abc news. “Tapes Reveal Nixon's Prejudices Again” <http://abcnews.go.com/GMA/story?id=126236&page=1>

⁶⁴ Kevin Zeese. “Once-Secret "Nixon Tapes Show Why the U.S. Outlawed Pot” AlterNet. 20 de Marzo, 2002. http://www.alternet.org/story/12666/once-secret_%22nixon_tapes%22_show_why_the_u.s._outlawed_pot

⁶⁵ Por ejemplo bajo el gobierno de Reagan se ordenaría realizar un estudio para comprobar que el cannabis causaba daño cerebral irreversible que consistió supuestamente en administrarle a un grupo de primates 2 cigarros de cannabis diarios por 90 días consecutivos, después se dijo que habían sido 30 cigarros por día. Sin embargo, las condiciones exactas del experimento no se revelaron sino años después donde se descubrió que los animales habían muerto por asfixia por inhalar permanentemente el humo y que el daño cerebral se debió a la evidente falta de oxígeno. Sin embargo, los avances y descubrimientos médicos casi siempre llegarían después de que las leyes antinarcóticos fueran adoptadas y aún así la mayoría de estudios realizados sobre drogas ilegales se enfocaron en analizar los impactos negativos de estas. Paradójicamente, a mediados del siglo XX, 80% de los estudios sobre el tabaco versaban sobre la relativa inocuidad de la nicotina e incluso nunca fue curioso encontrar publicidad tabaquera con el patrocinio de doctores. BBC News. “1974: Cannabis causes brain damage.” 2/10/1974. http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/2/newsid_2540000/2540141.stm y “Does Marijuana Cause Brain Damage?” *The truth on pot*. <http://www.truthonpot.com/2012/11/02/does-marijuana-cause-brain-damage/> Bruce Barcott, Michael Sherer, “The great pot experiment” *Time magazine*. 14 de Mayo 2015. <http://time.com/3858353/the-great-pot-experiment/>

clasificación. Los científicos y terapeutas no tenían la evidencia certera de los posibles usos médicos o inocuos de ciertas sustancias debido justamente a las enormes trabas impuestas por la ley para estudiarlas en un primer lugar. Sin embargo, la idea de que todas las drogas eran peligrosas para el modo de vivir americano y que además eran promovidas por los comunistas para atentar contra los fundamentos políticos de América infiltrándose en una juventud que pedía la abolición de la guerra tendría como respuesta una actitud fuerte e intolerable en toda la segunda mitad del siglo XX. Los comerciales televisivos comparando los efectos de las drogas en el cerebro a un huevo frito⁶⁶ y las candidas campañas de la esposa del presidente Reagan en EE.UU fundamentadas en la idea de que simplemente se podía enseñar a los niños y niñas a decirle “no a las drogas” incentivándoles además a delatar a quienes las usaren, se volverían en la supuesta estrategia de prevención de las agencias gubernamentales de control.⁶⁷

Todo este episodio en la historia de EE.UU tuvo una relevancia trascendental a nivel mundial y en nuestra región a medida que este país promocionaría su política de drogas en la comunidad internacional naciente.⁶⁸ Al respecto el jurista francés Francis Caballero en el prólogo de su obra *Droit de la drogue* denota que:

⁶⁶ Cnn Student Bureau. “Famous fried eggs Students debate effectiveness, accuracy of well-known anti-drug commercial.” 6 Diciembre, 2000. <http://edition.cnn.com/fyi/interactive/news/brain/brain.on.drugs.html>

⁶⁷ The History Channel. *Hooked, Illegal Drugs And How They Got That Way*. <https://www.youtube.com/watch?v=I3M1QPoeNMU>

⁶⁸ Después de la guerra con España en Filipinas, la comitiva americana de misioneros que había impulsado la cruzada a nivel local pronto vio con interés la sucesiva celebración de tratados internacionales de manera que Estados Unidos se viera en la necesidad de ir acoplado su legislación interna estatal con los estipulado en estos instrumentos. Internamente, esto aseguraba que las leyes locales de cada estado federal guardasen observancia con los tratados internacionales, dando poder al Estado federal y eliminando la posibilidad de que cada Estado tenga una opinión diferente consolidando un control uniforme. El artículo 6 de la Convención establecía que los instrumentos locales que celebraría cada nación tendrían superioridad jerárquica frente a sus leyes locales. v. Musto, F. *Óp. cit.* p.74. Los problemas con el estado federal sentarían un larga historia de conflictos para la aplicación de regulaciones en materia de drogas en un área gris del sistema federal americano. Hasta hace poco, este sistema impedía la aplicación de leyes locales que permitían el uso médico y recreativo del cannabis. Al

Imponer por la fuerza un mundo sin drogas, como un mundo sin tabaco o alcohol, es un objetivo típicamente americano, totalmente irrealista sin ninguna oportunidad de realizarse. Peor aún, se muestra peligroso no sólo para las libertades individuales pero también para la seguridad y la salud pública.⁶⁹

Más adelante volveremos sobre este último punto pero por el momento cabe señalar que la primera legislación en materia de drogas en el Ecuador llamada *Ley del Comercio del Opio y demás Drogas* fue promulgada por el decreto No. 39 el 8 de octubre de 1916 poco después de la convención de la Haya de 1912. El resto de países de la región andina contarían con legislaciones casi idénticas que fueron expedidas a principios del siglo XX.⁷⁰ Al respecto, Rodrigo Uprimny en un análisis sobre el sistema carcelario y las leyes sobre drogas en Colombia y reformulando el concepto de *globalismo localizado* de Boaventura Sousa Do Santos manifiesta que la legislación colombiana en esta materia es sobre todo un *localismo globalizado*:

El derecho internacional de las drogas es un típico *localismo globalizado*, ya que las orientaciones internas de los Estados Unidos sobre la materia fueron convertidas en tratados vinculantes, que a su vez no sólo han reforzado las tendencias prohibicionistas en ese país, sino que además han condicionado fuertemente todas las políticas nacionales, pues han excluido, o marginalizado, las otras opciones en este campo.⁷¹

Completando esta idea según el análisis del jurista Francisco Thoumi, la legislación internacional en materia de drogas, así como la clasificación de sustancias según sus grados de adicción y potencial médico se realizó desprovista de un

momento el departamento de justicia de ese país parece no impugnar las leyes locales mientras el senado y congreso discuten por primera vez a nivel federal reformas al respecto. Kevin Johnson, Raju Chebium. *Justice Dept. won't challenge state marijuana laws* Usa Today. Acceso: 28/05/2015 <http://www.usatoday.com/story/news/nation/2013/08/29/justice-medical-marijuana-laws/2727605/>

⁶⁹ Francis Caballero. *Droit de la drogue*. Prólogo actualizado. Cedro. Agosto 2000. La cita textual: *Car imposer par la force un monde sans drogue, comme un monde sans tabac ou sans alcool, est un objectif typiquement américain, totalement irréaliste, qui n'a aucune chance de réussir. Pire, il se révèle dangereux, non seulement pour les libertés individuelles, mais aussi pour la sécurité et la santé publique*. La traducción es mía. <http://www.cedro-uva.org/lib/caballero.droit.fr.html>

⁷⁰ Rosa Del Olmo "Leyes paralelas". *Coca, cocaína y narcotráfico. Laberinto de los andes*. Diego García Sayán (ed.) Comisión Andina de juristas: Lima, 1989. p. 277.

⁷¹ Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán. *Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*. Reformas A Las Leyes De Drogas En América Latina Documento De Trabajo, Capítulo Colombia: Leyes De Drogas Y Cárceles En América Latina. Wola, Mayo, 2010. p.6

verdadero fundamento técnico y científico. Pronto, este marco regulatorio internacional se convirtió según él en una verdadera *camisa de fuerza* para los países signatarios que les impediría en lo posterior reformular sus propias políticas y legislaciones al respecto.⁷² John Collins, especialista en la historia sobre regulación de drogas afirma que:

La interpretación e implementación de las convenciones es a menudo una construcción fluida y una función del punto de vista políticamente dominante de las políticas al interior del marco de las NN.UU. en un momento determinado. Durante el período 1970-2008, el enfoque ideológicamente prohibicionista desarrolló un dominio indiscutido sobre el tema de las drogas en las NN.UU. Actualmente este liderazgo se ha quebrado, en la medida en que nuevos enfoques están recibiendo abierto apoyo.⁷³

No hay duda que la legislación interna de la mayoría de los países sobre las drogas nació de un contagio generalizado del modelo prohibicionista americano impulsado para controlar en un principio el mercado de opiáceos a nivel global que después se ampliaría al resto de drogas. Si bien Gran Bretaña fue uno de los pocos países al que le incomodaba una erradicación absoluta de la producción de opiáceos por el monopolio comercial que todavía tenía a principios de siglo, el desarrollo de la cooperación internacional antes y después de las grandes Guerras características del siglo XX serviría de palanqueo político para implementar el modelo americano permitiendo el uso “médico y científico” de opiáceos para apaciguar a los británicos.⁷⁴

En efecto, la Convención Internacional del Opio firmada en la Haya en 1912, sería anexada al tratado de Versalles estableciendo recomendaciones a los países signatarios sobre el control de opio, morfina y cocaína. Frente a esas meras recomendaciones, en 1925 se celebraría entre países miembros de la Liga de Naciones

⁷² Thoumi. *Óp. cit.* p.51.

⁷³ John Collins. “La economía de una nueva estrategia global”. *Acabando con las guerra contra las drogas*. London School of Economics. Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas. Prefacio. LSE Ideas. 2014. p.7

⁷⁴ *ibíd.*

la Convención de Ginebra. Esta convención sería casi idéntica a la convención de la Haya salvo que se limitaba ahora a su uso “médico y científico” –abandonando la ambigüedad que representaba antes el uso médico y *legítimo*– se incorporaría el hachís y la heroína y se conformaría un Comité Central Europeo permanente encargado de vigilar el mercado de drogas. Sucesivamente se irían firmando numerosos instrumentos internacionales que irían complementando y articulando los preceptos de estos tratados originarios ⁷⁵ creando una serie de organismos y compromisos internacionales bajo esta política común hasta que en 1961 se firmaría el Convenio Único sobre Estupefacientes de la ONU, el cual modificado por su protocolo en 1973 y ampliado por la Convención sobre Estupefacientes en 1988, sentaría las bases para las legislaciones modernas en torno a las drogas. El instrumento fortalecería la cooperación internacional, e incitaría a los estados contratantes a establecer penas privativas de libertad en toda la cadena de la producción de drogas. ⁷⁶ Además sancionaría obligatoriamente toda forma de posesión, dejando a criterio de cada estado tratarla ya sea como un delito o como contravención. ⁷⁷ Una década después, los esfuerzos de la oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito se concentrarían en luchar contra el crimen organizado fortaleciendo la cooperación internacional en materia de lavados de activos y apoyo financiero. Sin embargo,

⁷⁵ Convención Para Limitar La Manufactura y Regular La Distribución De Las Drogas Narcóticas Ginebra 1931. Acuerdo Para Controlar El Habito De Fumar Opio En El Lejano Oriente, Bangkok 1931. Convención Para La Supresión Del Tráfico Ilícito De Drogas Peligrosas, Ginebra 1936. Creación De La Comisión Europea De Estupefacientes, 1946. Protocolo De Inclusión De Drogas Sintéticas, París 1948. Protocolo Para Limitar y Regular El Cultivo De La Adormidera y La Producción, Comercio Internacional y Mayoreo, y El Uso Del Opio, NY 1953. Martin Jelsma y F.E. Thoumi: «*La normatividad internacional: soporte del paradigma prohibicionista*» en Alfredo Rangel Suárez (ed.): *La batalla perdida contra las drogas: ¿Legalizar es la opción?*, Intermedio, Bogotá, 2008 citado en: Francisco Thoumi. *La Normatividad Internacional Sobre Drogas como Camisa de Fuerza*. Revista Nueva Sociedad N. 222, julio-agosto, 2009.p. 47-48. http://rolim.com.br/2009/box_drogas/07.pdf

⁷⁶ v. Artículo 30 Convención Única sobre Estupefacientes. ONU1961.

⁷⁷ Thoumi. *Óp. cit.* p.49

reunidos bajo el lema “Un mundo sin drogas, podemos lograrlo” los países parecían necesitar que se les recuerde que el fin propuesto era efectivamente alcanzable.⁷⁸ □

Por otro lado, la cooperación internacional parecía más bien responder a los intereses imperialistas de Norteamérica más que a una verdadera cooperación internacional en el sentido de la palabra. El autor colombiano es muy crítico a este respecto y denota que:

Los Estados Unidos han utilizado además políticamente el tema de las drogas, para defender otros intereses, en particular geopolíticos, como lo muestran numerosos ejemplos muy conocidos y documentados: la participación de la CIA en el tráfico de heroína en el sudeste asiático, durante los años sesenta, a fin de financiar movimientos anticomunistas; el apoyo de los Estados Unidos a los rebeldes afganos del norte de ese país que luchaban contra la Unión soviética a pesar de que se sabía que éstos financiaban gran parte de su armamento con el tráfico de drogas; las relaciones contradictorias de los Estados Unidos con el régimen del General Noriega en Panamá, etc. Uno de los casos más significativos fue el escándalo Irán-Contra-Gate, en el cual la CIA y el Consejo Nacional de Seguridad (NSC) utilizaron el dinero de la droga para financiar a los Contras de Nicaragua, tratando de eludir así la prohibición que estableció el Congreso de Estados Unidos, en octubre de 1986, de continuar la ayuda militar contra el gobierno sandinista. Los aviones que traían de Estados Unidos las armas para los Contras refugiados en Costa Rica, eran cargados con cocaína suministrada por el Cartel de Medellín, que era llevada a los Estados Unidos.⁷⁹

La historia revela ciertas inconsistencias que para muchos son suficientes como para refutar completamente la motivación del prohibicionismo. Empezando por los evidentes intereses morales y económicos de ciertos grupos minoritarios, pasando por la falta de evidencia científica, e incluso revelando el interés geopolítico que suscitaron las leyes en contra de las drogas, no hay duda que hemos encontrado algo turbio en el asunto. Sin embargo, por más hipócrita y exagerado que suene el discurso prohibicionista, esto no quiere decir que sus argumentos sean totalmente falsos. De hecho, los avances científicos nos han ayudado a elaborar una escala de peligrosidad

⁷⁸ LSE Ideas *Acabando la guerra a las drogas...Óp.cit.* p.8

⁷⁹ Rodrigo Uprimny. *Drogas, Derecho y Democracia*. Texto presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL. punto 4.1 http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/uprimny_drogas_y_democracia.htm

mucho más exacta pero en ningún momento pretende desconocer el riesgo de las sustancias. Antes de analizar cómo ciertos países han logrado manejar estos riesgos con modelos innovadores, ahondemos en la implicaciones jurídicas del tema.

2. Capítulo 2 ¿Cómo legitimar la prohibición penal?

“La Guerra contra las drogas ha sido un total fracaso.

Necesitamos repensar y descriminalizar nuestra leyes sobre el cannabis.

Necesitamos repensar como estamos operando la Guerra a las drogas”

Barack Obama, 2004.⁸⁰

El análisis de la legitimidad del consumo recreativo de drogas invita en primer lugar a hacer un reparo sobre los principios y reglas que hemos creado para limitar el alcance de las intervenciones estatales punitivas en sociedades democráticas. En segundo lugar exige verificar si dicha intervención cumple o no estos requisitos. Para esto se vuelve necesario responder a ciertas preguntas preliminares que nos permitan entender el problema desde la perspectiva jurídica.

2.1. Consideraciones preliminares

2.1.1. ¿Qué se entiende por droga y su clasificación según la ONU?

De manera general en la medicina se considera droga a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos. De ahí que una droga sea una sustancia que está o pueda estar incluida en la Farmacopea.

En el lenguaje coloquial, el término suele referirse concretamente a las *sustancias psicoactivas* y, a menudo, de forma aún más concreta, a las drogas ilegales. Las teorías profesionales intentan normalmente demostrar que la cafeína, el tabaco, el

⁸⁰ Bernd Debusmann, “Obama and the failed war on drugs.” *Reuters*. Washington 16 de Abril de 2012. <http://www.reuters.com/article/2012/04/16/us-column-debusmann-drugs-idUSBRE83F0ZR20120416>

alcohol y otras sustancias utilizadas a menudo con fines no médicos son también drogas en el sentido de que se toman, al menos en parte, por sus efectos psicoactivos. “Psicoactivo” no implica necesariamente que produzca dependencia sin embargo en el lenguaje corriente, esta característica está implícita, en las expresiones “consumo de drogas” o “abuso de sustancias”.⁸¹

En el lenguaje jurídico es común el uso de los términos *narcótico*, *alcaloide*, *estupefaciente* o *psicotrópico*. Estas acepciones se relacionan con el concepto de *sustancia psicoactiva* definida como aquella que cuando se ingiere, afecta a los procesos mentales, p. ej., a la cognición o la afectividad. Si bien este término y su equivalente, *sustancia psicotrópica*, pueden referirse a todo el grupo de sustancias, legales e ilegales, para el análisis en cuestión consideremos como *estupefaciente* a cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en los anexos de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 sobre Estupefacientes y, como *sustancia psicotrópica* a cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en los anexos de Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, pues éstas son las que usa como base la legislación Ecuatoriana en la materia y las que usan a su vez todas las legislaciones al respecto.⁸²

Las Convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas clasifican las sustancias estupefacientes y psicotrópicas en virtud de su peligro para la salud, potencial adictivo y valor terapéutico. La Convención de 1961 clasifica los estupefacientes en cuatro listas, mientras que la de 1971 clasifica a los psicotrópicos en otras cuatro listas.⁸³ Es

⁸¹ *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Organización Mundial de la Salud. Editado por Organización Mundial de la Salud en 1994 bajo el título *Lexicon of Alcohol and Drug Terms*. 1994 p. 33, 58.

⁸² Para una lista detallada de las sustancias ver https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

⁸³ Los criterios que se usan para determinar en qué clase debe estar un droga se prestan a un análisis muy subjetivo y están desprovistos de reglas claras de interpretación. Para una reflexión más

interesante observar que algunas sustancias se enumeran dos veces en la misma Convención. Por ejemplo en la Convención de 1961, cannabis y heroína se colocaron en la Lista I como sustancias adictivas, nocivas y sin potencial médico y a la vez en la Lista IV, entre las sustancias más peligrosas en virtud de los riesgos asociados de abuso, sus efectos particularmente dañinos y la falta de valor médico o terapéutico. Esta clasificación 'doble' podría reflejar un deseo por parte de los legisladores, a partir de 1961 en adelante, en hacer hincapié en la toxicidad de las sustancias para limitar y controlar su posible uso para fines médicos de manera aún más estricta.

2.1.2. ¿Qué derechos se han restringido?

El reconocimiento de la libertad e igualdad⁸⁴ como derechos fundamentales de las personas operando bajo la premisa de que el derecho de uno termina donde empieza el de otro⁸⁵, es uno de los logros filosóficos con relevancia jurídica más importantes en la historia de la humanidad y es hoy en día un pilar imprescindible para la democracia. Marcando un hito en la transición de la tiranía hacia la independencia, estos derechos han sido reconocidos como inherentes a la calidad del Ser Humano de manera que su reconocimiento o limitación trasciendan las fronteras de la mera formalidad con el propósito expreso de blindarlos de abusos por parte del poder fáctico.⁸⁶

profunda y crítica sobre los criterios de clasificación, v. Douglas N. Husak. *Drogas y derechos*. México: Fondo de Cultura Económica. 2001 p. 61-70. F. Cabalero & Y. Bisiou. *Le Droit de la drogue*. Dalloz, 2000. p. 476-488.

⁸⁴ El Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, recogiendo casi de manera textual el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 establece que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Su artículo 1 reconoce que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

⁸⁵ Art. 4 “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi” Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. 1789. Legifrance. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

⁸⁶ La Corte Interamericana ha dicho al respecto que: “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello

Sin embargo, no siempre existieron estos reconocimientos. Fue gracias al renacimiento del pensamiento humanista greco-romano que estos derechos encontrarían cabida en la era moderna. Esta cosmovisión esencialmente antropocéntrica consideraría al individuo y sus potestades en el centro de su existencia otorgándole una libertad natural sobre sus actos y consciencia sometiendo las ideas al pensamiento crítico y a la comprobación empírica.⁸⁷ Piénsese para este propósito en el arquetipo renacentista de Da Vinci plasmado en el centro de su universo y perfectamente concebido para satisfacer sus necesidades, el *Hombre de Vitruvio*. Esta filosofía es sumamente importante ya que poco a poco la dialéctica entre libertad y gobernanza consideraría lo expuesto por Thomas Jefferson quien en sus Notas sobre Virginia diría que: "...los poderes legítimos del gobierno sólo se extienden a actos que lesionan a otros(...) ¿Cuál ha sido el efecto de la violencia? Hacer la mitad del mundo estúpido y la otra mitad hipócrita, apoyar la bellaquería y el error sobre la tierra...".⁸⁸

Los cambios en la esfera del derecho serían igualmente importantes y el derecho punitivo escucharía el llamado de los pueblos a gobernarse "por leyes justas y

equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona". Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardo v. Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁸⁷ Como lo manifiesta Escotado: "Volver a pensar en la euforia y eutanasia como bienes es inseparable de la edad moderna; ahora el valor absoluto es el *individuo*, no alguna *ecclesia* o reunión de fieles, y el individuo escucha los dictámenes de su fuero interno." Escotado. *Historia elemental Óp. cit.* p. 64.

⁸⁸ Por ejemplo, como lo expondría más tarde Thomas Jefferson en sus notas sobre Virginia en 1782: No parece suficientemente demolida la pretensión de que las operaciones de la mente, así como los actos del cuerpo, están sujetos a la coacción de las leyes. Nuestros gobernantes no tienen poder sobre esos derechos naturales, salvo que se los hayamos cedido. Pero los derechos de consciencia nunca se los cedimos, nunca podríamos pues cada cual responde de ellos ante su Dios. *Los poderes legítimos del gobierno sólo se extienden a actos que lesionan a otros[...]* la razón y el libre examen son los únicos agentes eficaces con el error, sus enemigos naturales. Y sólo el error necesita apoyo del gobierno. Millones de hombres, mujeres y niños inocentes han sido quemados, torturados, mutilados y encarcelados desde que se introdujo el cristianismo. ¿Cuál ha sido el efecto de la violencia? Hacer la mitad del mundo estúpido y la otra mitad hipócrita, apoyar la bellaquería y el error sobre la tierra. Thomas, Jefferson. *Notas sobre Virginia*. 1782. Citado en Courtwright Óp.cit. p.25

legítimas”⁸⁹ abogando para que “las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino en contra de los culpables de asesinato y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos.”⁹⁰

El pensamiento humanista sentaría las bases y principios para que proliferen los derechos humanos en el modelo del Estado de Derecho Constitucional contemporáneo. La libertad de las personas sería plasmada como un eje primordial y transversal en este sistema positivándola como un derecho subjetivo y como uno de los primeros limitantes al poder estatal en diversos instrumentos internacionales así como en las Constituciones de innumerables países. Por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos empieza por reconocer que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia.”⁹¹ A su vez, la Convención Americana, recogiendo lo señalado en el artículo 12 de la Declaración Universal⁹² estipula en su artículo 11.2 que “que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...”. El mismo precepto ha sido plasmado en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nuestra Constitución no se limita a reconocer simplemente que las personas nacen libres⁹³ sino que agrupa en todo un capítulo los derechos de libertad los cuales incluyen, dentro de otros, el derecho a tomar decisiones libres e informadas respecto de su salud, el

⁸⁹ v. Preámbulo *Declaration des droits de l’homme et du citoyen. 1789. Bill of rights, Constitución Americana de 1787.*

⁹⁰ Cuadernos de quejas presentado ante el consejo de estado. “Los Cahiers De Doleances” Francia 1789. Citado en Escotado. *Op.cit.* p. 15

⁹¹ Art.1 Declaración Universal de Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁹² Artículo 11 Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

⁹³ Artículo 66. núm. 29. lit. a). Constitución de la República del Ecuador, 2008

derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al libre desarrollo de la personalidad *sin más limitaciones que los derechos de los demás*.⁹⁴

Aquí se vuelve necesario hacer una precisión. Si bien nuestra carta magna parece reconocer el derecho a libre desarrollo de la personalidad como un derecho autónomo, es evidente que este concepto debe ser entendido como un principio rector que rige transversalmente los derechos de las personas. El libre desarrollo de la personalidad se construye sobre la idea de que *cada ser humano es un fin en sí mismo* dotado de una autonomía individual única y que rige por defecto las relaciones entre el individuo y poder. La pluralidad y dignidad humana toman cuerpo precisamente a partir de este reconocimiento. Sin embargo cabe notar que “no existe una definición exacta del libre desarrollo de la personalidad, especialmente una definición jurídica, ya que en el concepto personalidad confluyen factores extrajurídicos, tanto psicológicos como éticos.”⁹⁵

Ahora bien, debido justamente a la amplitud que implica la noción de libertad este derecho ha sido entendido tradicionalmente como la *libertad personal* con el interés de proteger la integridad física de las personas y blindarlas de detenciones ilegales garantizándoles un debido proceso. Sin embargo, el derecho a la libertad en su sentido amplio y primigenio se ve reflejado en el goce y el ejercicio de cada uno de los diferentes derechos humanos. Por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido reiteradamente que en su sentido amplio la libertad se define como:

⁹⁴ Arts. 66. núm.29.lit. a), 66.núm.10.

⁹⁵ Ana Marrades Puig. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia España, Editorial Universitat de Valencia. P.83. citado en Kevin Villalobos “El Derecho Humano Al Libre Desarrollo De La Personalidad” Tesis de grado Universidad de Costa Rica. San Ramón 2012.p.63.

La capacidad de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.⁹⁶

Esto ha sido con el propósito de impedir que en algún momento las libertades humanas puedan ser sometidas a una literalidad taxativa que desconozca el constante crecimiento progresivo que experimentan los derechos humanos.

Si bien la Convención de 1961 obligaba a los estados a adoptar medidas legislativas para limitar el *uso* de las drogas a fines médicos y científicos⁹⁷, no se incluía al simple uso entre las ofensas como sí se hizo con la posesión, adquisición, distribución o la oferta para la venta⁹⁸, sin perjuicio de que cada estado podía tipificarlo si así lo decidía.

De hecho, el comentario oficial de la ONU en relación al artículo 36 de la Convención del '61 confirmaba esta distinción. Señalaría que:

El párrafo 1 no incluye el "uso". El artículo 36 tiene por objeto luchar contra el tráfico ilícito y el consumo no autorizado de drogas por parte de los adictos no constituye 'tráfico ilícito'. No puede haber ninguna duda de que los gobiernos pueden abstenerse de imponer pena de prisión en los casos de posesión de drogas para el consumo personal que tengan autorización previa. La posesión de drogas para la distribución sin dicha autorización debe, por el contrario, ser punible con pena de prisión u otras penas de privación de libertad.⁹⁹

⁹⁶ La corte concluye que “En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007.

⁹⁷ El artículo 4 de la convención de 1961 establece que: “Las Partes adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias: c) (...)para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, *el uso* y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos.” (la cursiva es mía)

⁹⁸ v. Artículo 36 núm.1, lit. a), Convención de 1961; Artículo 3, Convención de 1988.

⁹⁹ Organización de Naciones Unidas. *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs* 1961, New York. 1973. p. 428/7, 113/23. Citado en: *Illicit drug use in the EU: legislative approaches*. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. EMCDDA 2005.p. 6.

Sin embargo, frente al incremento del consumo de cocaína y heroína en los ochenta producto de la proliferación del crimen organizado y su violencia, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 estaría pensada en aumentar los esfuerzos de los estados para combatir principalmente la oferta de drogas y el crimen organizado.¹⁰⁰ Para esto, esta convención incluiría la posesión para uso personal como conducta delictiva a través de su artículo 3 el cual estipulaba que:

(...)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 sustancias sicotrópicas *para el consumo personal* en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.¹⁰¹

Esta contradicción suscitaría una serie de ambigüedades y discusiones al respecto que fueron tratadas a su vez por la propia ONU en su comentario del tratado y a su vez por cada país y la doctrina. La conclusión sería entender que los países signatarios estaban llamados a respetar el objeto del tratado cual era luchar contra el tráfico y no contra el uso per se, esto permitiría que cada estado pudiera decidir si la posesión, compra y cultivo para consumo personal debían ser consideradas como un crimen o no y establecer la clase de restricción según sus principios internos.¹⁰²

El Ecuador, país signatario de todos los tratados que han surgido en la materia, no estaría exento de cumplir este llamado por lo que en 1990 expediría su ley 108 de Sustancias Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas cuyo objetivo era “combatir y

¹⁰⁰ v. Preámbulo y texto Convención Contra el Narcotráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988.

¹⁰¹ v. Artículo 3 Convención Contra el Narcotráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988.

¹⁰² EMCDDA *Óp. cit.* p 6.

erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias”, entendiéndose por uso indebido todo aquel que no era terapéutico.¹⁰³

La ley impedía imponer penas privativas de libertad a las personas que se encontraran intoxicadas (Art.30) aunque sí establecía la obligación de que sean llevadas a centros de atención de salud.(art.28) Por otro lado, el artículo 62 de esta ley claramente señalaba que la tenencia era punible. Sin embargo no se había establecido una regla para diferenciar entre tenencia para consumo y tenencia para tráfico. La ley se limitada a señalar que todo uso no terapéutico consistía en uso indebido y los jueces presupondrían fácilmente que toda forma de posesión era una infracción al artículo 40. Por lo mismo, y en una evidente contradicción con el principio de inocencia y seguridad jurídica, prácticamente toda forma de tenencia pasó a ser considerada como un acto punible. De esta manera, si bien la ley no penalizaba directamente el consumo, y en vista de que el usuario no podía consumir sin poseer, se estaba indirectamente penalizando el consumo.¹⁰⁴

Una de las primeras reformas que trajo el COIP en la materia fue establecer a través del CONSEP, una escala de cantidades de droga para que los jueces (no la policía) puedan diferenciar la tenencia para consumo personal de la tenencia para tráfico. Al respecto el artículo 220 del COIP establece que: “la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible.”¹⁰⁵ De esta manera, toda tenencia que sobrepasare los límites fijados en el reglamento consistía de facto una infracción ya que el juez suponía automáticamente la tenencia para

¹⁰³ v. Arts. 1, 38, 39, Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Ley 108. R.O. 523 1990.

¹⁰⁴ Cabe señalar también que el artículo en cuestión tenía una definición muy amplia del concepto de tenencia en la medida que según el legislador era posible poseer algo sin tenerlo físicamente sobre uno mismo. v. Art.40 ley 108. R.O 523. 1990.

¹⁰⁵ v. Registro Oficial Suplemento 19 de 20 de Junio de 2013, página 2.

tráfico. El propósito de dichos cambios era armonizar el nuevo cuerpo legal con el artículo 364 de la Constitución, revisar las penas al tenor del principio de proporcionalidad y aliviar la carga carcelaria del país.¹⁰⁶

Hay que recalcar que esto no significó que el estado ecuatoriano pasó a permitir el consumo o a legalizar la droga como algunas personas creen, sino que lo toleró bajo la premisa condescendiente de que todos los consumidores de drogas eran unos enfermos. Por lo mismo, no se reguló la producción y venta según las nuevas cantidades para consumo personal, de tal manera que toda persona que comprara, vendiera o cultivara sustancias aún así sea en la escala mínima y para consumo personal podía ser sentenciado a prisión. El legislador creó un contrasentido y limbo jurídico por el cual los consumidores y adictos alternarían entre legalidad y punibilidad pues no es posible pretender que los consumidores obtengan como por arte de magia las sustancias que requieran sin cometer en algún momento una infracción penal ni siquiera para componentes naturales puesto que su aprehensión implica de alguna u otra forma un tipo de cultivo o cosecha. A su vez los consumidores debían probar que eran adictos ya que la ley presumiría que de no serlos, eran traficantes. Más adelante abordaremos en las implicaciones jurídicas al respecto, pero por el momento nótese que tanto el prohibicionismo como ciertos modelos de reducción del daño como el que tiene Ecuador hoy en día impiden que las personas puedan libremente consumir estupefacientes.

Cuando consideramos el consumo recreativo de estupefacientes como un acto de disposición de la persona sobre su cuerpo y consciencia, observamos que la

¹⁰⁶ 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. ...” Constitución de la República del Ecuador 2008. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

prohibición del mismo consiste en una limitación al libre desarrollo de la personalidad al restringirle su capacidad de tomar decisiones libres respecto de su salud así como una restricción del derecho a la intimidad personal. Cuando se considera incluso eventuales usos religiosos o espirituales que pueden tener algunas sustancias, dicha restricción estaría restringiendo además el derecho a la libertad de conciencia y de religión como un elemento de la integridad moral de las personas. Por último si bien en teoría el sistema prohibitivo no debería impedir los usos medicinales de las drogas, actualmente no es curioso encontrar anacronismos científicos en la clasificación de la ONU al respecto y justamente uno de los primeros avances en materia de reforma de drogas ha sido poner el descubierto ciertas contradicciones que veremos más adelante.

2.1.3. ¿Qué bienes jurídicos se intentan proteger?

Ahora bien, como la propia Constitución lo indica, el libre desarrollo de la personalidad es susceptible de ser limitado. La racionalidad de esto obedece a un fin puramente pragmático. Repensemos en este *Hombre de Vitruvio* y situémoslo en el medio de 7 billones de seres como él y nos damos cuenta que la libertad del individuo es la misma razón por la cual surge la necesidad de limitarla.¹⁰⁷ Dejando de lado las críticas que merece el antropocentrismo en un planeta donde se estiman coexistir 8.74

¹⁰⁷ De hecho, cuando la libertad de las personas y la identidad de los pueblos se usó desmesuradamente para legitimar conquistas, guerras, genocidios, esclavitud y monopolios muchos desconfiaron rápidamente en la capacidad de este sistema en auto regularse. En efecto, si bien el dualismo entre libertad e igualdad produce una relación perfectamente equilibrada en un mundo donde dos fuerzas exactas opuestas coexisten, la realidad demuestra que existen ciertas alteraciones en las relaciones de poder que imposibilitan a las personas hacer valer sus derechos en el mismo pie de igualdad en que lo harían en una relación perfectamente equilibrada. Estos abusos revelaron la necesidad de imponer ciertas restricciones a los derechos llevando incluso a algunos a considerar que el reconocimiento de ciertos derechos individuales como la propiedad privada era incompatible con el bienestar colectivo. De esta manera, si el sacrificio de un derecho personal se realizaba con el fin de hacer prevalecer un interés social, esto se justificaba bajo principios democráticos. Sin embargo, la excesiva y desmesurada restricción a derechos so pretexto de responder al interés común pronto sería utilizada como mecanismo de control por regímenes autoritarios para caer en los mismos abusos que intentaban supuestamente resolver y prevenir. Si además consideramos la obstinación y fanatismo con el cual liberales y socialistas defenderían sus ideales a lo largo del siglo XX, terminamos por develar el alcance de la insensatez humana en su máxima expresión. (comentario personal)

millones de especies vivas,¹⁰⁸ la visión humanista y liberal del ser humano afronta un evidente reto al momento de regular su vida social. Por estas razones se vuelve necesario entender que “los derechos fundamentales son esencialmente relativos y son susceptibles de ser razonablemente regulados”.¹⁰⁹ Al respecto la propia Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su famoso artículo 29.9 que:

1.Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2.En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.¹¹⁰

Relacionando esto con el tema, de manera general, las normas en materia de drogas parten todas de la premisa que la toxicomanía es una enfermedad grave para la integridad física y moral de las personas que se expande pandémicamente. Esto sirvió de base para considerar que las drogas ilegales en sí mismas representaban un riesgo y que era necesario erradicarlas de la faz del planeta. Por ejemplo el preámbulo de la Convención de 1961 empieza por reconocer la preocupación de los estados por “la *salud* física y *moral* de la humanidad.” También reconoce que la toxicomanía “constituye un *mal* grave para el individuo y entraña un *peligro* social y económico para la humanidad.” A su vez, el preámbulo de la Convención del 1988, considera que “la demanda y tráfico ilícitos de drogas representan una grave amenaza para *la salud* y

¹⁰⁸ Uno de los grandes retos que afronta el ser humano en este siglo es abandonar el antropocentrismo con el fin de reconocer que no está solo en el universo y que por lo mismo no puede pretender gobernar un planeta y mucho menos en base a su interés egoísta. Tim Wall. “8.74 Million Species on Earth”. *Plants*. Discovery news. 23/08/2011. <http://news.discovery.com/earth/plants/874-million-species-on-earth-110823.htm>

¹⁰⁹ Mónica Pinto. *El principio Pro Homine. Criterios Hermenéuticos y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos*. p.165.

¹¹⁰ Este mismo principio se recoge en otros instrumento internacionales v. Artículo 22 inc. 3 del Pacto de San José de Costa Rica; Artículos 12 inc. 3, 14, 19 inc. 31 b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

el *bienestar* de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad.” Muy parecida es la declaración política del 17mo periodo extraordinario de sesiones de la asamblea general de las Naciones Unidas de 1990 la cual haciendo una alusión casi apocalíptica consideró que las sustancias en cuestión son “una grave y persistente amenaza para la *salud* y el *bienestar* de la humanidad, la estabilidad de los países, las estructuras políticas, económicas, sociales y culturales de todas las sociedades y las vidas y la *dignidad* de millones de humanos.” A su vez la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas estipulaba en su artículo 1 que el objetivo de la misma era “*proteger* a la comunidad de los *peligros* que dimanen de estas actividades”, y, el Código Integral Penal reúne a las normas en la materia en el capítulo de los delitos contra el buen vivir y específicamente bajo la sección de delitos contra la *salud* de las personas. Como si no fuera poco la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición no ha disputado la idea de que el narcotráfico sea un delito de lesa humanidad y afirmado que “es obligación del Estado garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes, promueve e impulsa el narcotráfico”.¹¹¹

El ímpetu prohibicionista no presagiaría las dificultades que generaría su falta de técnica jurídica al considerar un abanico tan extenso y difuso de bienes jurídicamente protegidos, pero vemos que la prohibición penal se reduce de manera general a la

¹¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia No. 002-10-SCN-CC del 14 de febrero del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159 del 26 de marzo del 2010, ha señalado sobre el tema que: “delitos de narcotráfico, que por sus connotaciones negativas han sido catalogados como delitos de lesa humanidad, lo cual ha promovido a nivel internacional la adopción de medidas jurídicas, entre otras, con el fin de evitar en alguna medida su propagación. Esto precisamente, exige de la Corte Constitucional, en salvaguarda del interés general y el buen vivir que establece en el numeral 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador.(...) En definitiva, es obligación del Estado garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes, promueve e impulsa el narcotráfico...’.” Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia No. 001-12-SCN-CC de 05 de enero del 2012, dictada en el caso No. 0023-09-CN

protección de conceptos como son la integridad física y moral, la salud pública, la seguridad, el orden público e incluso la moral en un sentido amplio.

Nuestra Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a la salud¹¹² cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el *buen vivir*.¹¹³ Así mismo establece que es deber primordial del estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular(...) la salud.”¹¹⁴ Este derecho está a su vez reconocido en varios instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador y que forman parte del ordenamiento jurídico interno.¹¹⁵ La Organización Mundial de la Salud ha tenido el acierto de distinguir que la salud no se limita a “estar sano” considerando que la salud debe ser periódicamente progresiva incentivando a los

¹¹² Artículo 3 numeral 1 y artículo 32. Constitución de la República del Ecuador.

¹¹³ Su entrada en la enciclopedia libre aduce que: “El “Buen Vivir” toma su terminología *Sumak Kawsay* de la cosmovisión ancestral *kichwa* de la vida. Según sus proponentes está presente de forma similar entre los aymará como *suma qamaña* y entre los guaraníes como *teko porâ* o *teko kavi*. En su significado quechua original, *sumak* hace referencia a la realización ideal y hermosa del planeta, mientras que *kawsay* significa “vida”, una vida digna, en plenitud. El “*sumak kawsay*” ancestral considera a las personas como un elemento de la Pachamama o “Madre Tierra” (madre mundo). Así, a diferencia de otros paradigmas el *buen vivir* moderno, inspirado en la tradición indígena, buscaría el equilibrio con la naturaleza en la satisfacción de las necesidades (“tomar solo lo necesario” con vocación para perdurar), sobre el mero crecimiento económico. Sin embargo varios académicos críticos, como Ileana Almeida, Luis Tuaza, y Andrés Ortiz Lemos, han planteado que el concepto de *sumak kawsay* no corresponde a una propuesta indígena ancestral sino que es una estrategia discursiva creada para legitimar el proyecto político de Rafael Correa. Andrés Ortiz Lemos. Plan V. 18 de noviembre del 2014 <http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/la-desnudez-del-sumak-kawsay>

¹¹⁴ Artículo 3 numeral 1. Constitución de la República del Ecuador

¹¹⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) protege “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (Artículo 12), y el Protocolo de San Salvador de la Organización de los Estados Americanos (OEA) protege “el derecho a la salud” (Artículo 10). De igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre protege el “derecho a la preservación de la salud y al bienestar”.

estados a participar activamente para que las personas disfruten del más alto nivel posible de salud.¹¹⁶

Por otro lado cabe señalar que la Constitución también impone como deber primordial al estado “garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.”¹¹⁷ Tanto así que encomienda a la función ejecutiva la atribución para “velar por el mantenimiento de la soberanía, de la independencia del Estado, del orden interno y de la seguridad pública, y ejercer la dirección política de la defensa nacional.”¹¹⁸ El mandato no se limita a las funciones del estado, la misma constitución establece como deber y responsabilidad de los ecuatorianos a “colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad.”¹¹⁹ □

Por otro lado, a pesar de que el diccionario de la real academia define a la moral como aquello que no concierne al ordenamiento jurídico y sólo responde al fuero interno o al respeto humano¹²⁰, la *integridad moral* definida como el derecho de las personas a vivir según sus convicciones propias libres de injerencias externas, ha sido reconocido en nuestra Carta Magna así como en varios instrumentos internacionales como un elemento de la *integridad personal*.¹²¹ Sin embargo, la moral *latu sensu*, el

¹¹⁶ La Constitución de la Organización Mundial para la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948; http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

¹¹⁷ Art.3 núm.8

¹¹⁸ Art.147 núm.17

¹¹⁹ Art.83 núm.4.

¹²⁰ Moral.(Del lat. *morālis*).3. adj. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. P.ej. “Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo”. RAE internet: <http://dle.rae.es/?w=moral&o=h>

¹²¹ v. Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5), Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados (artículo 4). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 7) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1968 (artículo 5) Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes de 1987.

orden público, la seguridad pública, la salud pública y el bienestar común, pueden ser reconocidos como derechos colectivos y como conceptos jurídicos indeterminados usados como límites al ejercicio de los derechos y libertades individuales en aras al interés general. Incluso dentro del campo de la acción privada, el legislador ha estimado que el orden público y las buenas costumbres son elementos necesarios para determinar la licitud de la causa de las obligaciones.

Estos derechos han creado lo que Diego Camaño denomina “estado terapéutico”, el cual según la legislación uruguaya se vale de la obligación constitucional que tiene ese estado en procurar “el perfeccionamiento físico, moral, social y de todos los habitantes del país” así como la obligación de combatir los vicios sociales.¹²² Ciertamente la pregunta no gira en torno a saber si el estado está facultado o no a intervenir en la vida social para garantizar la salud y el orden, sino saber si esta intervención es merecedora o no de un acercamiento penal.

¹²² Constitución Uruguaya artículos 44 y 47. Citados en Diego Camaño Viera. “Legislación anti-drogas; ¿Una amenaza para el estado de derecho?”. en Jorge Vicente Paladines; Juan Pablo Viteri, (Ed) *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.p.77

2.2. El conflicto desde la perspectiva de los derechos humanos.

Fundamental y utópicamente la lógica detrás del prohibicionismo gira entorno a la idea de que en un mundo donde no existan drogas es imposible su abuso, por lo mismo imposible su adicción. Esta utopía también puede verse desde el lado de la demanda. De hecho, en cierto momento la Corte Suprema Argentina llegaría incluso a considerar que: “si no existieran usuarios o consumidores no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto...Lo cual conduce a afirmar que si no hubiera interesados en drogas no habría tráfico ilícito”.¹²³ Precisamente por estas razones no es curioso notar que la legislación en materia de drogas haya prohibido tanto el consumo como la venta y producción. De hecho, la principal estrategia del prohibicionismo ha sido intentar reducir la cantidad de drogas y aumentar el costo de las mismas para que estas sean más difíciles de obtener, y, cada vez que las autoridades logran decomisar una cantidad importante de narcóticos, no falta quienes hacen alarde de que la guerra contra las drogas cumple con sus resultados.

Más adelante intentaremos verificar si esta estrategia ha sido eficaz, pero en lo que al derecho corresponde de manera *ex ante*, los fines deontológicos de la prohibición han permitido *prima facie* legitimar el uso de la fuerza para velar por los derechos de las personas. Uno de los argumentos jurídicos que respalda el prohibicionismo es que la Ley no puede por un lado pretender proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales como la salud o la vida, y al mismo tiempo permitir por el otro comportamientos lesivos a los mismos. Hemos considerado que los peligros inherentes al uso de drogas ilegales son inevitables y sus consecuencias tan nocivas, que desechamos la posibilidad de que la población pueda en algún momento medir su moderación en su

¹²³ Caso Collavini. Corte Suprema de Justicia Argentina, 1978. Citado en Elías Neuman. “La legalización de las drogas frente a los estereotipos y la victimización”. *Entre el control social y los derechos humanos...* *Op. cit.* p.133.

uso. Considerando las dependencias como “patrones desadaptativos de consumo que conllevan a un deterioro o malestar clínicamente significativos”¹²⁴ hemos legitimado la intervención estatal para solventar la salud, la paz y el orden.

En principio, toda norma de carácter general promulgada por un órgano legislativo con representatividad democrática adquiere *legitimación democrática* en la medida que se entiende que dicha norma es una declaración de voluntad soberana del constituyente, lo que algunos autores denominan la *mera legalidad o validez formal* de la norma. Esto fue característico del positivismo jurídico y la teoría pura del derecho Kelseniano por la cual la legitimidad de la norma se reducía a la verificación de la legalidad formal, la aplicación de la norma a la subsunción, y los conflictos entre normas no podían ser otros más que aquellos propios a las antinomias.¹²⁵

Sin embargo, conforme la interpretación constitucional empezaría a incorporar el desarrollo y prevalencia de los derechos humanos como ejes transversales en las constituciones actuales, la legitimidad jurídica debía ahora responder a toda una serie de reglas y principios rectores que serían acoplados con el propósito de ampliar el ámbito de protección y reconocimiento de las constituciones así como limitar y regular las intervenciones arbitrarias del poder. En vista de que la función primordial de los estados sería incorporar de manera transversal los derechos humanos, el juez constitucional debía manejar ahora un *bloque de constitucionalidad* para determinar con exactitud el alcance y límites de los derechos de las personas fundamentándose en

¹²⁴ Definición de dependencia según el DSM-IV *Diagnosis statistical manual*, American Psychiatric Association. Barcelona: Masson, 1995. Citado en: Valleur, Marc y Matysiak, Jean Claude. *Las nuevas adicciones del siglo XXI, sexo, pasión y videojuegos*. Barcelona: Paidós Controversias, 2005.

¹²⁵ Ramiro Ávila Santamaría (Ed.) *Neo-constitucionalismo y sociedad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 2008. p.314.

principios y normas que no estaban propiamente señalados en los textos constitucionales.

Al respecto Rodrigo Uprimny, señala que:

Es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Así, los casos más evidentes son aquellos en donde una constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas.¹²⁶

La importancia que trajo el neo-constitucionalismo en sociedades democráticas liberales radica en la positivización y prevalencia interpretativa que ganaron las normas y principios fundamentales como ejes transversales de las sociedades democráticas permitiendo que “las constituciones sean más dinámicas y se adapten a los cambios históricos, facultando a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional”.¹²⁷ Este fenómeno sería particularmente fuerte en naciones como la nuestra cuyos gobiernos usarían políticamente el neo-constitucionalismo para promover el garantismo fundamentado en un concepto de estado social democrático constitucional de derechos y justicia. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad llevaría a reconsiderar principios fundamentales que se habían desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos y que empezarían a

¹²⁶ Rodrigo Uprimny. *El bloque constitucional en Colombia, análisis jurisprudencial* Bogotá, 2001. □p.3.

¹²⁷ Uprimny. *El bloque de... óp. cit.* p. 4. El propio código integral penal reconoce en su artículo 2 que: “En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos...” COIP. Art.-2.

integrarse de manera positiva en las legislaciones locales y a aplicarse progresivamente por la jurisprudencia.¹²⁸

Uno de estos principios es el llamado principio *pro homine*. Este principio, que bajo su forma hermenéutica significa recurrir “a la aplicación de la norma más amplia, a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y a su vez a la norma o interpretación menos restrictiva cuando se trata de restringirlos”¹²⁹; tiene su origen en el estado moderno liberal en el cual las personas nacen libres de realizar todo aquello que no vulnere los derechos ajenos. Nuestra legislación reconoce dicho principio como pauta hermenéutica para la interpretación constitucional al afirmar que:

Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.¹³⁰

¹²⁸ Santamaría afirma que: “Este movimiento surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones de posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del Estado la promoción y protección de derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del Estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo.” Algunos afirman que el neoconstitucionalismo no haría nada más que reafirmar normas y principios fundamentales del derecho indicando que los deberes garantistas del estado siempre fueron parte del Estado de Derecho en sociedades democráticas mientras que otros críticos aseguran que dicha evolución revitalizaría los valores democráticos de las sociedades al materializar principios inertes del derecho que no podían usarse en el positivismo a menos que hayan sido expresamente reconocidos como tales. Independientemente de cómo se mire este reconocimiento, para nuestro análisis en cuestión resulta provechoso notar que el Estado ecuatoriano ha establecido en su Constitución que es su deber primordial velar por la salud de las personas. Si bien reconoce también el derecho a las personas a tomar decisiones libre sobre su salud, dicha particularidad no está expresada para este derecho. El reconocimiento del estado social democrático toma relevancia al tratar de definir los principios rectores que rigen la gobernanza de las sociedades modernas y al momento de defender intervenciones paternalistas por parte del estado. □ Santamaría. *El principio de.... Op. cit.* p.309 Para más información *vid.* Ramiro Ávila Santamaría (Ed.) *Neo-constitucionalismo y sociedad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 2008. Para una justificación liberal del estado social de derecho *vid.* Ernesto Garzón Valdés.: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *DOXA* 5, 1988. p. 155-173. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf

¹²⁹ Pinto. *Op. cit.* 163.

¹³⁰ Art.11 núm. 5 Constitución del Ecuador. Art.2 núm.1 y Artículo 3 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Cabe señalar que este principio no sólo cumple un propósito hermenéutico sino que rige transversalmente el objetivo de los derechos fundamentales y las constituciones actuales cual es estar siempre a favor de la persona. Tal es así, que este principio refleja una característica esencial de las sociedades democráticas modernas cual es el hecho de que lo permitido sea la regla y lo prohibido sea la excepción, es decir que las intervenciones del estado en la vida privada se rijan a su vez por el principio de mínima intervención y justa necesidad.¹³¹ Como lo ha dicho la Corte IDH:

En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.¹³²

Juristas de la talla de Zaffaroni comentarían que:

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, más pretextos tendrá para criminalizar a quien se le ocurra y para vigilar al resto.¹³³

El propio código integral penal reconoce en su artículo 3 que “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea *estrictamente necesaria* para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”(las cursivas son mías)

Este principio influyó enormemente la corriente penal. Históricamente hemos ido abandonando las tesis absolutistas y retributivas que consideraban a la pena como un mecanismo de purificación y retribución social del dolor para ir abrazando tesis relativas en base a los fines funcionales de la misma. Esto se explica en gran parte por

¹³¹ Artículo, 83, 195 Constitución del Ecuador. Artículo 5 *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* 1789. El COIP establece en su expresión de motivos que: “El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.”

¹³² CIDH Sentencia caso Kimmel vs Argentina. Párr.76

¹³³ Eugenio Zaffaroni et. al. *Manual de derecho penal . Parte general*. Buenos aires: Ediar, 2005. citado en: Paladines , J. (Ed.) *Entre el control social y los Derechos Humanos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.p.244.

la paulatina importancia que fuimos atribuyendo al bien jurídico “vida” y “libertad”, y, en parte por la gravedad asociada al daño que causa la pena para el individuo y en general para la sociedad.

Esta evolución implicó hacer un reparo sobre la justificación de la pena en base a la prevalencia de la dignidad y pluralidad humana así como la necesidad de medir la eficacia que tienen las normas frente a sus objetivos. Por ejemplo nuestra ley orgánica de garantías constitucionales y control constitucional establece que “las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.”¹³⁴ De esta manera pasamos a relativizar el uso de la pena según sus *finés funcionales* considerando que la misma debe disuadir, proteger y rehabilitar.¹³⁵

La disuasión tiene que ver con la dualidad entre lo que Kelsen denominó como norma primaria y norma secundaria del derecho. La primera consiste en el reproche que la ley hace de cierto comportamiento que estima nocivo. En oposición a la primera, la norma secundaria consiste en el deber de la conducta que es debida e incentivada, lo que algunos autores denominan deber moral o superior de la norma, en oposición al deber formal.¹³⁶

El desarrollo de los derechos humanos implicó reconocer que si bien la norma primaria permitía amenazar la libertad de las personas con un propósito disuasivo, la norma secundaria debía reconocer la diversidad humana en todas sus formas por lo que el deber moral o superior de la norma no podía obedecer más que a los fines funcionales de la pena. Por lo mismo, el derecho penal pasó a definirse como un orden de convivencia pacífica a través de la interferencia necesaria, mínima y proporcional

¹³⁴ Art. 3. Núm. 6. LOGJCC.

¹³⁵ Uprimny. *Drogas, derecho... Óp. cit.* p. 2.

¹³⁶ Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho penal liberal de hoy, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002. p.167.

en los comportamientos entre personas en aras a la cohesión social y ya no como un mecanismo de retribución del dolor fundado en el perfeccionamiento moral y espiritual del hombre.¹³⁷

La otra implicación de este principio consistió en reconocer que la pena cumple un fin protector y rehabilitador. El aislamiento pasó a tener un doble propósito. Por un lado permitía proteger a la comunidad de actos delictivos impidiendo la recurrencia o prolongación del delito en el tiempo y espacio. Por otro, permitía proteger al autor del delito de eventuales abusos sometiéndolo a un proceso dotado de garantías judiciales que velen por su integridad y trato justo.

En cuanto al fin rehabilitador, se abandonó el castigo como mecanismo de purificación y perdón, se pasó a considerar que la mera sanción, si bien cumplía una función simbólica disuasiva y de contención, no podía pretender rehabilitar a las personas mediante la sola aflicción de un dolor. Esto incentivó a muchos países a cambiar drásticamente sus sistemas carcelarios en centros de rehabilitación social. Mucho tuvo que ver la influencia de las ciencias sociales y sobre todo el despertar de la criminología para focalizar las políticas de seguridad ciudadana en la prevención y atención social. Al fin y al cabo el “estado policial”, no hacía nada más que otorgar una falsa sensación de seguridad que apaciguaba la neurosis colectiva producto de la prostitución mediática de la violencia y el crimen.¹³⁸

Tal trascendencia tuvo este principio, que pasó a formar parte de la gobernanza de las naciones. Por ejemplo, no es de extrañarse encontrar hoy en día consideraciones respecto al tema como aquella realizada por el Parlamento Canadiense el cual, al momento de revisar el estado jurídico del cannabis, empezó por afirmar que:

¹³⁷ Carrasquilla, *Óp.cit.* p.168.

¹³⁸ v. Salamea, C. Seguridad Pública vs. Inseguridad ciudadana. Prefacio. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2012.

Retenemos como principio rector de la gobernanza que el conjunto de mecanismos del Estado debe concurrir a facilitar la acción humana en todas sus diversidades y particularmente los procesos que permitan agenciar la gobernanza individual con la gobernanza colectiva.¹³⁹

Tenida cuenta de esta evolución en la dogmática penal, para que el legislador pueda hoy en día prohibir un comportamiento con la imposición de una pena, su decisión debe reunir ciertos requisitos de forma y fondo que la ley, jurisprudencia¹⁴⁰ y doctrina han venido desarrollando. Estos requisitos suponen la verificación del examen de proporcionalidad el cual implica que dicha restricción: persiga un fin constitucionalmente legítimo, constituya un medio idóneo para alcanzarlo, sea razonable al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad, y, exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa y en sentido estricto que exista proporción entre el daño y las sanciones o restricciones en cuestión.

La Corte IDH en su opinión consultiva 5/85 ha señalado que:

En el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la 'existencia de una necesidad social imperiosa', es decir, debe estar orientada 'a satisfacer un interés público imperativo'; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo 'debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido', y (iii) la restricción debe ser 'proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo'. Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción.

¹³⁹ *Le cannabis: positions pour un régime de politique publique pour le Canada* Rapport du Comité Spécial du Sénat sur les Drogues illicites Volume 1 : parties I et II. Chapitre 3. "Le role de la gouvernance". La cita textual dice: Nous retenons donc comme principe directeur pour la gouvernance que l'ensemble des dispositifs de l'État doit concourir à faciliter l'action humaine, et notamment les processus permettant de construire l'agencement entre le gouvernement collectif et le gouvernement de soi. (La traducción es mía) .

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva Oc-5/85 Del 13 De Noviembre De 1985. La Colegiación Obligatoria De Periodistas http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf citado en José Ignacio Rainer Arnold, et al. "El Principio De Proporcionalidad En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional." *Estudios constitucionales* vol.10 no.1 Santiago 2012. Sección III.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador estipula que:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas,...., se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.¹⁴¹

Sin embargo, si bien estos requisitos ofrecen una metodología de ponderación más objetiva, no hay que dejar de lado que la interpretación constitucional no puede contar con un sistema que ofrezca una solución perfecta para cada caso, ni siquiera tomando el sistema de ponderación de Robert Alexy,¹⁴² ya que las disposiciones constitucionales que recogen estos principios y reglas sobre los cuales reposan dicha interpretación suelen ser indeterminadas y muchas veces relativas. Esto sucede cuando el legislador se remite a conceptos jurídicos indeterminados como son el buen vivir, el orden público, la salud pública, la moral y las buenas costumbres. Esto no refleja una falta de técnica legislativa sino que para algunos reconoce la indeterminación como instrumento para el debate político y social. Por ejemplo como lo comenta Carlos Bernal Pulido:

La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. (...)En la práctica, ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que, de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios. A ello debe aunarse que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia, tampoco sería deseable que existiese un sistema jurídico que garantizase una perfecta objetividad. En una sociedad que dispusiese de un catálogo de principios constitucionales y legales totalmente

¹⁴¹ Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional. Art. 3. Registro Oficial Suplemento 52 publicado el 22 de octubre 2009.

¹⁴² Alexy hacía extensivo el principio de proporcionalidad como mecanismo para dirimir conflictos entre normas basándose en la ponderación. Este mecanismo consiste en hacer una distinción entre reglas y principios y pretende resolver el conflicto según se trate de una colisión entre reglas o entre principios. Para el primero el conflicto se resolvía estableciendo una excepción a una regla y hacer prevalecer una en vez de la otra. Para el segundo tipo de conflicto, es decir entre principios, el mecanismo consiste en determinar qué principio debe prevalecer por encima del otro. Este mecanismo presenta evidentes problemas al momento de realizar el juicio de valor. Para más información v. José Ignacio Rainer, et al. "El Principio De Proporcionalidad" *Óp. cit.* Sección III.

determinados, que además estuviesen revestidos de un “efecto de irradiación” sobre todo el ordenamiento jurídico, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política.¹⁴³

En este punto se vuelve pertinente notar que la ex corte constitucional para el periodo de transición ya se ha pronunciado sobre la legitimidad del delito de narcotráfico y ha señalado que:

Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito (narcotráfico) responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio *pro legislatore*.¹⁴⁴

El análisis de la corte pretende determinar la legitimidad del delito de narcotráfico, el cual a primera vista parecería merecer un análisis diferente del análisis de la legitimidad del consumo por la premisa fundamental de que en un caso se tipifica un acto que causaría un daño a terceros mientras que en el otro se trataría de un daño auto referente. Sin embargo a pesar del criticable razonamiento de la corte para defender la tipicidad abierta de la prohibición del narcotráfico en base al principio *pro legislatore*, nótese que el análisis de la corte gira en torno a determinar si la medida en cuestión “limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita” y cómo estos actos afectan a la salud pública. Es decir que al analizar la legitimidad del tráfico de drogas se está haciendo un reparo sobre la lesividad de una conducta que usa

¹⁴³ Carlos Bernal. “La racionalidad de la ponderación.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell, (Ed). Ministerio de justicia y derechos humanos. Quito, 2008. P. 48-49. Si bien no comparto enteramente lo dicho por el autor, es evidente que el legislador no puede hacer de rol de juez intentando prever todo conflicto de derechos que pueda surgir. Además la indeterminación puede ser vista ya sea como un mecanismo por el cual los jueces pueden usar una interpretación más favorable o bien como un mecanismo de discrecionalidad abusiva como es el caso de la discusión sobre la noción del interés superior del niño. v Simon, Farith. “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” Tesis Doctoral Universidad de Salamanca. 2014.

¹⁴⁴ Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia No. 006-12-SCN-CC, dictada el 19 de enero del 2012, en el caso 0015-11-CN.

el mismo objeto para causar un daño al mismo bien jurídico protegido de la misma manera en que lo haría el consumo. Esto es sumamente interesante y explica porqué muchos de los defensores de la despenalización del consumo parecen escucharse como defensores del narcotráfico. De hecho, habría sido imposible para la industria tabaquera desconocer este argumento para justificar la venta de su producto. Además, cuando se pretenda determinar si la prohibición del consumo es eficaz y proporcional, no se podrá desconocer los efectos secundarios que la prohibición del consumo genera y que son en cambio efectos primarios de la prohibición del narcotráfico. La diferencia claro está en que los argumentos que se utilicen para defender la legitimidad del consumo no implican legitimar la producción y venta de drogas, aunque esta última no pueda lograrse sin la primera.

2.3. El principio de Legalidad

El primer requisito de forma permite pasar el filtro de legalidad que deben cumplir todos los actos del poder público al establecer que toda disposición legal debe promulgarse previamente por escrito y mediante el instrumento legal pertinente. Justamente el principio de legalidad pretende “garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal forma que se sepa con antelación a los hechos qué conductas están prohibidas, cuáles son las penas y quiénes son las autoridades encargadas de imponerlas.”¹⁴⁵ Nuestra constitución así lo ha contemplado y expresamente señala que se requerirá de ley para “regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales así como para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.”¹⁴⁶ La norma penal promulgada debe ser *accesible* a sus ciudadanos, esto es “que el ciudadano deba tener una clara indicación de qué normas rigen para qué

¹⁴⁵ Ramiro Santamaría. *El Principio de proporcionalidad... óp. cit.* p.322.

¹⁴⁶ Artículo 132. Núm. 1,2. Constitución de la República del Ecuador. 2008

caso y que estas sean formuladas con la suficiente claridad y precisión como para permitirle regular su conducta.”¹⁴⁷ El principio de legalidad tiene especial importancia en el derecho penal ya que el marco legal debe brindar la mayor seguridad jurídica al ciudadano. Así, las normas penales deben formularse expresa, precisa, taxativa y previamente.

Al respecto la CIDH a dicho al respecto que :

En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

De manera general, las leyes penales en materia de drogas tratan de ser lo más amplias posibles en cuanto a sus verbos rectores y elementos normativos. Existen legislaciones que reúnen extensas definiciones y varios verbos rectores en sus tipos penales. Uno pensaría que el legislador cree que entre más comportamientos tipifica, más derechos protege. La verdad es que solamente revela su interés particular en paliar los efectos del narcotráfico y evidencia una falta de técnica legislativa.¹⁴⁸

Por ejemplo la ley 108 expedida en 1990, haría especial énfasis en la prohibición del cannabis y cocaína, tanto así que consideraría punible la posesión de cualquier “parte de la planta de cannabis” sea esta su raíz, tallo, hoja e inclusive hasta las semillas.¹⁴⁹ Por otro lado, para definir lo que se entendía por cannabis, la ley se remitía

¹⁴⁷ Caso Sunday Times, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia 26 de abril 1979. Serie A. V.30, prr.49. citado en Mónica Pinto. *Óp. cit.* p. 167.

¹⁴⁸ Eugenio Zaffaroni “La legislación anti-droga latinoamericana...” citado en: “*Entre el control social...*” *Óp. cit.* p. 6

¹⁴⁹ El artículo 38 de la ley referida estipulaba que: “...Asimismo, será prohibida la recolección, almacenamiento, transporte o utilización de esas plantas o *partes de ellas*, o cualquier forma de explotación.”

a lo dispuesto por la normativa internacional la cual definía al cannabis como las sumidades floridas de la planta, es decir a lo que coloquialmente se refiere como “cogollo” que no es más que los pistilos florecidos de la planta que se llenan de una resina que es la que contiene los componentes psicoactivos. El espíritu de la convención de 1961 era permitir el uso industrial del cáñamo. Por ejemplo la Unión Europea permitiría el uso y producción del mismo siempre y cuando su índice de THC-9 no superare el 0,2%.¹⁵⁰ Al respecto hay que recalcar que fuera de su efecto psicoactivo la planta de cannabis tiene docenas de aplicaciones entre sus usos industriales, médicos y alimenticios por lo que se la considera como la fibra natural más versátil que conoce el ser humano. Una hectárea de cáñamo rinde en promedio de 2 a 3 veces más que una hectárea de algodón o que cualquier árbol papelerero y produce tal cantidad de biomasa que tiene el potencial para ser usado como una fuente alternativa de bio-combustible a nivel mundial.¹⁵¹

Sin embargo, no es hasta que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se reformaría 14 años después que la definición ecuatoriana de cannabis desaparecería y pasaría a ser aquella recogida por las convenciones.¹⁵² Antes de esto, debido a esta exagerada “precisión” del legislador y al aparente desconocimiento del principio de lesividad, toda persona que fuera encontrada con una hoja, semilla, tallo o inclusive una planta entera sin florecer que no tenían propiedades psicoactivas podía recibir una pena de hasta 16 años de cárcel.

¹⁵⁰ *Illicit drug use in the EU: legislative approaches*. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. 2005. p10.

¹⁵¹ V. Roulac, J. W. *Hemp horizons: the comeback of the world's most promising plant*. Chelsea Green Publishing Company. USA, 1997. Hemp Basics. Natural Hems products. “General Hemp Information General Hemp Information, Uses, Facts” <http://www.hempbasics.com/shop/hemp-information>

¹⁵² Cabe recalcar que hoy en día el cáñamo tiene partida arancelaria en Ecuador y su industria crece enormemente en otros países que lo usan en el sector textilero, papelerero y de la construcción.

Además, la vasta cantidad de verbos rectores que aun prevalecen en las disposiciones del código actual sentaría las bases para que en septiembre de 2015, la Corte Nacional de Justicia, haciendo uso de su potestad de sentar precedentes obligatorios frente a fallos de casación de triple reiteración, decida interpretar que el concurso real de delitos para casos de narcotráfico amerite considerar a cada verbo rector según cada sustancia como un núcleo de una acción típica independiente y diferenciada.¹⁵³ Esto permitió acumular las penas según lo dispuesto por el artículo 55 del COIP de tal manera que los autores de delitos de narcotráfico podían ser sentenciados varias veces por el mismo artículo y por diferentes drogas hasta un máximo de 40 años.

El razonamiento de la corte consideró que cada tipo de sustancia representaba un daño diferente para la sociedad y que a su vez cada acto ya sea preparativo o definitivo en el *iter criminis* creaba un nexo causal directo e independiente con este daño. Lo que se hizo fue una desagregación y descomposición de la cadena de distribución según la cual cada acto pasó a ser considerado como un núcleo independiente multiplicando el número de verbos rectores por el tipo de sustancias. Sin embargo, realizada esta desagregación del daño no se haría una distinción proporcional del daño según cada acción sino que se usarían las cantidades para determinar la proporcionalidad de las penas. El razonamiento de la corte se vence a si mismo ya que siguiendo este orden de ideas lo lógico hubiera sido que si la corte estimaba que cada acto causaba un daño independiente a la salud o seguridad de las personas, cada comportamiento debía ser graduado diferentemente y tratado como un delito autónomo en su escala de

¹⁵³Corte Nacional De Justicia Precedente Jurisprudencial Resolución No. 12-2015 □ Suplemento Del Registro Oficial No. 592 De 22 De Septiembre De 2015.

peligrosidad ya que de no hacerlo se estaría diciendo que los mismos actos producían el mismo daño y por consecuente refutándose la premisa sobre la cual partía.

Hay que denunciar la inseguridad jurídica que representa que una persona pueda ser imputada separadamente por que “oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico”.¹⁵⁴ Dicha distinción compromete seriamente el principio de legalidad y seguridad jurídica ya que crea un marco jurídico por el cual una persona pueda ser condenada dos veces por el mismo resultado y por los mismos actos contraviniendo la disposición constitucional expresa que impide juzgar a una persona más de una vez por el mismo hecho. Además tal diversidad de verbos rectores implica reconocer como delitos principales comportamientos que propiamente hacen parte de la tentativa y preparación o que corresponden a grados de participación secundarios de tal manera que se vulnera otro principio fundamental cual es el de proporcionalidad. Al respecto Eugenio Zaffaroni ya había señalado en 2009 que:

Además de la insólita extensión de la punibilidad que implica esta técnica,... esta es una clara característica del derecho penal autoritario, que se hace evidente en el “código 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 de “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”.¹⁵⁵

Por otro lado, Ramiro Ávila Santamaría comenta en relación al principio de legalidad que:

Se atenta contra este principio cuando se dictan tipos penales abiertos o, en regímenes autoritarios, se crean jueces especiales, se eliminan los procedimientos democráticos y establecen penas mediante reglamentos o decretos. También se vulnera el principio de legalidad cuando se delega a una agencia del estado que no es el parlamento la definición del tipo penal. El ejemplo más esclarecedor lo

¹⁵⁴ Artículo 220 Código Integral Penal, Ecuador.

¹⁵⁵ Zaffaroni. “La legislación anti droga latinoamericana.” En: *control social y derechos humanos*. Óp. cit. p.7.

encontramos en la ley de drogas cuando se considera que un ente no parlamentario debe decidir cuáles son las drogas sujetas a control penal.¹⁵⁶

No hay duda que en este caso la facultad interpretativa de la corte nacional está inmiscuyéndose en el ámbito del poder legislativo puesto que está creando toda una serie de delitos novedosos que el legislador, a mi parecer, había incorporado como sinónimos en el tipo penal con el fin de evitar un vacío legal pero que en ningún modo pretendían crear tipos penales independientes, ya que de hacerlo este último hubiera escrito sus tipos en artículos diferentes y con sanciones diferenciadas. Personalmente, concuerdo con el razonamiento de la corte por el cual cada droga es capaz de crear un daño diferente para la salud de las personas. Sin embargo, considero que existen tres tipos penales en la cadena del narcotráfico que deberían ser sancionados con penas proporcionales a la proximidad del daño eventual y en relación al tipo de droga que se trate y al grado de participación que amerite cada caso, estos son la venta, transporte, y producción. Con estos parámetros es suficiente encuadrar cualquier tipo de conducta en la escala de peligrosidad que el legislador estime nociva y adecuarla a las reglas de proporcionalidad que permitan diferenciar los delitos según su gravedad.

2.4. El principio de lesividad o necesidad imperiosa

A pesar de la criticable técnica legislativa que han incorporado las leyes penales en esta materia se vuelve indispensable determinar si estas persiguen un fin constitucionalmente legítimo. No basta afirmar de manera general que la prohibición busca proteger a la ciudadanía de los peligros que dimanan de las drogas, dicho requisito consiste en verificar el principio de *lesividad* o de *reserva*¹⁵⁷ por el cual “toda

¹⁵⁶ Ramiro Santamaría. *El Principio de proporcionalidad... Óp. cit.* p.322.

¹⁵⁷ El principio de reserva puede ser usado ya sea para referirse o complementar el principio de legalidad penal por el cual una persona no puede ser juzgado por una acto que al momento de ejecutarse no está tipificado en una ley como tal, o bien, como lo considera la legislación argentina, el principio por el cual el poder punitivo del estado no puede interferir en la autonomía y esfera privada de las

imposición autoritaria de una pena debe responder a la *necesidad* de proteger a la sociedad de un daño concreto medible y verificable”.¹⁵⁸

Este argumento no merece especial apología ya que desde la revolución francesa se sentaría el principio por el cual toda pena impuesta de manera innecesaria resultaría tiránica y despótica.¹⁵⁹ Para que dicha necesidad exista debe haber del otro lado un derecho concreto que pueda verse afectado por un daño concreto y empíricamente verificable. De esta manera las leyes que penalizan por ejemplo el robo, el asesinato y la violación, nacen de la necesidad de proteger bienes jurídicos concretos como la propiedad, la vida y la integridad sexual.

Si bien este principio es uno de los primeros límites a la potestad punitiva del estado no hay como negar que la valoración de esta necesidad sigue siendo esencialmente relativa ya que plantea un *margen de apreciación*¹⁶⁰ por el cual cada estado analiza la naturaleza del fin protegido con la restricción y la naturaleza de las actividades implicadas. Lo que puede resultar necesario/riesgoso/nocivo para alguien puede no serlo para otro. Por esta razón dicha necesidad pasó a ser diferenciada de lo que podía parecer útil, conveniente o deseable para el legislador y pasó a definirse bajo la figura de *necesidad imperiosa* entendida esta como la situación por la cual el

personas sin tener una razón justificable para hacerlo. Tal ha sido el uso de término por la Corte Suprema Argentina remitiéndose al artículo 19 de la constitución de ese país. V. Corte Suprema de Justicia Argentina. Recurso De Hecho □ Arriola, Sebastián y otros s/ causa No. 9080.

¹⁵⁸ Pinto. M. *Óp. cit.* p.3.

¹⁵⁹ Montesquieu. El Espíritu de las Leyes. XIX, 14. Citado en Uprimny *Drogas, Derecho y Democracia...Óp. cit.* parte. II. Art. 8 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. “La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.”

¹⁶⁰ Como señala Farith Simon: “La discrecionalidad es “la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”. Se entiende que los jueces, en general las autoridades responsables de resolver un caso, tienen un margen de apreciación al interpretar el alcance de un concepto jurídico indeterminado como el del interés del niño.” Simon, Farith. “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” Tesis Doctoral Universidad de Salamanca. 2014 p.14 *cfr.* O’donnell, D., *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*, en *Infancia*, Boletín del IIN, No. 230, t. 63, julio, Montevideo, 1990, p. 17.

legislador se ve imperativamente llamado a hacer uso de la fuerza con el fin de proteger un daño concreto e inminente a las personas.

En materia penal la ideología predominante a lo largo de la historia ha sido considerar que únicamente los actos dolosos o culposos que causan efectivamente un daño pueden ser considerados como lesivos impidiendo sancionar a alguien por actos que pudiera o no realizar, esta es la teoría de responsabilidad en base al daño objetivo. Esto se atribuye en parte al hecho de que la peligrosidad ha sido tradicionalmente vista como un contingente que no amerita causa suficiente como para justificar la imposición de una sanción penal. La otra razón radica en el hecho de que imponer una sanción basándose en un peligro en vez de un daño implicaba regresar a sancionar a las personas por lo que son y no por lo que hacen, es decir volver a recurrir en el derecho penal de autor en base a una concepción *lombrosiana*. Por esta razón Paladines comenta que:

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. ...El sistema legislativo –legislador de riesgo– es quien inyecta el nuevo catalogo 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.”¹⁶¹

El límite a este principio se evidenció por la progresiva intromisión del riesgo en los elementos de la tipicidad. Así, nacerían los delitos de *peligro abstracto*¹⁶² en los cuales el legislador penal debía ahora decidir hasta que punto una sociedad debía

¹⁶¹ Paladines, Jorge. “La sociedad de riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas” en *entre el control social... Óp.cit.* 32.

¹⁶² Según Eckard Horn los delitos de peligro abstracto no serían sino modos de delito culposos, que “sólo se diferencian de los restantes tipos culposos porque en ellos no se exige la producción de una lesión al bien jurídico protegido.” Citado en Paladines, Jorge, ‘*Óp. cit.* p31. Cfr. Enrique Bacigalupo. *Derecho penal. parte general*. Lima: Ara ediciones, 2004. p.224.

tolerar el riesgo.¹⁶³ Estos delitos tomarían aún mayor cabida con el acuño de lo que Ulrich Beck definiría como la *sociedad de riesgo* en la cual el desarrollo de actividades cada vez más sofisticadas y riesgosas como el transporte de tóxicos, la perforación petrolera offshore, la fisión nuclear, o la geo-ingeniería cambiaron la apreciación y previsibilidad del riesgo por lo que se volvió necesario sancionar la falta de diligencia debida para ciertas imprudencias que tradicionalmente no eran consideradas como delitos debido a la inexistencia de un daño. Sin embargo esta anticipación al daño sugiere en principio una amenaza grave y con altas posibilidades de materializarse lo que permitiría al legislador sancionar comportamientos culposos a lo largo del *iter criminis* de acuerdo a la proximidad que estos comportamientos guardaban con el posible daño.

Este cambio se usaría para cometer ciertos abusos en contra de personas que pasarían a presentar un peligro a la sociedad como es en el caso de los mendigos, los homosexuales, los judíos y justamente los adictos.

Si bien nuestra legislación actual penal recoge como elemento normativo al *riesgo* en diversas infracciones que protegen la seguridad, el patrimonio genético y la soberanía del estado, también lo usa para proteger la intimidad personal.¹⁶⁴ Si bien el debate al respecto sigue siendo un punto álgido de controversia, no es tampoco enteramente falso pretender que el legislador no pueda sancionar la peligrosidad en base al principio de lesividad previsible con penas proporcionales a la proximidad del daño.

Ahora bien, por lo mismo es importante notar que hacerlo implica que el legislador use de la mejor manera su margen de apreciación para evitar caer en

¹⁶³ *Ibid.* Nótese que los primeros delitos de peligro abstracto fueron recogidos en el código penal fascista de 1930.

¹⁶⁴ *vid.* Artículos:248 núm.2, 354 y 470 del COIP.

exageraciones que no sólo se traduzcan en una amputación innecesaria y desproporcional a derechos de las personas, sino que puedan de alguna manera desestimular el crecimiento económico y el desarrollo de la sociedad. Tal ha sido la controversia al momento de aplicar este principio para casos como el calentamiento global o la modificación genética de alimentos. Para ahondar un poco más en las implicaciones de este principio, intentemos aplicarlo a los bienes jurídicos que supuestamente peligran para el caso sub examine.

2.4.1. La Moral

En sentido amplio, la moral es el conjunto de costumbres y normas que se consideran buenas para dirigir o juzgar el comportamiento de las personas en una comunidad. Dichas normas pueden ser ya sea el reflejo de una convicción personal sobre la manera de llevar a cabo la vida individual, o bien, pueden ser el cúmulo grupal de varias convicciones que se comparten en el seno de un grupo social con valores similares y que son impartidos por el grupo hacia el individuo o viceversa. Según Kelsen, sólo la última acepción puede ser considerada como una norma moral propiamente dicha.¹⁶⁵ Evidentemente todo ejercicio legislativo democrático va a reflejar de alguna manera ciertos valores morales de determinada sociedad según su época y lugar. Según el positivista alemán la justicia es una exigencia de la moral. Pero cuando se abandonan nociones absolutas de la moral como aquella producto de un sistema de creencias en base a una moral superior divina y se considera a la misma como un valor relativo en el tiempo y lugar:

entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral,...,sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y

¹⁶⁵ Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho* cap. 2. p.72.

en distintos lugares han considerado bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes ordenes morales.¹⁶⁶

Debido a la falta de un denominador común moral, si la moral fuera el único referente para promulgar leyes su protección “fomentaría hábitos hipócritas, y por el contrario si el derecho quisiera sancionar una moral se haría sectario, fomentando el desprecio a sus leyes”.¹⁶⁷ Por esta razón es que el legislador no desconoce la libertad de las personas a vivir según sus convicciones personales, espirituales o religiosas libres de injerencias ajenas, lo que hace propiamente alusión a la libertad de credo o de conciencia, es decir el derecho a la integridad moral como un elemento de la integridad personal de las personas. Pero en ningún momento pretende usar un conjunto de pautas y normas de conductas morales como únicos limitantes a los derechos de las personas ya que hacerlo implicaría desconocer la diversidad y pluralidad humanas.

Ferrajoli al respecto recalca que:

El derecho penal no tiene la misión de imponer o reforzar la moral, sino sólo de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros... Así,...la inmoralidad pueda ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del estado en la vida de los ciudadanos.¹⁶⁸

Norberto Bobbio coincide con este planteamiento al afirmar que: “El estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros.”¹⁶⁹

¹⁶⁶ *id.* p. 77

¹⁶⁷ *v.* Aquí mismo primer capítulo.

¹⁶⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* editorial Trotta,1995. P.35 y 222. Citado en sentencia No. 197-2014-LBP Corte Nacional de Justicia Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito. Ecuador Caso Daniel Lennstron.p.15

¹⁶⁹ Bobbio, Norberto. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* editorial Trotta,1995 p. 223. Citado en sentencia No. 197-2014-LBP Corte Nacional de Justicia Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito. Ecuador Caso Daniel Lennstron.p.15

Ciertos prohibicionistas consideran que las pautas morales influyen directamente en la prevalencia de comportamientos adictivos en la población en general y en especial en aquellas personas susceptibles como los menores tal y como lo haría la exposición a actos violentos o aquellos que atentan contra el pudor –es decir contra la indemnidad sexual o integridad sexual–. Señalan que:

El rechazo de las consideraciones morales, nos priva de nuestras armas más poderosas contra la adicción y contribuye a nuestra epidemia de adicción actual. El mito “enfermedad” de la adicción, ataca particularmente la premisa de la responsabilidad moral en el uso de drogas y comportamientos relacionados, una premisa que en cambio deberíamos alentar.¹⁷⁰

Cabe señalar la diferencia entre reconocer a la moral como un conjunto de normas éticas que coercen sobre el individuo independientemente de la coacción de las normas legales, y, como un componente subjetivo de la integridad moral de las personas. Como se señaló previamente, la integridad moral consiste en la libertad a vivir libre de injerencias externas que puedan socavar la autonomía de las personas y que suele estar íntimamente relacionada con la libertad de conciencia y credo. Al respecto cabe señalar que dicha integridad moral puede ser objeto de ataques a través de varios medios idóneos para aquello. Un impúber puede encontrar totalmente ofensivas y violatorias sus clases de catecismo y debería poder exigirle a la justicia que se lo libere de toda forma de adoctrinamiento religioso. Otras pudieran sentirse ofendidas por la presencia de un homosexual en la misa dominical y pudieran prohibirle su retorno o incluso apedrearlo públicamente. Otra persona pudiera encontrar ofensiva una caricatura de su profeta en un hebdomadario y decidir plantear una acción por daño

¹⁷⁰ Stanton Peele. “A Moral Vision of Addiction. How People's Values Determine Whether They Become and Remain Addicts”. *Journal of Drug Issues*, Vol. 17(2) (1987): 187-215. <http://www.peele.net/lib/vision.html> La cita textual se expone así: “the rejection of moral considerations in addition deprives us of our most powerful weapons against addiction and contributes to our current addiction binge. The disease myth of addiction in particular attacks the assumption of essential moral responsibility for people's drug use and related behavior, an assumption that we instead ought to be encouraging.”

moral o abalear a los autores en las calles de París a plena luz del día. Justamente, reconocer a la moral como un bien jurídico susceptible de ser vulnerado implica hacer un reparo muy abierto e intrínsecamente subjetivo al momento de determinar su posible afectación.¹⁷¹

Si el argumento de restringir la exposición a sustancias hacia personas particularmente susceptibles de desarrollar hábitos debe formularse, como es el caso de los menores y otros incapaces, considero que su justificación se fundamenta en la necesidad de proteger su integridad física y no la moral como un bien jurídico difuso ya que impide caer en relativismos exagerados. Al respecto hay que notar que debido a que el lóbulo pre-frontal del córtex cerebral que regula la percepción del daño frente al riesgo no se desarrolla sino hasta mediados de los 20 años en la persona promedio; no se puede pretender que la población juvenil pueda siempre hacer una valoración objetiva del riesgo, esto se aplica tanto para el consumo de drogas legales como ilegales así como para diversos comportamientos de riesgo como los deportes extremos o los juegos de azar. Caballero, uno de los primeros juristas en abordar plenamente el derecho de las drogas ha sido muy enfático en sostener que la despenalización regulada de sustancias debe hacerse teniendo en cuenta la restricción de consumo en lugares públicos, la prohibición del estipendio a menores y la restricción en pautas de publicidad y patrocinio en eventos deportivos tal y como lo experimenta actualmente la industria tabaquera y alcohólica. Sin embargo, algunos psicólogos afirman que “la falta de experiencia con el comportamiento adulto plantea un riesgo mucho mayor para los adolescentes que los déficits estructurales en la maduración del

¹⁷¹ Para más información v. Hansen, Ian G., and Ara Norenzayan. "Yang and yin and heaven and hell: Untangling the complex relationship between religion and intolerance." *Where God and science meet: How the brain and evolutionary studies alter our understanding of religion* (2006): 198-222.

cerebro”.¹⁷² Sea como sea, vemos que el dialogo gira sobre la necesidad de proteger la salud de las personas más que el daño a un bien jurídico tan difuso como puede ser la moral.

2.4.2. La seguridad, el orden público y el “sumak kawsay”

Tanto el bien común, como la seguridad y la salud públicas se relacionan con la existencia de “condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.”¹⁷³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios..."¹⁷⁴ Los estados están llamados a garantizar estas condiciones con el propósito de solventar la vida social y crear un ambiente propicio para que las personas puedan ejercer sus derechos en cohesión los unos con otros.

Sin embargo debido a la dificultad de delimitar exactamente estos conceptos Ramiro Ávila Santa María comenta que:

¹⁷² Romer Daniel afirma que: “parte de la toma de riesgo que se observa durante la adolescencia, y algunas de las formas más peligrosas de este comportamiento están relacionadas con rasgos de impulsividad que son evidentes en el desarrollo temprano. Sin embargo, las intervenciones tempranas parecen capaces de reducir la gravedad y el impacto de estos rasgos, aumentando el control sobre el comportamiento y la persistencia hacia metas valiosas, como el logro educativo. Una forma de impulsividad, búsqueda de sensaciones, se eleva dramáticamente durante la adolescencia y aumenta los riesgos para el desarrollo saludable. Sin embargo, una revisión de la evidencia de la hipótesis de que las limitaciones en el desarrollo del cerebro durante la adolescencia restringen la capacidad de controlar la impulsividad sugiere que tales limitaciones son sutiles. En su lugar, se argumenta que la falta de experiencia con el comportamiento adulto plantea un riesgo mucho mayor para los adolescentes que los déficits estructurales en la maduración del cerebro.” Romer, Daniel. “Adolescent Risk Taking, Impulsivity, and Brain Development: Implications for Prevention.” *Developmental psychobiology* 52.3 (2010): 263–276. PMC. Web. 13 Oct. 2015. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3445337/>

¹⁷³ CIDH Opinión Consultiva 5/86 párr. 66, 67.

¹⁷⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 64.

Existen múltiples tipos penales que no satisfacen el principio de lesividad. Toda referencia al orden público, al bien común, a la patria, a la salud colectiva y cuestiones afines, no justifican la existencia de normas penales. La salud pública, por ejemplo, que justifica múltiples legislaciones de drogas, son enunciados etéreos, que no necesariamente ocasionan daños.¹⁷⁵

Existe una gran diferencia metodológica entre reconocer bienes jurídicos individuales como la salud o la integridad física de las personas y reconocer la salud pública y la seguridad como bienes jurídicos colectivos o “institucionales”. La esencia radica en que es muy difícil determinar la existencia de una vulneración a estos últimos mientras que la individualización y especificación de los daños hacia los primeros es bastante fácil de comprobar. Esta difusión ha permitido que los derechos colectivos sirvan un propósito complementario para los derechos individuales permitiéndole al poder traspasar de la esfera de protección individual hacia la esfera de protección institucional, lo que a su vez ha justificado la imposición de penas bastante severas al respecto. Como lo comenta Jorge Vicente Paladines:

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.¹⁷⁶

Este es un problema recurrente en la legislación anti-drogas que evidencia justamente la exagerada percepción de la peligrosidad que han tenido los gobiernos al respecto. Sin embargo, existen casos temporales y de suma gravedad que legitiman ciertas restricciones para proteger estos bienes jurídicos. Nuestra jurisprudencia constitucional ha analizado este reparo para las declaratorias de estados de excepción y lo ha hecho reconociendo el enfoque sociológico del delito con el objetivo de limitar la restricción a derechos. Por ejemplo ha dicho que:

¹⁷⁵ Ramiro Ávila Santamaría. *El Principio de proporcionalidad...Óp.cit.* p.321.

¹⁷⁶ Jorge Paladines. “La sociedad de riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas” en: *Entre el control social... Óp. cit.* p. 38.

Toda sociedad aspira tener una convivencia pacífica y segura, en la cual se respeten sus derechos y garantías, y el Ecuador no puede ser la excepción; sin embargo, existen causas que motivan que esta paz y seguridad se vea amenazada por la conducta delictual de algunos de los miembros de la sociedad. Pero, al analizar las causas que motivan la delincuencia, es evidente que –según el criterio sociológico– éstas conductas delictivas derivan de las condiciones económicas y sociales que se expresan en la inequitativa distribución de la riqueza, falta de oportunidades de acceso a la educación, falta de fuentes de trabajo, pobreza, males que no han sido enfrentados de manera eficiente, siendo responsabilidad gubernamental darles inmediata solución, hecho que conduce a la adopción de una política económica que modifique las condiciones de inequidad, a fin de que se alcance el ideal de una sociedad justa, solidaria, libre de toda forma de discriminación, en la cual ya no sea necesaria la aplicación de medidas drásticas como los estados de excepción.¹⁷⁷

Ahora bien, incluso en casos en que se analiza la legitimidad de estados de excepción que por su naturaleza requieren de una situación grave, excepcional y sobre todo temporal, la misma corte ha sido muy limitada en determinar con qué criterios se debe valorar la existencia o previsibilidad de los daños que se intentan evitar. Incluso, con el propósito de defender la restricción abierta e indeterminada de derechos, la corte ha llegado a sostener de manera totalmente contraria al principio de determinación y claridad normativa (*Bestimmtheitsgebot*) que “siendo materialmente imposible determinar previamente cuáles derechos pueden limitarse en un estado de excepción, no es indispensable su mención expresa.”¹⁷⁸

La previsibilidad del daño –o su falta según el disparate de la corte ecuatoriana– es lo que ha permitido al prohibicionismo usar como argumento el hecho de que las sustancias estupefacientes que afectan la psiquis de las personas pueden causar que estas actúen de manera irracional y comprometer la seguridad de los demás y el orden público. Este fue un argumento muy usado cuando Holanda volviera a prohibir el uso de psicodélicos frente a la noticia de una turista francesa que durante un paseo escolar en 2007 saltaría de la ventana de su hotel hacia su muerte tras haber ingerido hongos alucinógenos. La polémica invadiría las noticias europeas cuando algunos aducirían

¹⁷⁷ Corte Constitucional,. 0005-09- SEE-CC; cs. 0006-09-EE, 8-oct-2009 (DE-82),

¹⁷⁸ Corte Constitucional st.0002-09-SEE-CC cs. 0002-09-EE, 5-may-2009 (DE-16-93).

que la víctima había anteriormente padecido de trastornos mentales que pudieron haber sido la causa verdadera de la tragedia alegando que este tipo de incidentes eran muy excepcionales y que no se podía culpar enteramente a las sustancias en cuestión. Sin embargo, declaraciones de la madre de la víctima alegando que su hija era una persona estable, libre de angustias y la imposibilidad de comprobar su estado mental al tiempo de los accidentes daría como resultado que el gobierno holandés prohibiese nuevamente los alucinógenos alegando que sus efectos eran imprevisibles porque era imposible que el consumidor conozca la dosis exacta del componente psicoactivo en estado de ocurrencia natural.¹⁷⁹

El argumento de la peligrosidad social no es ajeno al resto de sustancias. De hecho, lo mismo puede decirse del alcohol o de un sin número de drogas de diseño como el PCP.¹⁸⁰ La respuesta oficialista sería casi siempre de considerar al alcohol como menos peligroso que los psicodélicos. Al respecto hay que considerar que dentro

¹⁷⁹ Cbs news. “Dutch Ban Sale Of Hallucinogenic Mushrooms.” October 2007. <http://www.cbsnews.com/news/dutch-ban-sale-of-hallucinogenic-mushrooms/>

¹⁸⁰ Estudios han demostrado que el alcohol no es una causa per se de agresión pero que la facilita y que influye igual o menos en comportamientos agresivos que otros comportamientos sociales como asociales. v. Brad J. Bushman and Harris M. Cooper. *Effects of alcohol on human aggression: an integrative research review*. Psychological Bulletin 1990, Vol. 107. 3,341-354. En comparación, el PCP, o phencyclidina, un disociativo que se usa como anestésico con propiedades alucinógenas, también ha sido considerado como un catalizador de comportamientos agresivos cuyo uso incrementa la posibilidad de que las personas sean más propensas a exhibir esta clase de comportamientos y que incluso crea psicosis y altos grados de irritabilidad. La intoxicación de esta droga ha sido común en casos de personas que han cometido delitos violentos. v. Lynn McCardle*, Diana H. Fishbein. The self reported effects of PCP on human aggression. Addictive behaviors. Volume 14, Issue, 189, pp.464-472. Otro estudio sobre esta droga demostró que “High doses of PCP produce disturbing manifestations including psychosis, numbness, light-headedness, vertigo, ataxia, and nystagmus due to acute intoxication. Furthermore, some subjects became irritable, argumentative or negative under the conditions of social stress and demanding tasks.” v. Sachin N. Pradhan *Phencyclidine (PCP): Some human studies* Neuroscience & Biobehavioral Reviews Volume 8, Issue 4, Winter 1984, pp. 493-501. Por otro lado estudios recientes sobre la psilocibina han encontrado que “The current findings demonstrate that the potentially beneficial effects of classic psychedelic use reported by Hendricks et al. (2015) extend to psilocybin use per se. Furthermore, these findings suggest that lifetime use of psilocybin but no other classic psychedelic may be especially protective with regard to psychological distress and suicidality. This finding is consistent with data indicating that psilocybin may have the most favorable safety profile of all classic psychedelic substances (Gable 1993, 2004). Psilocybin in particular may thus hold promise as an innovative mental health intervention and suicide prophylaxis.” v. Peter S Hendricks et al. *Psilocybin, psychological distress, and suicidality*. Journal of psychopharmacology. September 2015 vol. 29 no. 9 1041-1043. <http://jop.sagepub.com/content/29/9/1041.full>

de esta categoría de estupefacientes existen un sin número de sustancias con efectos similares pero con una composición química única.¹⁸¹ Cabe señalar que los psicodélicos “clásicos” se han venido usando milenariamente debido a su ocurrencia natural y por el hecho de que sus efectos son relativamente bien conocidos aunque poco estudiados debido a las trabas legales para hacerlo y al estigma que se ha posado sobre ellos hasta el día de hoy en la profesión médica.¹⁸² Nótese que debido a su clasificación legal, en Estados Unidos es más fácil para los científicos estudiar la cocaína y morfina que el cannabis o los psicodélicos. Sin embargo, gracias al desarrollo de la neurociencia moderna y al ímpetu de ciertos gremios del terapeutismo se han hecho formidables avances en los últimos años en este campo y existe suficiente evidencia como para reconocer que estos psicodélicos tienen un incomparable uso terapéutico e incluso religioso y que su ingesta en un ambiente controlado y bajo supervisión médica relativiza considerablemente sus riesgos. De hecho, el asesor en jefe del gobierno británico encargado de la comitiva encargada de estudiar el tema, el profesor David Nutt, sería despedido por afirmar públicamente que, estadísticamente hablando, el salto a caballo representaba un riesgo mayor a la salud de las personas que el consumo de éxtasis. No es curioso que estudios independientes revelen que el uso de estas sustancias pueden ser usadas de manera segura como catalizadores en terapias asistidas para tratar varios trastornos mentales crónicos y reacios a la terapia

¹⁸¹ Los psicodélicos “clásicos” agrupan tradicionalmente a sustancias con un fuerte trasfondo etnobotánico como el ácido lisérgico, la psilocibina, la mezcalina y la dimetiltryptamina, todas estas se dan en ocurrencia natural en plantas y hongos como el ergot, el peyote, la amita muscaria o la ayahuasca. Sin embargo existen nuevas drogas de “diseño” que han sido el producto de síntesis artificiales y que han creado la aparición reciente de varias drogas recreativas en los últimos años, la mefredrona y el PCP son ejemplos claros, aunque la gran mayoría de la comunidad psicodélica desconoce porqué alguien puede desear experimentar con estas drogas vistas sus características y efectos particulares.

¹⁸² v. Smith, Huston. *Cleaving the doors of perception. The religious significance of entheogenic plants and chemicals*. New York: Jeremy P. Putnam, 2000. Para un fascinante recuento histórico sobre los usos de estas plantas v. McKenna, Terence, *Food of the gods. The search for the original tree of knowledge. A radical history of plants, drugs, and the human evolution*. New York: Bantam Books, 1992.

tradicional, estos incluyen la depresión, el trastorno post traumático, la ansiedad severa, e incluso las propias adicciones.¹⁸³ No sólo eso, estos tratamientos proveen una herramienta mucho más eficaz y eficiente que los tratamientos convencionales, en algunos casos dando resultados incomparables con los tratamientos tradicionales.¹⁸⁴ Un estudio noruego cuantitativo del uso de psicodélicos intentando verificar los efectos de los mismos en el largo plazo ha concluido que:

Los psicodélicos serotoninérgicos tradicionales como LSD, psilocibina, mescalina no son conocidos por causar daño cerebral y son considerados como no adictivos. Los estudios clínicos no sugieren que los psicodélicos causen problemas de salud mental a largo plazo. Psicodélicos se han utilizado en Norteamérica desde hace miles de años. Más de 30 millones de personas que viven actualmente en los EE.UU. han usado LSD, psilocibina o la mescalina.¹⁸⁵

En marzo de 2015, por primera vez en la historia, la propia DEA ha dado luz verde a un estudio liderado por el grupo MAPS¹⁸⁶ que permitirá evaluar el uso terapéutico del

¹⁸³ De manera anecdótica, el fundador de Alcohólicos Anónimos, llegaría a promover el uso de LSD para tratar el alcoholismo en base a su experiencia personal. Amelia Hill. "LSD could help alcoholics stop drinking, AA founder believed" *The Guardian* 23/08/2012. <http://www.theguardian.com/science/2012/aug/23/lsd-help-alcoholics-theory>

¹⁸⁴ La evidencia sugiere que si bien existen casos de personas que han sufrido paranoia, psicosis, o algún trastorno mental agudo, la mayoría de estos episodios temporales se deben a factores ambientales o psicológicos que influyen en el tipo de experiencia que perciba el sujeto y la salud mental previa del paciente. Existen sin embargo daños crónicos que se asocian al consumo indebido y abuso de estas sustancias que se manifiestan en trastornos mentales severos, sin embargo debido al bajo y casi nulo potencial adictivo que tienen los psicodélicos, estos casos son sumamente raros y se deben principalmente a la falta de información o a hábitos de consumo irregulares. Para más información *vid.* David Smith. Richard Seymour. *Clinician's Guide To Substance Abuse*. Macgraw Hill Medical Publishing Division. 2001. Así como: J. Holland., Et Al. *Ecstasy, the complete guide: a comprehensive look at the risks and benefits of MDMA*. Ed. Park Street Press Vermont. 2001.p. 182-208. Para más información sobre los posibles usos clínicos y psicoterapéuticos de psicodélicos *v.* Lisa Jerome. *Psilocybin Investigator's Brochure March-April 2007*. MAPS http://www.maps.org/research-archive/psilo/psilo_ib.pdf Anja Loizaga-Velder, Dipl-Psych *A Psychotherapeutic View on the Therapeutic Effects of Ritual Ayahuasca Use in the Treatment of Addiction* MAPS Bulletin, Spring 2013.

¹⁸⁵ Krebs TS, Johansen P-Ø (2013) Psychedelics and Mental Health: A Population Study. *PLoS ONE* 8(8): e63972. doi:10.1371/journal.pone.0063972. "21,967 respondents (13.4% weighted) reported lifetime psychedelic use. There were no significant associations between lifetime use of any psychedelics, lifetime use of specific psychedelics (LSD, psilocybin, mescaline, peyote), or past year use of LSD and increased rate of any of the mental health outcomes. Rather, in several cases psychedelic use was associated with lower rate of mental health problems." <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371%2Fjournal.pone.0063972>

¹⁸⁶ Fundada en 1986, la Asociación Multidisciplinaria para Estudios Psicodélicos (MAPS) es una organización de investigación sin fines de lucro y organización educativa que desarrolla contextos médicos, legales y culturales para que la gente se beneficie de los usos cuidadosos de los psicodélicos y marihuana. <http://www.maps.org/about/mission>

MDMA (3,4-metilendioximetanfetamina), una anfetamina que vulgarmente se conoce como éxtasis o “molly”. Las investigaciones iniciales señalan que:

En un contexto psicoterapéutico, el MDMA ha reportado ser de ayuda a los sujetos en bajar sus defensas psicológicas y mejorar su capacidad de procesar emociones difíciles ...También puede aumentar el sentido de confianza entre los sujetos y el terapeuta.¹⁸⁷

Inclusive, el uso del peyote (mezcalina) por parte de grupos indígenas nativos en Norteamérica ha sido permitido bajo el “Religious Freedom Restoration Act” desde 1993 y una sentencia de la corte suprema de justicia de este país ha hecho extensivas sus provisiones para el uso religioso de la dimetiltriptamina (ayahuasca). La corte fundamentó su razonamiento al demostrar que el estado falló en probar que el uso religioso de esta droga obstaculizaba directamente con los fines de las leyes antinarcóticos y las convenciones internacionales.¹⁸⁸

Vale recordar que durante la guerra fría el departamento de defensa de los EE.UU así como el cuerpo militar británico conducirían una serie de experimentos controlados para determinar el potencial bélico de varias sustancias químicas y encontrar un “caballo de Troya”. Una de estas sustancias fue el ácido lisérgico cuyos experimentos consistirían por ejemplo en suministrar a un pelotón de voluntarios una dosis determinada de la droga y hacerles cumplir una rutina de ejercicios militares básicos. Otro experimento sería suministrarle la droga a una ama de casa que no había consumido nunca antes la sustancia y documentar los efectos. Los resultados de estos

¹⁸⁷ Wing, Nick. “DEA Approves Study Of Psychedelic Drug MDMA In Treatment Of Seriously Ill Patients”. Huffintong post.18/03/2015. http://www.huffingtonpost.com/2015/03/18/dea-mdma-study_n_6888972.html

¹⁸⁸ v. Alberto R. Gonzales, Attorney General, et al., v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal et al. 546 U.S. 418, 2006. El Ecuador si bien cuenta con poblaciones indígenas que usan entéogenos en rituales sacramentales y formas religiosas propias a su cultura y tradición, no cuenta con una ley especial para estos casos.

experimentos que constan en videos y archivos obtenidos legítimamente hablan por si solos.¹⁸⁹

Volviendo al principio de lesividad, aun a pesar de los peligros potenciales que representen ciertas drogas, resulta inaudito para el derecho penal que las personas puedan ser criminalizadas por la peligrosidad que el consumo o posesión de las mismas representa. Aun así el legislador estime que dicho peligro amerite un grado de intervencionismo, los riesgos asociados a dicho comportamiento no pueden compararse a aquellos que legitimaron la teoría de la previsibilidad del riesgo o las declaratorias de estados de excepción. Así como nuestra legislación no penaliza el mero hecho de que una persona tenga consigo bebidas alcohólicas o incluso se encuentre en estado de embriaguez, pero sí penaliza la conducción de maquinaria en dicho estado, esta distinción fundamental del derecho penal implica que las personas sean sancionadas por los actos que efectivamente cometen y no por riesgos potenciales. Uprimny señala que:

es necesario distinguir entre el consumo per se y la posibilidad de que el usuario de droga pueda cometer otros delitos. No se trata entonces de dejar en la impunidad los otros delitos cometidos por los consumidores de drogas. Pero se les castigará por haber cometido tal o cual delito, pero no por ser consumidores.¹⁹⁰

El argumento de la mera peligrosidad para solventar medidas de tipo penal ha sido refutado por la jurisprudencia interamericana al sostener que:

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...¹⁹¹

Por otro lado la corte suprema argentina ha dicho que:

¹⁸⁹ Para la guerra fría v. Raffi Khatchadourian. "Secrets of Edgewood". *The New Yorker*. 21 de Diciembre 2012. <http://www.newyorker.com/news/news-desk/secrets-of-edgewood>

¹⁹⁰ Uprimny, Rodrigo. *Drogas, derecho y democracia*. Óp. cit. punto 3.

¹⁹¹ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005.

Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, ..., no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas. Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada. La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno.¹⁹²

Traemos a colación una sentencia de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana sobre un caso de tenencia de cannabis en el año 2014. La corte sostuvo que la tenencia de drogas no es per se atentatoria al bien jurídico protegido “salud pública” aún a pesar de que en ese caso específico la cantidad de estupefacientes aprendida sobrepasaba los límites fijados por la tabla de cantidades máximas para consumo personal. La corte fundamentó su fallo en los siguientes argumentos:

1. El bloque de constitucionalidad impone la necesidad de interpretar la legislación penal en materia de drogas de manera integral con el conjunto de normas constitucionales y al tenor de los instrumentos de derechos humanos, lo que indica que en el Ecuador el consumo personal de drogas no puede ser penalizado.
2. La interpretación penal debe ceñirse a una tipicidad objetiva que determine la existencia previa de una conducta verdaderamente lesiva y no a una tipicidad legal literal pues se deben evidenciar acciones con relevancia penal. Entenderlo de otro modo implica inscribirse en una teoría que defiende la exclusiva protección de las normas, a su parte sancionadora,

¹⁹² Corte Suprema de Justicia Argentina. Recurso De Hecho □ Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 pág 63-64 párr. 30. Este mismo criterio fue sostenido por el tribunal constitucional federal alemán. v. TCF vol. 120, p. 378, 388. citado en Rainer. *Óp. cit.* punto 2

desentendiéndose del porqué o privilegiando la antijuricidad formal sobre la material. Esta interpretación es grave porque prescinde del contexto valorativo centrándose en el incumplimiento de deberes, lo que conlleva a un derecho penal autoritario.

3. La tenencia no es per se un acto lesivo. Dicha lesividad se mide en relación a circunstancias particulares del caso y hechos que demuestren que haya habido una vulneración concreta al bien jurídico protegido y no una vulneración abstracta.
4. La criminalización de la tenencia se presta para moralismos y estereotipos que atentan contra la igualdad formal de las personas frente a la ley y violan el principio de no discriminación.
5. Se analiza un entendimiento de la tenencia y posesión según el principio de mínima intervención penal y se estima que dicha conducta se arguye como socialmente adecuada al crear un riesgo jurídicamente permitido con mínima relevancia para el bien jurídico.¹⁹³

La sentencia de la corte muestra la importancia de aplicar razonablemente el principio de lesividad para los casos de narcotráfico con el propósito de diferenciar casos de consumo y de los casos de tráfico. La corte a groso modo reconoce que no se puede aplicar la literalidad de la norma desconociendo los verdaderos efectos e intenciones de una determinada conducta. Justamente, en varios países que adoptaron políticas de reducción de daño o tolerancia del consumo de drogas, los parámetros legales que se usan para diferenciar el consumo personal del tráfico en baja escala son flexibles más allá de ser condicionantes rígidos. La corte no ahonda en la noción de

¹⁹³ Corte Nacional de Justicia Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito. Sentencia No. 197-2014-LBP Ecuador Caso Daniel Lennstron.

riesgo jurídicamente permitido pero de su análisis se desprende que para determinar la lesividad de un comportamiento se vuelve necesario hacer hincapié en las circunstancias particulares del caso que permitan determinar la posibilidad material de causar un daño al bien jurídico protegido en vez de hacerlo de manera abstracta. En el caso en cuestión, los elementos del caso no permitían establecer que la sustancia en cuestión haya sido utilizada para otros fines que el consumo personal, de manera que la carga de la prueba imponía que sea el estado quien deba demostrar lo contrario aún a pesar de la disposición legal que limitaba las cantidades permitidas. Resulta interesante notar que la corte recurra casi de manera subconsciente a una teoría finalista de la acción penal para el caso del consumo. Ciertamente, esto evidencia un apego con la teoría garantista del derecho penal que se recoge en la doctrina que la corte parafrasea en su motivación. El dilema al que estuvo sometida la corte revela justamente los límites que puede tener el establecimiento de cantidades máximas o mínimas de consumo y demuestra la ineficacia que supone determinar la antijuricidad de un comportamiento cuando se toman en cuenta elementos del tipo que se fundamentan en la previsibilidad del daño propia de los delitos de peligro abstracto.

Por otro lado, existe otra razón pragmática por la cual las tablas mínimas de tenencia para consumo personal deben ser flexibles. La tolerancia de las personas depende de varios factores como son obviamente la recurrencia del consumo pero también depende del peso corporal y metabolismo de las personas. No es posible pretender que las estimaciones legales correspondan con los patrones de uso de todas las personas y las políticas de los estados deberían estar encaminadas en reconocer estos patrones con el propósito de no correr el peligro de seguir criminalizando el consumo mediante la creación de “zonas grises” en la legislación penal. Esto sin embargo es lo que justamente se ha hecho en el país con la última modificación a la

tabla de cantidades de drogas la cual borra cada vez más la línea que separa al consumo con el micro tráfico. La otra crítica que surge inevitablemente de este cambio consiste en desconocer el principio de favorabilidad y el carácter progresivo que debe tener el derecho penal por el cual no debería agravarse la situación de las personas sino que debería apuntarse hacia un progresivo desuso del instrumento punitivo. Hacer lo contrario evidencia un retroceso en materia de goce de derechos y revela la incapacidad de un estado en solucionar su problemática criminal con mecanismos eficientes.

2.4.3. La protección de la salud frente al libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, el argumento esencial para defender el prohibicionismo radica en la defensa de la salud de las personas ya que se trata de un derecho mucho más concreto y cuya vulneración es mucho más fácil de comprobar en comparación con los bienes jurídicos difusos que analizamos previamente. La salud es un elemento indisoluble de la integridad personal que permite alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad y a la vez ha sido fuertemente socializada como un derecho colectivo, el cual, según nuestra constitución, merece particular atención por parte del estado.¹⁹⁴ Esto ha puesto al estado bajo la lupa del escrutinio público creando una suerte de deber de cuidado objetivo por parte de las autoridades. En este punto se vuelve necesario hacer un reparo sobre las adicciones para entender mejor de qué manera pueden llegar a comprometer la salud de las personas.

La aparición en el mundo natural de sustancias psicoactivas se debió en gran medida a la relación simbiótica entre organismos del reino animal y vegetal a lo largo

¹⁹⁴ V Artículo 3. Constitución de la República del Ecuador

de la evolución. La mayoría de sustancias naturales psicoactivas en plantas surgirían como ya sea como una mímica de reactivos bioquímicos parte de un mecanismo de defensa contra patógenos externos y herbívoros destinados a entorpecer el sistema nervioso central de sus depredadores, o bien, como atractivos biológicos para atraer presas. Estas sustancias son tan antiguas que existían ya desde la época de los dinosaurios¹⁹⁵ y la evidencia arqueológica sugiere su aparición desde los albores de la vida sobre la tierra así como su evolución con homínidos millones de años atrás.¹⁹⁶

Bajo la perspectiva evolutiva darwiniana convencional, los seres humanos y en general los mamíferos hemos desarrollado la capacidad de sentir emociones y sensaciones como el placer, el deseo y el miedo como mecanismos de supervivencia para hacer frente a diversas situaciones a la largo de la evolución. Los sistemas neuronales que regulan el comportamiento y las sensaciones como el sistema cortico meso-límbico dopaminérgico y serotoninérgico o el sistema opioanal, son vitales para nuestra supervivencia ya que no sólo influyen comportamientos positivos como la motivación, la reproducción, el aprendizaje y la toma de decisiones que determinan en última instancia el nivel de aptitud física (*darwinian fitness*), sino que además forman parte de una intrincada red neuronal que actúa en otros procesos fisiológicos esenciales dentro del cuerpo. (Cognitivos, cardiovasculares, psicomotrices, respiratorios, gastrointestinales, etc..) Por otro lado, la existencia de sistemas negativos que crean emociones y sensaciones negativas como el dolor o el miedo, tienen el propósito de reducir la exposición a amenazas o riesgos innecesarios. Por lo mismo, nuestro cuerpo

¹⁹⁵George Jr. Poinar. *Amber fossil links earliest grasses, dinosaurs and fungus used to produce LSD*. Oregon State University. 09/02/2015 <http://oregonstate.edu/ua/ncs/archives/2015/feb/amber-fossil-links-earliest-grasses-dinosaurs-and-fungus-used-produce-lsd> (acceso en 18/02/2015)

¹⁹⁶V. Tammy Saah, *The evolutionary origins and significance of drug addiction*. Harm Reduction Journal. Vol.2;8, 2005.

está constantemente tratando de encontrar un estado de equilibrio químico que se adecua a las necesidades que requiere la adaptación al entorno, la homeostasis.¹⁹⁷

Las sustancias psicoactivas que influyen de algún modo en estos sistemas retributivos positivos, independientemente de sus efectos cognitivos y consecuencias nocivas específicas agudas o crónicas, usan todas las mismas estructuras neurobiológicas de estos sistemas y lo hacen de manera muy precisa y diferente para crear toda una serie de efectos. La mayoría de drogas estimulan los sistemas retributivos creando una falsa sensación de aptitud y placer, lo que puede llegar a comprometer la adaptabilidad del organismo con su entorno. Piénsese en una persona que bajo el efecto de alguna sustancia considera innecesario dormir por varios días o pierde la capacidad de sentir dolor. Dependiendo de la persona, dosis, vía de administración y la droga que se trate, tal desbalance químico puede comprometer seriamente las capacidades motrices y cognitivas del usuario e incluso causar la muerte por sobredosis. Por otro lado cuando el estímulo externo desaparece, la autorregulación homeostática propia del cuerpo se traduce en varios síntomas de abstinencia que pueden ir desde un leve dolor de cabeza, pasando por un trastorno de personalidad, hasta un paro cardíaco.¹⁹⁸

El problema cíclico que se dio en el siglo XX radicó en que las discusiones sobre las utilidades y peligros de las drogas no serían una cuestión de atención pública sino hasta que los efectos negativos del uso problemático de ciertos medicamentos se volvieran aparentes y sobre todo cuando sus usos empezaran a traspasar hacia la esfera

¹⁹⁷ Randolp Nesse y Kent Berridge. *Psychoactive Drug Use in Evolutionary Perspective*. Science. Vol.27, 63. 3 Octubre 1997 p.63.

¹⁹⁸ R.J Sullivan; E.H Hagen,. *Psychotropic substance-seeking: evolutionary pathology or adaptation*. Addiction. Vol. 97. No 4. 2002.

recreativa.¹⁹⁹ Sin embargo, la adicción no sería vista como una enfermedad sino hasta la segunda mitad del siglo XX. Antes de eso las adicciones eran vistas como “una psicopatología de comportamientos criminales de desobediencia moral que causaban una alteración incurable de la mente”.²⁰⁰ Vistas como incurables, la conferencia de las Naciones Unidas previa a la convención de 1961 declararían que “uno de los métodos más eficaces para tratar a los toxicómanos consiste en tratarlos en establecimientos en que no tengan acceso a los estupefacientes.”²⁰¹ Una vez que el adicto terminaba este proceso y si sobrevivía, este recuperaba la libertad sin proporcionársele antes un proceso de terapia o de soporte, lo que casi siempre causaba que la mayoría de personas vuelvan inmediatamente a consumir drogas recuperando su libertad y lo que avivaba la idea de que la adicción era incurable.²⁰²

A medida que el uso de drogas se incrementaba en la juventud de clase media durante los sesenta, la intervención estatal buscaría poner la ciencia al servicio de la política limitándose a entender a las adicciones desde el punto de vista del “enfoque producto”, es decir reduciéndose a analizar la toxicología de cada sustancia en vez de hacer un reparo sobre la complejidad interdisciplinaria que requiere el concepto de adicción²⁰³. Las nuevas políticas bajo la guerra contra las drogas sentarían el paradigma de las adicciones entorno al estudio de los efectos fisiológicos de las mismas

¹⁹⁹ La dialéctica entre uso y abuso fue recurrente a lo largo de la historia médica desde antaño y siempre existieron unos pocos que advirtieron de los posibles efectos no deseados de muchas sustancias en su uso prolongado como el Dr. Oliver Holmes, quien denunciaría los efectos contraproducentes del uso continuado y excesivo de opio y morfina ya desde el final de la guerra civil americana. David Musto. “Pautas En El Abuso De Drogas Y La Respuesta En Los Estados Unidos. En: El Combate A Las Drogas En América”. *Óp.cit.* p 68.

²⁰⁰ David Smith *Óp. cit.*.p.13.

²⁰¹ v. Resoluciones Aprobadas Por La Conferencia De Las Naciones Unidas Para La Aprobación De Una Convención Única Sobre Estupefacientes, resolución II.

²⁰² David Smith. *Óp. cit.*.p. 15

²⁰³ Reynaud,. *Les pratiques addictives. Usage, usage nocif et dépendance aux substances psychoactives. Óp. cit.* p. 4.

estableciéndose dentro del propio estamento terapéutico y farmacéutico la idea de que las drogas eran en su mayor parte “sustancias peligrosas que debían emplearse en dosis limitadas bajo la estricta supervisión del médico”²⁰⁴. Con este enfoque la noción de adicción se esbozaría entorno a la dependencia fisiológica manifestada a través de la aparición de una tolerancia y efectos de abstinencia.

Sin embargo, el surgimiento posterior del uso de estimulantes como las metanfetaminas durante los ochentas llevaría a reformular esta definición clásica de dependencia en vista que de estas sustancias no causaban un incremento en la tolerancia y que el incremento de su uso respondía más bien a patrones de ansiedad en episodios de atracones. Adicionalmente, las estadísticas indicaban que de cada diez personas que recibían tratamientos para el dolor a base de opioides en hospitales, nueve no creaban una adicción.²⁰⁵ En efecto, los sistemas que influyen el placer y el deseo parecen actuar de diferente manera en el organismo y sus co-relaciones e independencias son todavía objeto de estudio.²⁰⁶ Sin embargo, el estamento médico y terapéutico estaba consciente de que existían varios factores coadyuvantes o excluyentes que explicaban porqué habían personas que a pesar de usar sustancias psicoactivas no generaban automáticamente dependencias o por qué existían otras mucho más propensas a desarrollar un uso problemático. El nuevo paradigma del abuso de drogas consideraría que:

²⁰⁴ Courtwright, *Óp. cit.* p. 137.

²⁰⁵ David Smith, *Clinician's Guide*.... *Óp. cit.* p. 17. Actualmente, el manejo del dolor crónico con opioides en pacientes con enfermedades terminales es estándar puesto que los opioides son los mejores analgésicos que tenemos a disposición por el momento. Sin embargo, frente a la posibilidad de tratar enfermedades dolorosas crónicas no malignas p.e. artritis reumatoide, existen opiniones médicas que aseguran que es posible suministrar ciertos tipos de opioides minimizando el riesgo de adicción mientras que otros aseguran que el riesgo en cambio es muy alto como para ser ético y que el aumento del uso de opioides puede degenerar en un alza del uso no médico. ²⁰⁵ *vid.* Rosenblum A, Marsch LA, Joseph H, Portenoy RK. *Opioids and the Treatment of Chronic Pain: Controversies, Current Status, and Future Directions.* Experimental and clinical psychopharmacology. 2008;16(5):405-416. doi:10.1037/a0013628.

²⁰⁶ Randolph M. Nesse y Kent Berridge *Óp. cit.* p. 64.

La vulnerabilidad a la drogodependencia, si bien radica en importante medida en rasgos individuales, también puede verse agravada por la vulnerabilidad social, vale decir, por condiciones estructurales que hacen más probable el paso del uso no dependiente al uso dependiente, o bien al consumo de drogas con mayores daños asociados, tanto para el consumidor como para terceros. Así, se ha visto que variables tales como menor educación, menor acceso al empleo, mayor vinculación con situaciones de violencia pueden tornar a las personas más vulnerables a caer en patrones más problemáticos de consumo de drogas ilícitas. Esto no necesariamente como relación necesaria e inexorable; pero estas condiciones de exclusión a la vez refuerzan procesos psicológicos y de subjetivación, tales como baja autoestima, falta de confianza en las propias capacidades y visión fatalista del futuro, que pueden debilitar la autoregulación en relación al consumo de drogas.²⁰⁷

Esto llevaría a considerar que algunas personas, ya sea por factores hereditarios, socio ambientales o psicológicos son más propensas que otras a desarrollar lo que parecía ser ahora un patrón desadaptativo de comportamiento reforzado o atenuado por una serie de variables estructurales en vez de ser visto como una mera dependencia fisiológica y pocas personas inician un consumo de un nuevo narcótico después de cumplir los 25 años de edad, si es que ya no son adictos a múltiples sustancias, de modo que casi todas las carreras de consumo de drogas se inician en cerebros inmaduros.²⁰⁸ Así las dependencias pasaron a ser “patrones desadaptativos de conducta que conllevan a un deterioro o malestar clínicamente significativos” expresados por algunos criterios como tolerancia, abstinencia, frecuencia de consumo y desempeño en actividades sociales dentro de otros.²⁰⁹ Entendiendo a la adicción como una enfermedad del cerebro, mente y espíritu,²¹⁰ los viejos estereotipos científicos en torno al adicto empezarían poco a poco a abandonarse por el estamento terapéutico y reemplazarse por un entendimiento mucho más completo al momento de determinar el

²⁰⁷ OEA. *El problema.... Óp. cit.* p.25.

²⁰⁸ Jonathan P. Caulkins. “Efectos de la Prohibición, la Aplicación de la Ley y la Interdicción sobre el Consumo de Drogas” Collins, John (comp.) *Acabando con las guerra contra las drogas*. London School of Economics Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas. Prefacio. LSE Ideas. 2014. P 18.

²⁰⁹ Marc Valleur, Jean Claude Matysiak. *Las nuevas adicciones del siglo XXI., Óp. Cit.* p.26. Cfr DSM-IV. <http://www.uv.es/=choliz/DSMIVadicciones.pdf>

²¹⁰ David Smith,. *óp. cit.* p.22.

tratamiento adecuado para esta enfermedad. La terapia de mantenimiento y sustitución progresiva acompañada con un enfoque terapéutico soportado por un sistema de readaptación social se convertiría en el nuevo paradigma de tratamiento de las adicciones en los últimos años. A esto se sumaría la aparición de estudios que pondrían en tela de duda la clasificación de las drogas según las listas elaboradas por las convenciones de la ONU.²¹¹

Este entendimiento mejorado de ciertas drogas así como el análisis multifacético de los comportamientos adictivos relativizaría para muchos el riesgo detrás del consumo recreativo de ciertas drogas. Existe todo un componente social que explica por qué ciertas personas desarrollan usos problemáticos y por qué otras no. Hemos pasado por alto ciertas sustancias y comportamientos como los analgésicos recetados bajo prescripción médica, las drogas de desempeño deportivo, ciertos estimulantes como la cafeína, la taurina, la teobromina o incluso el azúcar, y ni se diga de las drogas recreativas por excelencia como el alcohol o el tabaco²¹² (que por cierto es la droga de diseño perfecta); y a la vez hemos satanizado otras sin hacer un reparo imparcial y sensato sobre las vicisitudes que sus usos implican. Toda esta pantomima nos ha llevado como sociedad a tener una imagen totalmente artificial de las drogas que se traduce obviamente en una errónea apreciación del riesgo que representan. El sociólogo Pareto notó hace años que “los seres humanos, a pesar de que nos gusta pensar que somos seres racionales, somos principalmente seres razonantes, es decir

²¹¹ Por ejemplo en el reporte de la comisión global de drogas se cita un estudio publicado en 2007 en *The Lancet* que muestra una valorización distinta del riesgo que representan varias drogas David Nutt, et al. “Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse” *Lancet* Vol. 369 (9566) 2007 pp.1047-53.

²¹² v. Marc Valeur, . Óp. cit.

que queremos dar una apariencia lógica a cosas que no lo son substancialmente”.²¹³ En el contexto del debate sobre el las drogas esta frase adquiere todo su alcance al ver como este último ha girado alrededor de explicaciones que parecen satisfacer las necesidades del status quo en vez de encontrar un nuevo paradigma al respecto.

Con esto en mente el legislador o el juez constitucional se ven en el dilema de asumir ya sea una visión liberal que proteja la autonomía de la voluntad de las personas fundamentándose en su derecho a disponer libremente de sus cuerpos y consciencias, o bien, aceptar un grado de paternalismo fundamentándose en el rol garantista del Estado social de derecho en base al principio de solidaridad. Cabe notar que los cambios sobre la cuestión social que se vivieron durante los siglos postmodernistas en culturas occidentales dieron como resultado tres grandes corrientes políticas ideológicas que fueron chocando en contra del liberalismo librecambista decimonónico y que influyen fuertemente en el tema a tratar, estos son: el liberalismo igualitario, el conservadurismo católico, y la socialdemocracia.²¹⁴

²¹³ Citado en: Pierre Claude Nolin., *Le cannabis: positions pour un régime de politique publique pour le Canada*. Rapport du Comité Spécial du Sénat sur les Drogues illicites, 2002. Cfr. Pires, A.P. (2002), *op. cit.*, p. 8.

²¹⁴ Alemany García señala que: “Tomo la expresión de “liberalismo igualitario” de C. S. Nino, quien lo define como el liberalismo “que propugna un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de los menos favorecidos” y lo contrapone al “liberalismo pasivo o clásico que es partidario del Estado mínimo o gendarme”, en Nino, C. S.: *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 314 Con respecto al enfrentamiento del liberalismo occidental con la cuestión social a la que se hace referencia en el texto (el tránsito del liberalismo librecambista al que se ha denominado igualitario) Nicola Matteucci señala que se produjo un desplazamiento del énfasis en las *libertades de* (de religión, palabra, prensa, etc.) a “ las *libertades respecto de* (o sea de las carencias, del miedo, de la ignorancia), y para la consecución de estos fines que estaban en la lógica universalista del liberalismo, se renunció al dogma de la no intervención del Estado en la vida económica y social. Para el liberalismo –continúa Nicola Matteucci- el problema de conciliar la libertad económica y la justicia social (o el socialismo) se ha presentado, por ejemplo, no como un problema ético – donde los valores no están disponibles- sino como un problema práctico de correspondencia de los medios con los fines; y de este modo ha podido hacer una notoria contribución realista al reformismo democrático” El autor señala en sus notas de pie de pagina que: “El socialismo reformista y el conservadurismo católico (paternalismo cristiano) son doctrinas antitéticas en algunas de sus tesis fundamentales...ambas doctrinas confluyen contra el liberalismo librecambista en dos tesis esenciales: la prioridad de la satisfacción de ciertas necesidades básicas y la concepción del Estado como benefactor.(...) Con respecto al enfrentamiento del liberalismo occidental con la cuestión social a la que se hace referencia (el tránsito del liberalismo librecambista al que se ha denominado igualitario) Nicola Matteucci señala que se produjo un desplazamiento del énfasis en las *libertades de* (de religión, palabra, prensa, etc.) a “ las *libertades respecto de* (o sea de las

Una línea de pensamiento que se ampara en el rol paternalista de la iglesia y en la intervención estatal como mecanismo de justicia social, argumenta que si bien el individuo puede comprometer voluntaria y razonablemente su salud e incluso llegar a disponer de su vida si desea, esto no significa que sus actos sean indiferentes para el estado o que estos no repercutan indirectamente para el resto puesto que existe todo un entramado de relaciones sociales sobre los cuales se construye una sociedad próspera. Uno de estos entramados es justamente la relación garantista entre individuo y estado sobre la cual reposa el principio de solidaridad y se construye el Estado Social de Derecho. Este deber garantista implica que el derecho rechace comportamientos que comprometan objetivamente los derechos de las personas y es lo que permite limitar la autonomía de las personas en casos en los que se trata de combatir la *debilidad de la voluntad*.²¹⁵ Casos que según Ernesto Garzón, defensor del paternalismo, “se dan también en el ámbito del paternalismo jurídico cuando el Estado interviene para impedir que con su comportamiento el individuo lesione intereses propios a los que reconoce como más importantes que los deseos que motivan su conducta actual.”²¹⁶ El autor llega incluso a afirmar que dicho juicio de valor paternalista no vulnera el principio de autonomía y libertad ya que:

carencias, del miedo, de la ignorancia), y para la consecución de estos fines que estaban en la lógica universalista del liberalismo, se renunció al dogma de la no intervención del Estado en la vida económica y social. Para el liberalismo –continúa Nicola Matteucci- el problema de conciliar la libertad económica y la justicia social (o el socialismo) se ha presentado, por ejemplo, no como un problema ético – donde los valores no están disponibles- sino como un problema práctico de correspondencia de los medios con los fines; y de este modo ha podido hacer una notoria contribución realista al reformismo democrático” Macario Alemany García. “El concepto y la justificación del paternalismo” Tesis Doctoral dirigida por Dr. D. Manuel Atienza Dr. D. Juan Ruiz Manero Universidad de Alicante. 2005. Pie de página p.25.

²¹⁵ Esta expresión es usada por Ernesto Garzón Valdés y hace alusión a los casos en que la persona carece de un objetividad racional que le permitan agenciar sus acciones con miras a sus interés propio. Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 162. Citado en Alemany. *Óp. cit.* p. 284

²¹⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 162. Citado en Alemany. *Óp. cit.* p. 284

En los regímenes democráticos los electores suelen dar su consentimiento a la adopción de medidas por parte de sus candidatos cuando asuman el gobierno, por ejemplo, para combatir la inflación o la contaminación ambiental, que, al no ser especificadas de antemano pueden en su caso significar una intervención paternalista estatal. Lo que se otorga en estos casos es una especie de “cheque en blanco”, que puede ser cobrado también en contra de la voluntad actual de quien lo emitió.²¹⁷

Además, desde un enfoque utilitarista, no se trata tampoco de pretender crear una sociedad que defienda a ultranza la vida por encima de la libertad por consideraciones de conveniencia moral, sino, considerar que el costo social que representan estos comportamientos limitan considerablemente las posibilidades de alcanzar el principal objetivo que persiguen las estructuras sociales complejas cual es garantizar el pleno desarrollo y goce de los derechos de las personas. Dicho objetivo se trunca si la sociedad debe constantemente soportar las cargas sociales que causa el abuso de drogas. Este ha sido el cuestionamiento de algunos jueces constitucionales que han salvado sus votos afirmando básicamente que:

...se colige que el consumo de drogas no es un acto indiferente, sino lesivo contra el bien común y desconocedor del interés general. Ante esta clase de actos, la ley tiene que prohibir esa conducta, so pena de legalizar un desorden evidente en las relaciones humanas; desorden que imposibilita lograr los fines del Estado Social de Derecho, y que vulnera, en lo más hondo, la dignidad humana...Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada "dosis personal", en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción.²¹⁸

Adicionalmente, el concepto de autonomía que proponen aquellos a favor de permitir el consumo recreativo radica en la premisa de que la persona tiene un grado de libertad y control sobre sus actos que se traduce en una decisión voluntaria y razonable. Pero no se puede pretender que una persona adicta pueda hacer tal juicio de valor ya que su voluntad ha sido gravemente comprometida. El adicto se vuelve una

²¹⁷ Garzón Valdés. *Óp. cit.* p.163 Citado en: Alemany *Óp. cit.* p.285

²¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Cc-221.1994. voto salvado.

suerte de incapaz que perdió la facultad de poder discernir objetivamente lo que es bueno para él, y usando similarmente la figura de la *patria potestas*, la sociedad adquiere justamente un poder de coacción sobre el individuo para velar por el interés del mismo.

La no voluntariedad y la irracionalidad son piedras angulares para defender leyes paternalistas ya que le permiten al estado tomar una decisión por el individuo libre de la coacción ejercida por error o la fuerza a los que pudiera estar sometido este último. Este orden de ideas supone que el individuo da un consentimiento hipotético para que el estado intervenga en casos en que este último se vea imposibilitado de tomar una decisión por sí mismo. Según Garzón, “este consentimiento hipotético sería una hipótesis de racionalidad o de normalidad, de acuerdo con la cual podría pensarse que la medida paternalista está justificada si toda persona racional podría estar de acuerdo con esta medida.”²¹⁹ Por lo mismo, cuando el legislador estima que una persona se ve seriamente afectada o incapacitada para poder tomar una decisión que la mayoría tacharía de “razonable”, este legitima su intervención aduciendo el deber de cuidado que tienen las instituciones de poder frente a la vulnerabilidad del sujeto.

La línea de pensamiento jurídico-filosófico opuesta se fundamenta en la prevalencia de la libertad como un eje fundamental de las personas sosteniendo que esta solamente puede limitarse para evitar el daño a terceros. Este argumento sostiene que los comportamientos auto referentes lesivos sólo afectan a quien los realiza y que las personas lo hacen voluntariamente y a sabiendas del riesgo que esto representa. John Stuart Mill, padre del utilitarismo formuló este principio de la siguiente manera:

La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente.

²¹⁹ Garzón Valdés. *Óp. cit.* p.163 Citado en: Alemany *op. cit.* p.286

Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás.²²⁰

En materia civil de derechos de daños esto es lo que se conoce como la teoría de la *asunción del riesgo*²²¹ la cual permite limitar la responsabilidad de terceros bajo la premisa de que las personas están conscientes e informadas de los riesgos y daños inherentes de las actividades que realizan. Bajo este supuesto, el Estado no estaría autorizado a limitar la libertad de acción y concertación de las personas solamente porque lo estima indeseable, inconveniente o peligroso y respeta la autonomía de la voluntad siempre y cuando las personas tengan una descripción fehaciente y exhaustiva del riesgo inherente a cada actividad y el prestador –si lo hubiere– no incurra en falta de diligencia debida. Limitar dicha libertad implicaría adoptar un reparo moralista fundamentado en ideales de inocuidad o excelencia humana. Esta es una interpretación bastante humanista y recoge el criterio de la Corte Americana la cual manifestó que:

...el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones

²²⁰ John Stuart Mill. (1986), *On liberty*. New York, Prometheus Books, p.16-19. Citado en Uprimny, Rodrigo. *Drogas derecho y democracia*. Op. cit. punto 3.

²²¹ Para más información vid: Encarna Roca Trias “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español” *Indret Revista Para El Análisis Del Derecho*: Barcelona, Octubre 2009.

opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones.²²²

Esta línea de pensamiento se respalda en el hecho de que la salud de las personas es un derecho cuyo titular es el individuo que no se confunde con el deber de salubridad o atención médica sobre los cuales reposa el concepto indeterminado de salud pública. Si el estado, es decir, el colectivo, en su deber de garantizar a sus miembros el más alto nivel de salud estima conveniente vivir una vida libre de vicio, llena de ejercicio y alimentación sana, tiene a su disposición toda una serie de herramientas y recursos menos gravosos y más razonables para incentivar a las personas a seguir este patrón de vida. Pero esto no justifica obligar a las personas a seguir determinados patrones de conducta pues a quien interesa en última instancia gozar de una vida sana es al individuo y no al resto. Decir lo contrario implicaría reconocer que la salud de las personas representa un interés más útil para el colectivo que para el propio individuo alienando a las personas de su capacidad de tomar decisiones libres y responsables sobre su cuerpo y está a dos pasos de legitimar una sociedad Orwelliana en donde nadie es libre de decidir qué es bueno o malo para uno mismo. Como lo comenta el jurista americano Joel Feinberg:

El Estado pudiera incluso usar justificadamente sus poderes de fijar tasas, intervenir o persuadir para hacer el fumar (y otros consumos de drogas similares) más difícil o menos atractivo; pero prohibirlo completamente para todos sería decirle al que asume el riesgo voluntariamente que incluso sus juicios informados de lo que es valioso son menos razonables que los del Estado, y que en conclusión, no puede actuar de acuerdo con ellos. Esto es el más puro paternalismo duro, no mediado por el estándar de la voluntariedad. Como principio de la política tiene un fuerte olor a moralismo y crea un serio riesgo de tiranía gubernamental.²²³

Uprimny señala que:

²²² CIDH en el caso Ximénez López vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez.

²²³ Joel Feinberg: *Harm to Self*. p. 134 citado en; Macario Alemany García. *El Concepto y la Justificación del Paternalismo*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante. 2005. p. 256

Un Estado fundado en el pluralismo y respetuoso de la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas no puede imponer, por medio del derecho penal, a sus ciudadanos modelos de virtud o formas de vida. Si se admite que el Estado prohíba u ordene a alguien efectuar una conducta sólo porque ésta es perjudicial para su propia salud o porque el Estado la considera inmoral, se habrá eliminado todo límite a la interfe-rencia estatal en la auto-nomía de las personas. Mañana se podrá penalizar el homosexua-lismo, consumir chocolates o leer determinados libros.²²⁴

Este ha sido el criterio mayoritario de los jueces de la Corte Constitucional colombiana al respecto la cual consideró que:

...considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen...²²⁵

El mismo razonamiento ha sido utilizado por la corte constitucional argentina en su famoso fallo Arriola del año 2009 por el cual concluyó que la criminalización de la tenencia de estupefacientes era inconstitucional en la medida “en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.”²²⁶

Ahora bien, estas dos líneas de pensamiento ponen en un dilema muy complejo a toda persona que deba decidir al respecto ya que ambas tienen cierto grado de lógica. Nótese empero que la misma idea de racionalidad que usan los paternalistas implica un juicio de valor sumamente relativo y que influye enormemente en el caso a tratar. En una sociedad donde lo razonable puede ser la persecución del hedonismo y el libertinaje, el uso de drogas recreativas puede verse como algo puramente prosaico y aceptable, mientras que en una sociedad conservadora con un alto trasfondo solidario la respuesta resulta obvia. No es curioso que los fallos al respecto denoten claramente la línea de pensamiento ideológica de los jueces y casi siempre los votos salvados se traban en este punto. Este juicio de valor subjetivo es lamentablemente lo que casi

²²⁴ Uprimny, Rodrigo. Drogas, Derecho y Democracia. *Óp. cit.* punto 3.

²²⁵ Corte constitucional de Colombia. Cc-221.1994. punto 6.2.4.

²²⁶ Corte Suprema de Justicia Argentina. Recurso De Hecho □ Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 p.12. párr.36. y pág. 63-64 párr. 30.

siempre va a transar el tema cuando se trata de determinar si la restricción del consumo obedece o no a una necesidad imperiosa. Hay que recalcar sin embargo que los avances legislativos en la región denotan claramente la tendencia en aplicar principios a favor de la autonomía individual invocando el espíritu democrático y humanista de la mayoría de las cartas políticas de las naciones aduciendo que la criminalización del consumo perjudica aún más los derechos de los adictos y que el deber de garantizar la salud de las personas por parte de los estados se verifica a través de los instrumentos de las políticas de salud y educación.²²⁷

Personalmente considero que los dos puntos de vista son válidos hasta cierto punto y que pueden llegar a equilibrarse en la medida que ambos reconocen implícitamente ciertas concesiones a sus premisas. Por un lado el libertinaje reposa sobre la capacidad que tienen las personas a tomar decisiones libres e informadas sobre su salud pero reconoce ciertamente la necesidad de intervenir en algún punto para velar por los derechos de los demás. Por otro lado, el prohibicionismo está consiente de la existencia de un umbral de decisión razonable que justifica en principio la toma de decisiones riesgosas hasta cierto punto. Sin embargo, cuando se decide optar por una u otra línea de pensamiento basándose en la escogencia de convicciones ideológicas

²²⁷ En este sentido, la ley brasileña 11.343, del 23 de agosto de 2006, instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas y en su artículo 28 decidió contemplar la tenencia para consumo personal a la que no incrimina penalmente sino que aplica sustitutivos penales como la advertencia al tenedor sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad o la aplicación de medidas educativas de asistencia a cursos educativos. El código penal peruano, sancionado por Decreto Legislativo N1 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año preveía la exención de pena en su artículo 299, bajo el título de "posesión impune de droga" el que luego de su modificación por el artículo 1 de la Ley N° 28.002, publicado el 17 de junio de 2003, mantuvo la misma impronta. Por su parte, la ley 19.366 de la República de Chile, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas resultó sustituida por la ley N1 20.000, promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada el 16 del mismo mes y año y en su artículo 41, deja impune la tenencia para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A su vez, la Ley N1 1340 de la República de Paraguay, del 20 de octubre de 1988, que modifica y actualiza la ley N1 357/72 y que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en aquel país, regula en su artículo 30 la tenencia para exclusivo uso personal a la que deja exenta de pena. V. Corte Suprema de Argentina. Fallo Arriola y otros *Óp. cit.* párr.34

poco espacio queda al estudio del agenciamiento de estas dos opciones ya que el discurso bipartidista trata de llevar la balanza al extremo de cada lado, y, dependiendo de la filosofía de vida que cada persona pueda tener, los dos puntos de vista pueden ser defendidos razonablemente. Esta miopía ha sido un problema recurrente a lo largo de la historia y lo que permitió en su momento al estamento terapéutico recetar metanfetaminas a las amas de casa y al prohibicionismo prohibir la cerveza y cerrar los casinos. Esto se debe a que ambos puntos de vista parten de una premisa que comparten pero que valoran diferentemente, esto es, que las drogas representan un riesgo. Por estas razones es que el debate jurídico de las drogas no debería girar en torno a la justificación de la legalización absoluta por un lado y a la criminalización del consumo por el otro. La pregunta que surge es saber en qué casos se necesita una intervención estatal pero sobre todo saber qué tipo de intervención es la que permite lidiar eficazmente con el problema sin caer en abusos o excesos de poder. Por ejemplo en base a este análisis, el día 4 de noviembre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte Nacional de justicia de México emitió un fallo que marca un punto histórico en la jurisprudencia de un país que ha estado envuelto en un ambiente de violencia y corrupción. El colectivo SMART (Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante) presentó un recurso de revisión de amparo frente a la negación de una petición que les permitiese cultivar sin fines de lucro cannabis para uso personal. La corte falló 4 contra 1 a favor del recurrente y concedió el recurso reconociendo el derecho al pleno desarrollo de la personalidad y alegando que la prohibición de su siembra, cultivo y consumo no verificaba el requisito de proporcionalidad tenida cuenta de la evidencia científica al respecto.²²⁸ La corte declaró inconstitucional varios

²²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, México Expediente 237/2014. <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>

artículos de la Ley General de Salud mexicana que prohibían la siembra, cultivo o tenencia del cannabis, aunque el comercio de la sustancia se mantiene tipificado como delito. El presidente Peña Nieto manifestó que: "El criterio expresado este día abrirá un debate sobre la mejor regulación para inhibir el consumo de drogas, un tema de salud pública...México ha promovido en foros internacionales, una "amplia discusión" para enfrentar el desafío global de las drogas."²²⁹.

Por más que se pretenda abogar por un derecho penal liberal que esté a favor de la autonomía de las personas y una intervención mínima del estado, o, por una cosmovisión basada en el estado social de derechos garantista y proactivo, vemos que en algún momento la discusión va inevitablemente girar en torno la valoración del riesgo con el que tenemos que lidiar. Por lo mismo, el margen de apreciación con el cual estimamos el grado de lesividad de un comportamiento no puede desconocer un análisis empírico y comparativo. Por esta razón, la necesidad no es el único factor que hemos desarrollado para hacer este juicio de valor tan delicado. La idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad son elementos que deben jugar un papel sumamente importante en este debate ya que permiten determinar si el mecanismo de intervención que se usa para lidiar con estos riesgos es el adecuado. Este ha sido el punto de partida de la mayoría de comitivas y mesas de trabajos de numerosos especialistas en el tema cuyas conclusiones nos permitimos adelantar: las leyes y políticas en la materia de drogas deben despenalizar el consumo personal y poner en marcha modelos de despenalización regulada del lado de la oferta.

²²⁹ CNN Expansión. "La SCJN da luz verde al uso recreativo de la marihuana" Miércoles, 04 de noviembre de 2015. <http://www.cnnexpansion.com/economia/2015/11/04/la-scjn-perfila-permitir-el-uso-recreativo-de-la-marihuana>

2.5. La eficacia o idoneidad del prohibicionismo

Esto nos lleva a verificar el tercer requisito que debe cumplir toda restricción cual es su eficacia o idoneidad. Por un principio básico y de respeto, el legislador no puede pretender redactar normas encaminadas a regular la vida social sin interesarse en verificar sus efectos. Aquellos que consideran al derecho como una ciencia social, justamente hacen hincapié en la posibilidad de medir con certeza los diferentes efectos que tienen las normas en la sociedad. La eficacia o idoneidad consiste en que la norma en cuestión permita cumplir los efectos que se esperan de ella. Como lo comenta Gloria Mesa Lopera:

Se entenderá que tal es el caso cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención; por el contrario, la medida se reputará carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido.²³⁰

Por esta razón no es curioso encontrar que en el fallo Arriola el pleno de la corte suprema argentina empiece por hacer alusión a las razones pragmáticas y utilitaristas que habían motivado sus fallos anteriores los cuales habían defendido la criminalización del consumo. La corte empieza por citar estadísticas y datos relevantes de su país para intentar determinar si la legislación penal que analiza ha logrado cumplir los objetivos que presagiaba.²³¹

En la actualidad, puede desde ya especularse que la declaratoria beligerante hacia las drogas haya sido una respuesta fácil pero bien intencionada para un problema que merecía un poco más de detenimiento y estudio en un momento histórico en que el

²³⁰ Gloria Lopera Mesa. “Principio De Proporcionalidad Y Control Constitucional De Las Leyes Penales”, en *El principio de proporcionalidad.... Óp. cit.* p.276.

²³¹ v. Corte Suprema de Justicia Argentina. Recurso De Hecho □ Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 p.12. párr. 16.

abuso de sustancias y la brutal violencia derivada del narcotráfico avecinaban una posible pandemia de intoxicación, el decaimiento de la sociedad y su orden público; o, bien tal vez, esconder un propósito un poco más oscuro y draconiano respaldado por el control social, ideales morales de excelencia humana e intereses geo-políticos y económicos. Pero sea lo que sea, actualmente tenemos a nuestra disposición algo sumamente importante para empezar a criticar el modelo actual en materia de drogas, *el tiempo*.

Cuando en 1920, ante el pedido de miles de ciudadanos de la época solicitando la abolición del alcohol, el congreso americano pasaría su enmienda XVIII, la llamada ley seca, nadie imaginaría que al llegar la gran depresión una década después, la misma gente se tomaría las calles pidiendo que se abandone la restricción. Para entonces, los intentos de controlar el consumo excesivo de alcohol habían germinado inevitablemente un tráfico y producción del mismo de manera clandestina y el fomento de canales de corrupción institucionalizada. Aquellas personas y familias con conexiones en los puertos o en el extranjero encontrarían un negocio sumamente rentable en el mundo sin reglas del contrabando. Así, la disputa por mantener el monopolio y control de la demanda ilegal trasladaría la violencia de la guerra a las calles. La época de Al Capone y el crimen organizado había nacido.²³²

Cuando la ley seca sería abolida y una vez que el sistema prohibitivo se asentara campalmente a lo largo de EE.UU y el mundo para erradicar a toda costa los peligros inherentes al uso de drogas; muchas personas que habían lucrado de la prohibición del alcohol y que ahora presagiaban su ruina, empezarían a traficar narcóticos. Así nacería *la conexión francesa* o *french connection* por la cual familias organizadas de inmigrantes transportarían desde Marsella heroína que venía desde Turquía para ser

²³² Thornton. *Óp. cit* p.45.

revendida en las calles de Nueva York y San Francisco. Una vez erradicado el problema desde Francia surgiría el tráfico a través del *triangulo dorado* en Burma. Cuando la intervención diplomática no sería eficaz, los esfuerzos militares serían la segunda opción. Controlado el problema desde Asia, la producción y tráfico se trasladarían al “patio trasero” de los americanos.²³³ El cartel de Medellín, liderado por Pablo Escobar Gaviria no sólo se convertiría en una de las primeras mafias billonarias de sur américa sino que sentaría las bases para financiar una guerra revolucionaria entre el Estado de Colombia y sus frentes militares socialistas envolviendo al país hermano hasta el día de hoy en el conflicto armado más largo y violento de su historia. Así, sucesivamente el problema del tráfico de drogas ilegales se asemejaba a la historia de Hércules y la Hidra de Lerna, cuando se cortaba una cabeza del monstruo aparecerían dos. No es de asombrarse que durante el gobierno del presidente republicano Ronald Reagan, el uso y contrabando de heroína sería cinco veces más importante que durante el periodo de Nixon diez años antes. La experiencia reciente en América Latina muestra que cuando un país es exitoso (localmente) en la lucha contra, la producción y el tráfico de drogas –lo cual es la excepción a la regla– las organizaciones del tráfico de drogas se desplazan a otros países donde encuentran ambientes más favorables para realizar sus operaciones.²³⁴ De hecho investigaciones recientes concluyen que:

La escasez creada por políticas de interdicción de cocaína más eficientes en Colombia pueden ser responsables por un incremento de 21.2% y de 46% en homicidios y muertes relacionadas a las drogas, respectivamente, experimentados en el norte de México.²³⁵

²³³ Documental de History Channel. *Hooked, ... Óp. cit.*

²³⁴ LSE. *Informe... op. cit.* p.28

²³⁵ Castillo, J., D. Mejía y P. Restrepo, “*Scarcity without Leviathan: The Violent Effects of Cocaine Supply Shortages in the Mexican Drug War*” [Escasez sin una Criatura Monstruosa: Los Violentos Efectos del Desabastecimiento de Cocaína en la Guerra contra las Drogas en México], *Center for Global Development WP # 356*, febrero (2014). □citado en LSE. *Informe... Óp. cit.* p.30.

Debido a la globalización, el tráfico de drogas obedece a una división internacional del trabajo por la cual cada intento de erradicar su presencia estimula la creación de redes de mercadeo alternativas. La demanda de drogas se mantiene en constante crecimiento lo que indica que los posibles efectos positivos que pudieran observarse en determinado país producto de la guerra a las drogas no son el resultado de una erradicación del problema sino más bien del desplazamiento del mismo hacia otra jurisdicción.

Como lo declaró la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia:

Las políticas prohibicionistas basadas en la represión de la producción y la 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.²³⁶

Por otro lado la Comisión Global de Políticas de Drogas²³⁷ concluyó en su informe sobre la guerra a las drogas que:

La guerra global a las drogas ha fracasado, con consecuencias devastadoras para individuos y sociedades alrededor del mundo. Cincuenta años después del inicio de la Convención Única de Estupefacentes, y cuarenta años después que el Presidente Nixon lanzara la guerra a las drogas del gobierno norteamericano, se necesitan urgentes reformas fundamentales en las políticas de control de drogas nacionales y mundiales.²³⁸

²³⁶ Declaración de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. 2008. Creada por los ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso de Brasil, César Gaviria de Colombia y Ernesto Zedillo de México e integrada por 17 personalidades independientes, dentro de las cuales consta Raul García Sayan. La Comisión evaluó el impacto de las políticas de “guerra a las drogas” y formuló recomendaciones para estrategias más eficientes, seguras y humanas.

²³⁷ La comisión global de política contra las drogas es una organización sin fines de lucro que promueve a través de un panel interdisciplinario de personajes de renombre que incluyen ex mandatarios, académicos y especialistas que promueven un cambio legislativo a favor de la despenalización del consumo y regulación de drogas. dentro ellos resaltan, Kofi Annan, Mario Vargas Llosa, el ex presidente de Chile Ricardo Lagos, ex presidente de Suiza Ruth Dreifuss, Ex Presidente De Colombia Cesar Gaviria, el ex presidente de Brazil Fernando Henrique Cardoso y el Ex presidente de México Ernesto Cedillo.

²³⁸ Global Commission On Drug Policy, *Informe De La Comisión Global De Políticas De Drogas*. Junio 2011 en: <http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/> (Acceso: 02/09/2014)

Si bien el consumo de ciertas sustancias estupefacientes parece haberse reducido en ciertos casos o aumentado en otros,²³⁹ la popularidad del uso recreativo de las drogas evidencia un incremento proporcional con el crecimiento demográfico. Según el último reporte de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la prevalencia mundial del consumo de drogas ilícitas y el consumo de drogas problemático²⁴⁰ se mantiene estable, y el total de consumidores de drogas en el mundo va ajustándose cada vez más al aumento de la población mundial.²⁴¹ Sin embargo ciertas sustancias parecen haber tenido un crecimiento pronunciado en los últimos años como son los estimulantes de tipo anfetamínico y los opioides cultivados en países de medio oriente o del sudeste asiático. De hecho, desde 1998 hasta 2008, el crecimiento del consumo de opioides a nivel mundial aumentó en 34,5 %, el de la cocaína en 27% y el del cannabis en 8,5%.

	Opiáceos	Cocaína	Cannabis
1998	12.9 millones	13.4 millones	147.4 millones
2008	17.35 millones	17 millones	160 millones
% de Incremento	34.5%	27%	8.5%

Cuadro 1 Estimaciones de la Onu del consumo de drogas, 1998 a 2008²⁴²

²³⁹ Los datos exactos sobre consumo y cantidad de estupefacientes son difíciles de medir, las agencias gubernamentales pueden ya sea intentar determinarlo ya sea a través de la demanda o desde la oferta. Sin embargo trabajan sobre modelos estadísticos y aproximaciones más que sobre evidencia puramente empírica. Para mayor información usaremos a lo largo ciertos datos de los reportes mundiales de las drogas de la UNDOC así como de otras instituciones y organizaciones, con las reservas que estas conllevan.

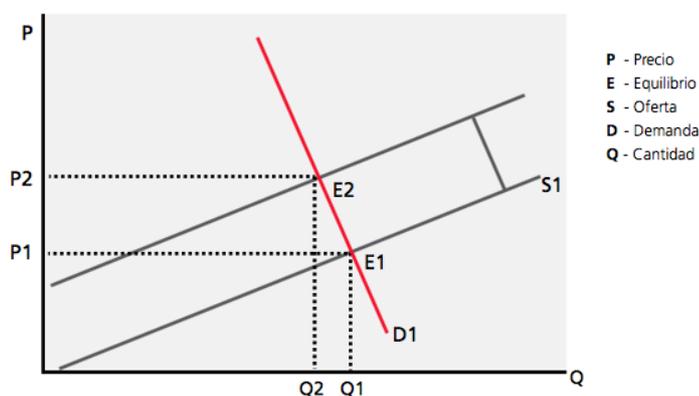
²⁴⁰ No hay una definición estándar del consumo de drogas problemático. Este concepto puede variar de un país a otro y referirse a consumidores de alto riesgo, como los de drogas por inyección, los consumidores diarios y las personas con diagnóstico de trastornos de consumo o drogodependencia basados en los criterios clínicos de la Clasificación Internacional de Enfermedades (décima revisión) de la Organización Mundial de la Salud y el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (cuarta edición) de la American Psychiatric Association, o en cualquier criterio o definición análoga aplicable.

²⁴¹ United Nations Office On Drugs And Crime. *World Drug Report 2014* (United Nations publication, Sales No. E.14.XI.7 https://www.unodc.org/documents/wdr2014/World_Drug_Report_2014_web.pdf)

²⁴² Global Commission on Drug Policy.. *Informe de la comisión global Óp. Cit. p.4.*

Este fenómeno es de particular interés al momento de analizar la eficacia de la política prohibicionista. Recuérdese que un objetivo de esta estrategia busca incrementar el precio de las drogas para desincentivar su consumo. Pero esta política no considera un elemento fundamental de las adicciones. Debido a la fuerte inelasticidad de las drogas por su falta de sustitutos, el incremento en su precio genera un cambio bastante leve en el nivel de la demanda. No sólo eso, a medida que el efecto inicial se diluye, el mercado de las drogas vuelve a un punto de equilibrio. Al respecto, en un informe realizado por un panel interdisciplinario de la London School of Economics, John Collins afirma que:

En un mundo donde la demanda permanece relativamente constante, suprimir la oferta puede tener efectos de alcance limitado sobre los precios. En una industria sin vinculaciones de permanencia como la de las drogas ilícitas, estos incrementos sobre los precios incentivan un nuevo incremento de la oferta, mediante cambios en las cadenas de suministro de la mercancía. A continuación, este cambio se retroalimenta en precios más bajos y un eventual retorno a un equilibrio de mercado similar al que existía antes de la intervención para la reducción de la oferta.²⁴⁴



Cuadro 2 Relación entre oferta y demanda en el mercado de drogas²⁴⁵

Jonhatan Caulkins, otro analista que participó en el reporte recalca que a pesar de que el prohibicionismo no parece haber erradicado por completo el consumo de

²⁴⁴ John Collins “La Economía de una Nueva Estrategia Global”. *Acabando con las guerra contra las drogas*. London School of Economics Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas. LSE Ideas. 2014. p. 9

²⁴⁵ *Id.* p10.

narcóticos, tampoco hay que descartar que cumple sus objetivos hasta cierto punto. Si bien el incremento del precio no parece ser un factor determinante para el adicto crónico, el aumento del precio y la dificultad de obtención son factores mucho más determinantes para el consumidor joven y recreativo. Según él, incluso admitiendo que los costos de la prohibición son enormes, esto no implica automáticamente que estos costos excedan los beneficios potenciales de una reducción de la dependencia, pues estos beneficios pueden ser también considerables. Sin embargo, él mismo admite que esto no se aplica a países de origen o de tráfico debido a la prevalencia de la violencia y crimen relacionados con el tráfico y producción más allá de los daños que representa el consumo problemático.²⁴⁷ Además en mercados maduros de drogas ilícitas como EE.UU. y Europa, esta alza momentánea del precio no afecta significativamente la demanda y lo cierto es que a medida que los mercados de drogas se consolidan, los efectos iniciales de la prohibición en la demanda se reducen significativamente.²⁴⁸ Hay que hacer hincapié en el hecho de que los costos del prohibicionismo son reales mientras que los costos sociales de los que se habla en caso de una legalización son aproximaciones estadísticas que no necesariamente pueden ser representativas de la realidad.

Sin embargo, la tendencia a largo plazo evidencia una reducción paulatina de los precios de drogas cuando se comparan los precios ajustándose a la inflación. En una investigación de tres años llevada a cabo por WOLA para examinar los efectos de la política americana en América Latina se concluye que desde mediados de los ochentas, “los precios de las drogas ilegales han disminuido en forma constante, mientras que la

²⁴⁷ *Id.* p.16.

²⁴⁸ v. Johantan Caulkins. “Efectos de la Prohibición, la Aplicación de la Ley y la Interdicción sobre el Consumo de Drogas” *Acabando con la guerra contra las drogas*. London School of Economics Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas. Prefacio. LSE Ideas. 2014. P.16.

oferta sigue abundante....Existe una brecha enorme entre los objetivos declarados por las políticas anti drogas de los estados unidos y los resultados concretos que se han logrado desde los setentas.”²⁴⁹ El ejemplo de las estrategias utilizadas en el Plan Colombia revelan la falta de efectividad que estas han tenido y los efectos contraproducentes para el medio ambiente que han causado. Como la señalan Daniel Mejía y Pascual Restrepo:

Se ha demostrado que...las campañas de fumigación aérea de los cultivos de coca... tienen un efecto muy reducido (o nulo) sobre las cantidades producidas y los precios de la sustancia....Más aún, se ha comprobado que las campañas de fumigación generan problemas de salud en las poblaciones rurales expuestas a los herbicidas empleados en estas campañas; daños al medio ambiente; y deterioro de la confianza en las instituciones del Estado.²⁵⁰

Por otro lado hay que reconocer que las autoridades incautan en promedio apenas entre el 5% y 10% del tráfico ilícito de drogas,²⁵¹ lo que quiere decir que aún redoblando los esfuerzos y la eficacia del control policial la diferencia sería insustancial de todas maneras. Debe señalarse además que las estadísticas que indican un crecimiento en la cantidad de droga confiscada o decomisada son un doble indicador. Es decir, que por un lado se está reduciendo la cantidad de droga que circula en determinado momento en el mercado, pero por otro revela que el tráfico de drogas opera cada vez más en escalas mayores. Lo cierto es que no se puede usar como argumento para defender la eficacia del prohibicionismo el hecho de que los atracos reporten decomisos cada vez mayores.

²⁴⁹ Youngers, Coletta. “Los daños colaterales...”en *Entre el control social.... Óp. cit.* p.220. cfr. Coletta Youngers, Eileen Rosin (ed.) *Drogas Y Democracia En América Latina: El Impacto De La Política De Los Estados Unidos*. Buenos Aires: Biblos, 2005.

²⁵⁰ LSE. *Informe... op. cit.* p.29-30.

²⁵¹ J Wiarda. "Drug Policies in Western Europe" en Hans-Jorg Albrecht, Anton van Kalmthout. *Drug Policies in Western Europe*. Freiburg: Instituto Max Planck, 1989, p 31. Citado en: Uprymni. *Drogas,...Óp..cit.* Punto. 4.1

Todas estas consideraciones desvirtúan profundamente la eficacia de la prohibición y lo que llevó en parte a la corte argentina a sostener que la criminalización del consumo:

...carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de los individuos.²⁵²

2.6. Proporcionalidad: Los costos constitucionales de la prohibición

La ineficacia no es la única preocupación, el principio de proporcionalidad en sentido amplio sugiere que el daño causado por la restricción de un derecho no debe ser mayor al daño que se intenta evitar. Dicho principio fue desarrollado por la jurisprudencia y doctrina alemanas después de la segunda gran guerra. Nacería como un límite al alcance del poder ejecutivo y se aplicaría posteriormente a la restricción de derechos fundamentales a medida que el constitucionalismo tomaría cabida. No sería sino hasta 1949 mediante la expedición de la ley fundamental de Bonn, que su tribunal constitucional definiría a este principio como “un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos.”²⁵³ La misma definición sería adoptada por el tribunal constitucional federal alemán sucesivamente. Este principio se encuentra recogido

²⁵² Fallo Arriolla *op. cit.* p.60 párr. 28.

²⁵³ Rainer Arnold José Ignacio, et al. El Principio De Proporcionalidad En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional. Estudios constitucionales vol.10 no.1 Santiago 2012. *Cfr.* Fernández Nieto, Josefa (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común Europeo*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos. p.283. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000100003&script=sci_arttext#n11

como una garantía básica en el artículo 76 numeral 6 de nuestra carta magna y como vimos en el punto 2.2, como principio hermenéutico.²⁵⁴

En sentido amplio este principio implica considerar la severidad con la cual se está afectando un derecho y compararlo con la satisfacción de otro derecho que se intenta proteger. Para el caso en cuestión, esto no se limita a decir que la restricción del consumo sacrifica la libertad de las personas para proteger su salud y que si no hubiera prohibición el consumo de drogas se dispararía exponencialmente. Primero, como vimos al analizar la lesividad del consumo, muchas veces es difícil ponderar un derecho fundamental con otro de la misma categoría y mucho más cuando los dos derechos recaen sobre el mismo sujeto. Se trata de evitar caer en la dicotomía de estimar si es que una vida libre pero sin salud es más deseable que una llena de salud pero sin libertad. Segundo porque las repercusiones sociales de una restricción trascienden los meros efectos directos que esta puede tener. El legislador no puede pretender justificar la imposición de una pena por sus meros efectos inmediatos y evidentes sin hacer un reparo comparativo de los efectos secundarios y los resultados que pudieran tener otras opciones. Por lo mismo se vuelve necesario determinar cuales han sido las consecuencias del prohibicionismo más allá de los efectos evidentes que la misma ha tenido.

La política prohibicionista ha favorecido ciertas irregularidades en el campo jurídico que algunos autores llaman “costos constitucionales.” Estos costos se entienden como contradicciones institucionales y sistémicas en el estado de derecho de una nación que son consecuencia directa o indirecta de la aplicación de una política

²⁵⁴ Artículo 76 Núm. 6: “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: ...6 La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. □

criminal que opta por un derecho penal autoritario y robusto en la materia. Alejandro Madrazo define a estos costos como “cambios en los sistemas legales de los países involucrados en la guerra contra las drogas, los cuales van en contra de sustanciales compromisos normativos (es decir, compromisos constitucionales) antes mantenidos por el sistema de gobierno.”²⁵⁵ Para el autor estos costos no son “problemas relacionados a prácticas inconstitucionales por parte de las autoridades, sino más bien de una alteración de lo que se considera el orden constitucional para acoger las políticas y prácticas desplegadas por las autoridades a fin de aplicar mejor la prohibición.” Según él, estos costos consisten en la vulneración a los derechos fundamentales, la reestructuración de nuevas formas de gobierno, y el socavamiento a la seguridad jurídica al fusionar conceptos legales con funciones estatales.²⁵⁶

Zaffaroni, si bien no usa el término “costo constitucional” aduce enfáticamente que la política de “Guerra” implica una ideología punitiva autoritaria que resulta útil para un gobierno que busca satanizar y erradicar un cierto enemigo apelando a la preservación de intereses nacionalistas, económicos o sociales. Puntualmente señala que:

“Todas las leyes penales autoritarias son 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 estalinismo, 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 a la legalidad y resulta delito todo acto contrario a la persecución de la salud pública, 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.”

²⁵⁵ Madrazo, Alejandro. “Los Costos Constitucionales de la “Guerra contra las Drogas” en *LSE IDEAS Acabando con... op.cit.* p.59

²⁵⁶ *id.* p.60

2.6.1. La perpetuación de la violencia y corrupción

Debido a su ilegalidad, el costo de un kilo de cocaína en su lugar de producción versus en sus destinos finales de venta es 500 veces más alto, el de la heroína alrededor de 170 veces. Compárese con la diferencia del café la cual es en promedio cinco veces mayor.²⁵⁷ Si el comercio mundial de drogas ilegales fuera un país, tendría la 20va economía más grande del mundo. En 2005, las Naciones Unidas estimó que el comercio mundial de drogas ilegales tuvo un valor superior a 320 billones de dólares. En los Estados Unidos, si las drogas ilegales fueran gravadas con tasas comparables a las del alcohol y el tabaco, producirían \$46,7 mil millones en ingresos fiscales. La legalización de las drogas ahorraría solamente en ese país unos 41 millones de dólares al año en la aplicación de las leyes contra las drogas y vale notar que desde 1970, la guerra de las drogas le ha costado a la potencia americana aproximadamente 1 trillón de dólares.²⁵⁸

Hay que entender que la guerra contra las drogas es justamente eso. Se trata de un conflicto armado entre dos fuerzas opuestas con objetivos antagonistas y dotadas de recursos billonarios. Mientras la prohibición exista, el valor agregado de las drogas va a ser una invitación permanente para el crimen organizado. Esto ha causado un constante choque de fuerzas que se traduce en una violencia sistemática y recurrente. Además dicho conflicto crea una normalización de la criminalidad y conflicto. Al

²⁵⁷ OEA. *Informe op.cit.* p. 56-57.

²⁵⁸ Branson, Richard *War on drugs a trillion-dollar failure*, Special to CNN December 7, 2012 <http://edition.cnn.com/2012/12/06/opinion/branson-end-war-on-drugs/> (acceso: 11/09/2014) según el análisis de Uprimny: “El presupuesto federal estadounidense para combatir el narcotráfico ha pasado de menos de 1.200 millones en 1981 a aproximadamente 2.300 millones en 1986, a 7.860 millones para el año fiscal 1990 y a unos 12.000 millones en años posteriores. Además, si se incluyen todos los gastos públicos no sólo los del gobierno federal la prohibición cuesta al contribuyente en los Estados Unidos entre 80.000 y 100.000 millones de dólares” Uprimny, Rodrigo. *Drogas, Derecho y Democracia*. Texto presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL. Ver punto 4.1.

respecto el informe de la secretaría general de la OEA realizado en 2013 considera que:

La criminalización de amplios sectores de la población puede tener un efecto pernicioso en la “naturalización” del delito y la transgresión a las normas en una proporción creciente de la sociedad, sumado a la “normalización” de la actividad criminal a medida que se extiende la economía ilegal de las drogas, siendo ambos fenómenos corrosivos para la cohesión social.²⁵⁹

Un estudio de un panel de académicos y expertos en materia de salud pública que llevó a cabo una revisión de la evidencia sobre el impacto del incremento de la aplicación de la ley en la violencia relacionada con el mercado de drogas concluyó que:

La evidencia existente sugiere que probablemente la violencia relacionada con las drogas y las altas tasas de homicidio sean una consecuencia natural de la prohibición de drogas, y que los métodos cada vez más sofisticados y mejor dotados de recursos para desbaratar las redes de distribución de drogas pueden involuntariamente aumentar la violencia.²⁶⁰

El estudio de la LSE analiza otras investigaciones recientes que han demostrado cómo el incremento del volumen de los mercados ilegales de drogas observados durante el período entre los años 1994 y 2008 causaron aproximadamente el 25 por ciento de la tasa actual de homicidios en Colombia. Esto representa cerca de 3,800 homicidios adicionales por año en promedio que están asociados a los mercados ilegales de la droga y la guerra contra las drogas.²⁶¹ Haciendo alusión a los países de producción y de trasbordo cabe señalar que estos suelen ser quienes soportan directamente los costos secundarios que causa la prohibición. El ejemplo claro ha sido Colombia y México, países que han soportado niveles de violencia extremadamente

²⁵⁹ OEA. *El problema de las drogas en las Américas*. Óp. Cit. p.25

²⁶⁰ *Informe de la comisión...2011*. Op. Cit. Cfr. Werb, D., Rowell, G et al. *Effect of Drug Law Enforcement on Drug-related Violence: Evidence from a Scientific Review Urban Health Research Initiative*, British Colombia Centre for Excellence in HIV/AIDS, 2010. <http://www.icsdp.org/docs/icsdp-1%20-%20final.pdf>

²⁶¹ LSE. *Informe...* Óp. cit. p.29.

altos y una desestabilización de sus ordenes constitucionales con el propósito de solventar esta guerra a las drogas.

La propia Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen reconoce que:

Los esfuerzos mundiales de control de drogas han tenido una consecuencia no deseada dramática: un mercado negro criminal de proporciones asombrosas. El crimen organizado es una amenaza para la seguridad. Las organizaciones criminales tienen el poder de desestabilizar a la sociedad y los gobiernos. El negocio de las drogas ilícitas es un valor de miles de millones de dólares al año, parte de la cual se utiliza para los funcionarios corruptos del gobierno y de las economías de veneno.²⁶²

La corrupción es otro derivado natural del intervencionismo. Desde la ley seca, las tabernas empezaron a transformarse en centros de sobornos y venta clandestina a vista y paciencia de los encargados de hacer cumplir la ley. Las autoridades aduaneras serían recurrentemente sobornadas o amenazadas para poder mantener el contrabando de alcohol que venía del extranjero.²⁶³ El informe de la OEA señala puntualmente que “si en algo existe consenso en materia de economía ilegal de drogas es que ésta y el crimen organizado no pueden existir sin corrupción.”²⁶⁴

Como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos: “En varios países de la región, la corrupción y la impunidad han permitido a organizaciones criminales desarrollar y establecer verdaderas estructuras de poder paralelas”.²⁶⁵ Daniel Mejía y Pascual Restrepo indican en su informe que:

Los cárteles de la droga han financiado campañas políticas, se han infiltrado en los medios de comunicación (y los han intimidado), y han extendido la corrupción por los rincones más recónditos de la sociedad (incluyendo los concursos de belleza

²⁶² Werb, D; Rowell, G. *Op. cit.* p.7

²⁶³ Thornton *Op. cit.* p.

²⁶⁴ OEA. *Informe...op.cit.p.57*

²⁶⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre Seguridad Ciudadana Y Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5731 diciembre 2009 . párr. 33 <http://www.cidh.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

y los equipos de fútbol, los dos pasatiempos preferidos de los traficantes de drogas en América Latina). Los costos de la violencia, delincuencia y corrupción causados por los altos ingresos asociados a la industria de las drogas ilegales son muy difíciles de cuantificar, pero para países como México, Colombia y muchos países pequeños en América Central, sin duda ellos representan una porción no desdeñable del PBI y unos cuantos puntos porcentuales en términos de una menor tasa de crecimiento de estas economías.²⁶⁶

La corrupción no se limita a los mecanismos de intervención activa, el mercado ilícito debe de alguna manera lavar todos esos billetes que ingresan clandestinamente a la economía. No hay duda que los delitos de cuello blanco tienen una estrecha relación con el incremento del narcotráfico. La ONUDD estima que alrededor de la mitad de las ganancias del narcotráfico son blanqueadas dentro de la jurisdicción donde se han generado. Sus estimaciones sugieren que “el 46% de las ganancias brutas de la cocaína vendida por los minoristas y el 92% de las ganancias brutas de los mayoristas están disponibles para el blanqueo, lo cual resulta en una proporción de dinero disponible para el blanqueo que asciende al 62% de las ganancias brutas de la cocaína.”²⁶⁷

Recordemos el boom inmobiliario que vivió Miami en los ochentas y cómo por arte de magia empezaron a aparecer pequeños bancos virtualmente de la nada.²⁶⁸ Desde que los canales de lavado de activos del cartel de Sinaloa revelaron que el gigante financiero HSBC, a través de una de sus sucursales en México en cooperación con el banco de Wachovia, lavaran cientos de millones de dólares a su favor, ninguno de sus ejecutivos ha sido arrestado a pesar de haber admitido la veracidad de los hechos alegando que desconocían la procedencia de los fondos. Inclusive, el banco promovería al gerente general del banco que estuvo a cargo de la rama mejicana y mantendría los beneficios para sus altos ejecutivos cuando estos sabían que se realizaban sistemáticamente depósitos en efectivo todos los días en las sucursales del

²⁶⁶ LSE. *Acabando la guerra...op.cit.p.32.*

²⁶⁷ OEA. *Informe...op.cit.p.59*

²⁶⁸ v. *Cocaine cowboys*. Documental dirigido por Billy Corben.

banco. El hecho de que nadie haya sido perseguido de la misma manera en que se lo habría hecho con un traficante callejero revela la putrefacción del sistema. Jonathan Weil columnista para Bloomberg afirma que:

tenemos esta especie mutante de corporación llamada “demasiado grandes para quebrar” cuyo colapso podría arruinar la economía global. Ninguna institución financiera en los EE.UU. puede sobrevivir a una acusación de delito grave. Así pues, estas empresas se han convertido en in-procesables, creando una perversa relación con delitos financieros. En 2010, Wachovia pagó \$160 millones para resolver las acusaciones criminales de lavado de dinero del narcotráfico mexicano. Para entonces, el banco había sido comprado por Wells Fargo & Co. y el Departamento de Justicia se conformó con un acuerdo de enjuiciamiento diferido.²⁶⁹

El New York Times afirmó que “Las autoridades federales y estatales han optado por no acusar a HSBC, el banco con sede en Londres, bajo la acusación de un enorme y prolongado lavado de dinero, por temor a que la persecución penal implicaría derrocar al banco y, en el proceso, ponga en peligro el sistema financiero.”²⁷⁰ Parece que un par de disculpas públicas y una multa que representa 5 semanas de ingresos para el banco son suficientes como para perdonar un delito de esta categoría.

2.6.2. La dificultad de garantizar la salud

Por otro lado, a pesar de que la prohibición del narcotráfico intenta proteger la salud de los consumidores, este sistema a provocado efectos contraproducentes para la salud de estas personas. De hecho como lo señalan Catalina Pérez Correa y Karen Sevilla “los consumidores están expuestos a mayores riesgos de salud ya que los expone a situaciones de riesgo en términos de las sustancias que consumen y las formas y lugares en que lo hacen.”²⁷¹ La gente es muy renuente en reconocer que los

²⁶⁹ Jonathan Weil. “Cocaine Cowboys Know Best Places to Bank” *Bloomberg View* 2/08/2012. <http://www.bloombergtv.com/articles/2012-08-02/cocaine-cowboys-know-best-places-to-bank>

²⁷⁰ Eduard Vulliamy. “HSBC has form: remember Mexico and laundered drug money” *The Guardian*. 15/02/2015. <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/15/hsbc-has-form-mexico-laundered-drug-money>

²⁷¹ Catalina Perez, Karen Sevilla. “El Estado frente al consumo y los consumidores de drogas ilícitas en México” Programa de Política de Drogas Centro de Investigación y Docencia Económicas

adictos deban recibir ayuda con recursos fiscales y si lo hacen piensan que esto debería hacerse a la fuerza. Por esto □ la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay declaró que:

Las personas que usan drogas no pierden sus derechos humanos. Con demasiada frecuencia, los usuarios de drogas sufren discriminación, son forzados a aceptar tratamiento, marginalizados y a menudo dañados por enfoques que acentúan la criminalización y el castigo mientras minimizan la reducción de daños y el respeto por los derechos humanos.²⁷²

Si se considera que la prohibición tiene el propósito de proteger la salud de las personas hay que tomar en cuenta que debido a la ilegalidad del mercado, a los consumidores les es virtualmente imposible verificar la calidad de lo que están comprando y su consumo se realiza en lugares con pésimas condiciones de salubridad. Si a esto se agrega el hecho que el control policial dificulta conseguir materia prima y precursores de calidad para los productores, estos últimos empiezan a utilizar drogas diferentes y compuestos que causan efectos similares pero con toxicidades diferentes. Por ejemplo, un artículo reciente demuestra que el uso de una de las drogas recreativas con mayor crecimiento en la población juvenil actual, el éxtasis, ha sido fuertemente reemplazada por otras de tipo metanfetamínico con efectos similares como el MDA, PMA o PMMA²⁷³ (para-Methoxyamfetamina) pero con una toxicidad incomparable, con niveles de sobredosis mucho mayores y con tiempos de acción mucho más lentos. Sólo 30% del éxtasis que se vende en las calles es verdaderamente MDMA. Esto conlleva a que el consumidor que está acostumbrado a consumir una determinada

Región Centro. Junio 2014. p 62. <http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-mex/mexico-usuarios.pdf>

²⁷² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009) *High Commissioner calls for focus on human rights and harm reduction in international drug policy* Ginebra: Naciones Unidas http://www.ohchr.org/documents/Press/HC_human_rights_and_harm_reduction_drug_policy.pdf

²⁷³ David, Nutt. "The Superman pill deaths are the result of our illogical drugs policy" *The Guardian*. Lunes 5 de enero de 2015. http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/jan/05/superman-pill-ecstasy-pma-deaths-drugs-policy?CMP=fb_gu

cantidad por ejemplo 80mg, en realidad estaría consumiendo al equivalente a 800mg comparativamente hablando. Debido al tiempo que toma en hacer efecto, el consumidor cree que la dosis que consumió era débil y decide consumir otros 80mg, lo que no se da cuenta es que consumió 20 veces la dosis recomendada. Cientos de muertes han sido asociadas a estas alteraciones, muchas de estas reportadas por los medios como sobredosis de éxtasis. Lo mismo ocurre con la heroína y cocaína que utilizan diferentes productos adulterados o que se diluyen o “cortan” con productos que se pueden encontrar de venta libre pero que son mucho más peligrosos para los usuarios. Por esta razón muchos países con políticas de reducción del daño, ofrecen servicios gratuitos para verificar la calidad de los productos sin que las personas puedan ser penalizadas por consumir. Recientemente, frente la aparición de una especie de cocaína cortada con productos desconocidos en Holanda, la propia policía publicaría anuncios de precaución especialmente para los turistas advirtiéndoles al respecto incentivándolos a comprobar la autenticidad del producto eximiéndoles de ser enjuiciados por posesión.²⁷⁴ No es curioso tampoco encontrar en muchos festivales de música en países desarrollados cada vez más la implementación de “zonas seguras” en donde las personas pueden acercarse y verificar la calidad el producto en cuestión o recibir apoyo médico en casos problemáticos. De hecho dichas zonas surgieron en los sesenta durante festivales de música y tenían el propósito de lidiar con las eventuales complicaciones de las personas que habían consumido psicodélicos.²⁷⁵

Por otro lado, hay que tomar en cuenta que la mayoría de las muertes a causa de sobredosis son a causa del uso de drogas legales que se usan irresponsablemente o se

²⁷⁴ Cabe recalcar que como todos los países de Europa Holanda sí penaliza la posesión aún para consumo personal de drogas sujetas a fiscalización, sin embargo según la escala que se trate, la fiscalía debe pedir medidas alternativas a la prisión y el cannabis tiene un margen de tolerancia de hasta 30gramos. V. Cuadro ilustrativo No.3 en anexos.

²⁷⁵ Smith, David y Seymour, Richard. *Clinician's Guide To Substance Abuse*. Óp. Cit. Capítulo 2.

combinan con otras. De hecho, aunque parezca difícil de creer, es muy difícil morir de una sobredosis de heroína si se la trata medicamente a tiempo. La mayoría de los casos son debido al poli uso de diferentes drogas, muchas de ellas legales.²⁷⁶ En EE.UU uno de los países donde el consumo de medicamentos para el dolor es uno de los más altos del planeta, dichas drogas causan más muertes que el resto de drogas ilegales combinadas.²⁷⁷ La mayoría de estas muertes se producen cuando los usuarios mezclan medicamentos para el dolor con relajantes como las benzodiazepinas y especialmente con alcohol lo que incrementa exponencialmente el riesgo de sobre dosis. De hecho 75% de los adictos de heroína iniciaron su dependencia debido al mal uso de opioides que se venden bajo prescripción médica. Las personas que consumen estas medicinas son en promedio 40 veces más propensas a usar posteriormente heroína debido al precio más bajo con el que se suelen vender.

Paradójicamente, el control y regulación de drogas llevado a cabo por la Junta Internacional para la Fiscalización de Estupefacientes, JIFE, ha causado que exista una verdadera escases de medicamentos para tratar el dolor en países pobres. Como lo señala un análisis elaborado en 2013 por el Observatorio Global de Políticas sobre Drogas (GDPO): "...Más de 5,500 millones de personas (83% por ciento de la población mundial) en más de 150 países tienen escaso o casi nulo acceso a morfina y

²⁷⁶ Ryan Cooper. "Does heroin really kill? A look at the science of overdoses". *The Week*. Septiembre 30, 2015. "For the most part, no. It turns out that most heroin deaths are probably not simple overdoses, but polydrug interactions, particularly between heroin and other nervous system depressants like benzodiazapines, tricyclic antidepressants, or alcohol. It's an important distinction both for addicts themselves and for crafting a drug policy focused on harm reduction." http://theweek.com/articles/580204/does-heroin-really-kill-look-science-overdoses?utm_source=links&utm_medium=website&utm_campaign=facebook

²⁷⁷ Glover, S, Girion, L. "Prescription drug-related deaths continue to rise in U.S." *Los Angeles Times*. 29 March 2013. Web. 1 May 2013. <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-prescription-drugrelated-deaths-continue-to-rise-20130329,0,2980747.story>

otras sustancias controladas para aliviar el dolor, la atención paliativa o la dependencia a opiáceos”²⁷⁸ Collins afirma que:

El tema del acceso a medicinas esenciales para el manejo del dolor es crucial para el desarrollo económico, la salud pública global y los derechos humanos básicos. El mercado global “planificado” no ha funcionado como se esperaba. Es hora de analizar un nuevo enfoque regulatorio macroeconómico para satisfacer la demanda internacional... si el sistema para el control internacional de las drogas incumple con responder a este tema, las instituciones nacionales y regionales deben avanzar unilateralmente hacia su abordaje.”²⁷⁹

2.6.3. Procedimientos especiales y retardo injustificado

Uno de estos costos consiste en la creación de un sistema penal de excepción dotado de un procedimiento penal muy particular que restringe considerablemente ciertas garantías del debido proceso que normalmente tienden a ser lo más amplias y garantistas posibles. Como lo comenta Santamaría:

Se pervirtieron los procedimientos y se provocaron injusticias inaceptables de los jueces...entonces se eliminó la libertad provisional por caución, se dispuso que todas las ordenes de libertad antes de ejecutarlas debían ser consultadas por el superior y se instituyó una práctica por la que se presumía la culpabilidad (*indubio pro sociedad*) con el parte policial...los recursos de habeas corpus, en los casos de drogas de tornaron inadecuados...la regulación de drogas representó una involución al orden jurídico, y por tanto, una amenaza al estado constitucional de derecho.²⁸⁰

Por ejemplo el autor señala que en Bolivia el procesado solamente tiene 3 días para preparar su defensa, no hay libertad provisional, tampoco excepciones preliminares (previas), el rebelde sigue siendo procesado, en caso de absolución el

²⁷⁸ Pettus, Katherine, *Untreated Pain in the Lower and Middle-Income Countries* [Dolor Sin Tratamiento en los Países de Ingresos Bajos y Medios] (Swansea: Análisis Situacional del Observatorio Global de Políticas sobre Drogas, 2013), <http://www.swansea.ac.uk/media/GDPO%20Situation%20Analysis%20Essential%20Med.pdf>. citado en: John Collins LSE Ideas *op. cit.*p.11

²⁷⁹ *ibid.* Como señala el autor: “Guatemala es un ejemplo de un país que actualmente está analizando el potencial de colocar bajo control regulatorio el cultivo ilícito de amapola para cumplir con requerimientos de suministro médico. Cfr. Smith, Phillip, “Guatemala Considers Legalizing Opium Growing for Medicinal Market” [Guatemala Considera Legalizar Cultivo de Opio para el Mercado Medicinal], *Drug War Chronicle*, 19 de diciembre de 2013.

²⁸⁰ Ramiro Ávila Santamaría “la penalización de lo irrazonable” en *entre el control social...prólogo* *Óp. cit.* p.xiv.

fiscal debe siempre recurrir del fallo, en Perú la policía puede detener en fase de investigación sin mediar flagrancia y el procesado no dispone de habeas corpus.²⁸¹

En Ecuador, la antigua ley de estupefacientes establecía un estándar muy mínimo de suficiencia probatoria para determinar la culpabilidad de alguien acusado por delitos de narcotráfico. Es más, el informe policial investigativo consistía un elemento suficiente como iniciar una instrucción fiscal y casi siempre el parte policial parecía ser el elemento de consideración para establecer “ánimos de venta” o reconocer “comportamientos sospechosos”.²⁸² Por ejemplo, el caso de Rafael Suarez Rosero y el caso de Daniel Tibi son lacras en la historia del país que revelan hasta qué punto los esfuerzos policiales puedan llegar a obviar garantías básicas del debido proceso e incluso degenerar en tratos inhumanos. En estos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció responsabilidad del estado por el hecho de que la detención de las víctimas haya estado basada exclusivamente en informes policiales.²⁸³ Por esta razón los abogados de los acusados aducían que para los casos de narcotráfico la carga de la prueba parecía ser soportada por la defensa en vez de ser la fiscalía la encargada de refutar la presunción constitucional de inocencia. Además la antigua ley de sustancias estupefacientes establecía en su artículo 120 la obligación al fiscal de solicitar prisión preventiva y medidas cautelares reales en todos los casos de narcotráfico, desconociendo el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva. El actual COIP mantiene una disposición que permite decomisar bienes en caso de

²⁸¹ Zaffaroni, Eugenio. La legislación anti-droga latinoamericana.. “ en *Entre el control social..Óp. cit.* p. 13.

²⁸² David, cordero Heredia. La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo” en: *Entre el control social... Óp. cit.* p199 y Coletta, Youngers, *Óp. cit.* p.229

²⁸³ Corte Interamericana de derechos Humanos. Caso tibi vs. Ecuador. Op. cit. párr 107 y Corte interamericana de derecho humano. Caso Suarez rosero vs ecuador . *Óp. Cit.* párr.. 44.

lavados de activos que no estén relacionados con el delitos. El artículo 69 núm. 2 inc.3 establece que:

En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.²⁸⁴

Otra particularidad de este proceso especial radica en que las personas adictas debían demostrar su condición de dependencia a través de un informe pericial médico que debía financiarse por sus propios recursos. Lo que causaba que las personas de escasos recursos hayan sido sentenciadas por no tener acceso gratuito a la justicia.²⁸⁵ Según Heredia la vulneración al derecho a la defensa también se verifica al ordenar el congelamiento de todos los recursos financieros de los acusados lo que les impide contar con la mejor defensa posible. Más grave aún, para el autor resulta inaudito que debido al establecimiento de un trámite especial en casos de dictámenes abstentivos o casos de sobreseimiento, una persona podía pasar hasta seis años en prisión mientras los superiores decidían sobre los sobreseimientos.²⁸⁶

Ecuador no ha sido la excepción. De manera general el modelo prohibicionista americano se ha caracterizado por contar con un proceso judicial especial pensado en evitar que los grandes narcotraficantes puedan sobornar a los jueces para evitar ser sancionados. En Estados Unidos casi todos los estados obligan a los jueces a imponer penas mínimas obligatorias y a negar la libertad provisional bajo fianza. Además, todo cargo por simple posesión se considera como un delito y queda en el record de antecedentes penales de las personas dificultando enormemente la integración laboral

²⁸⁴ COIP Artículo 69 Numeral 2 inciso 3.

²⁸⁵ Heredia, David. *Óp. cit.* p199.

²⁸⁶ *Id.* p.203

de las personas incluso por cargos de simple posesión. Además, en este país, existe la figura del decomiso sin convicción previa (federal civil asset forfeiture) por el cual los estados y en particular los policías pueden tomar posesión de bienes incautados sin orden judicial y con frecuencia sin formalizar cargos penales. Es además conocido que las comisarias de policía suelen establecer cuotas mínimas de delitos de esta categoría con el fin de ganar parte de la comisión económica que esto representa. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley federal en todo el país han aprehendido \$ 2.5 mil millones de casi 62.000 decomisos de efectivo bajo este programa de confiscación civil federal desde 2001.²⁸⁷

2.6.4. Militarización y discriminación.

El ímpetu de atacar el problema desde la oferta impulsó al pentágono a implementar programas de cooperación militar en países productores y de tráfico que se focalizaban en brindar financiamiento directo y entrenamiento militar a fuerzas militares y policiales. La falta de participación de las autoridades civiles para supervisar estas operaciones de control se tradujo en una exacerbación del uso de la fuerza represiva confundiendo los roles policiales con los castrenses propiciando la vulneración a los derechos humanos. Sobre ese punto, Coletta Youngers, especialista en legislación de drogas para América Latina para WOLA, hace un recuento bastante crítico poniendo en evidencia los intereses de los gobiernos y agencias de seguridad americanas que muchas veces han llegado incluso a formar acuerdos con grupos y líderes militares a sabiendas de que han demostrado tener ningún tipo de respeto hacia

²⁸⁷ Michael Sallah, *et. al.* "Stop and seize. Aggressive police take hundreds of millions of dollars from motorists not charged with crimes." Washington Post. 6 de septiembre de 2014. <http://www.washingtonpost.com/sf/investigative/2014/09/06/stop-and-seize/>

los derechos humanos y en algunos casos evidenciando un alto nivel de corrupción y casos de desapariciones forzadas, asesinatos y torturas.²⁸⁸

Por otro lado, debido a los intentos de atacar principalmente la oferta desde el tráfico y producción, los costos humanos son soportados muchas veces por países productores y de tránsito. Esto ha llevado a algunos analistas a hacer caso omiso de las consecuencias negativas del prohibicionismo que no se manifiestan directamente en territorio de los países consumidores. La persecución policial del tráfico y producción termina casi siempre por precarizar aún más la situación de grupos vulnerables en países de origen que muchas veces no tienen otra opción más que ser mulas, micro-trafficantes y agricultores saturando el sistema judicial y carcelario mientras que los grandes “chapos” del narcotráfico, parecen crear literalmente túneles para escaparse de las manos de la justicia. Actualmente existen 9 millones de personas privadas de la libertad por crímenes relacionados con drogas en el mundo y 25% de ellos están en EE.UU.²⁸⁹ El informe de la OEA señala que:

En América del Sur las cárceles femeninas están llenas de “mulas” o pequeñas traficantes, que muchas veces tienen de compañía en la cárcel a sus hijos pequeños. Algunos estudios afirman que aproximadamente el 70% de las mujeres en prisión están allí por micro tráfico no violento. La mayoría de ellas vienen de comunidades socialmente marginalizadas y vulnerables y comúnmente son migrantes o provienen de poblaciones indígenas.²⁹⁰

En Ecuador el número de convictos por crímenes de drogas representaba un tercio de su población carcelaria. Antes de las reformas de 2008, 80% de la población carcelaria femenina y 70% de la masculina de Pichincha cumplían condenas

²⁸⁸ Para más información v. *Coletta Youngers*. “Los daños colaterales de la guerra contra las drogas impulsada por estados unidos”, en *Entre el control social y los derechos humanos* Óp. cit. p 217-243.

²⁸⁹ Ernest Drucker. “Encarcelamiento Masivo como Dilema de las Políticas Globales: Poniendo Límite al Desastre y Evaluando”. *El problema de las drogas en las Américas*. Informe de la Organización de Estados Americanos. 2013

²⁹⁰ OEA, *informe 2013... Óp. cit. p.62. cfr. Meetal, P. and Youngers, C. (Ed.). Systems Overload: Drugs Law and Prisons in Latin America*. Transnational Institute and the Washington office on Latin America, 2010.

relacionadas con drogas.²⁹¹ Como lo señala Uprimny en un análisis de la aplicación de leyes contra las drogas en Colombia:

...quienes han llegado a la cárcel por este tipo de delitos no son quienes participan directa y de manera importante en las organizaciones criminales de tráfico. Generalmente se trata de personas que tienen una participación menor en el ciclo de la droga, que pueden ser fácilmente sustituibles en las redes de fabricación y tráfico, y quienes se caracterizan por tener escasa formación académica y condiciones socioeconómicas precarias.²⁹²

En dicho país la población carcelaria relacionada con delitos de drogas representa la mitad de la población carcelaria en general y la proporción mujeres/hombres para estos delitos es en promedio dos veces más importante que la proporción para los delitos en general.²⁹³ Por otro lado, del total de personas privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes:

solo 1348 fueron procesadas en concurso con otros delitos. De ellas, solo 428 personas lo fueron por concurso con concierto para delinquir, lo cual equivale al 2% del total de personas privadas de la libertad en el periodo de la referencia. Esto podría implicar que el 98% de las personas privadas de la libertad por este delito, no habrían tenido o no se les habría podido probar una participación importante en las redes del narcotráfico.²⁹⁴

La legislación en materia de drogas ha creado las condiciones necesarias para que los consumidores y adictos sean discriminados como criminales. Según la Corte Nacional de Justicia la prohibición de la tenencia, que se justifica en el cuidado a la salud de las personas, ha creado un sistema por el cual los que consumidores de drogas son discriminados y estigmatizados por su calidad de usuarios o de adictos y que ha llevado a una violación del principio de igualdad y no discriminación.²⁹⁵ Como lo

²⁹¹ Censo penitenciario, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, julio 2008. Citado en: Jorge Vicente Paladines. "Control social o derechos humanos". Entre el Control Social y los Derechos Humanos. Ministerio de justicia y Derechos humanos. Sub secretaria de desarrollo normativo: Quito, 2009.

²⁹² Uprimny, Rodrigo, Guzmán Diana E. *Políticas de drogas y situación...* Óp. cit. p.39

²⁹³ *id.*26,

²⁹⁴ *id.*32.

²⁹⁵ Este principio se encuentra recogido en el artículo 11.2 de la Constitución del Ecuador, así como en el artículo 24 la Convención Americana de Derechos Humanos.

señaló la Corte, los jueces pueden llegar a basar sus fallos en hechos probabilísticos recurriendo en estereotipos de manera que las personas puedan ser incriminadas por presunciones en vez de hechos comprobados pericialmente.²⁹⁶ Por ejemplo, en países con fuertes trasfondos de discriminación racial como Estados Unidos la legislación de drogas se ha usado como mecanismo de segregación y discriminación racial. En este país, si bien la misma proporción de blancos y afroamericanos consume cannabis, estos últimos son en promedio 3,73 veces más propensos a ser arrestados por simple posesión. En este país una persona es detenida por posesión de cannabis cada segundo y entre 2001 y 2010, hubo 8 millones de arrestos por tenencia de cannabis en ese país.²⁹⁷

2.6.5. Proporcionalidad en sentido estricto

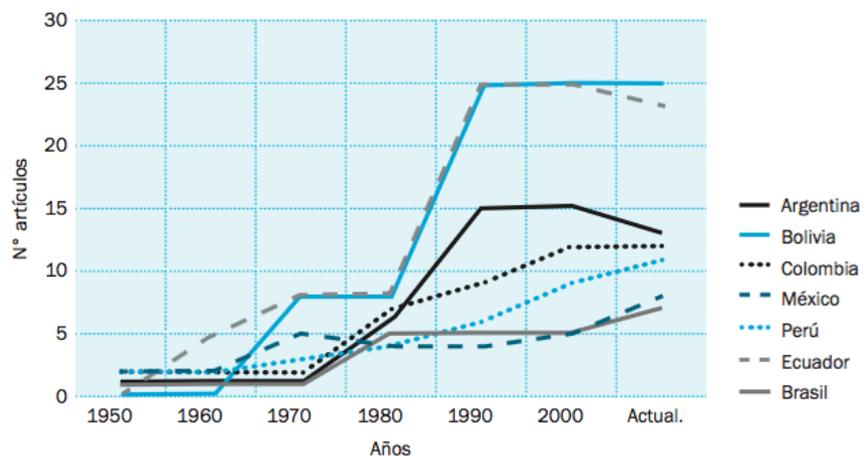
Como indicamos, uno de los requisitos esenciales para determinar si una restricción es legítima consiste en verificar que la sanción impuesta guarde proporcionalidad con el daño que se cause o se intente evitar. La proporcionalidad en materia penal no sólo es un principio que desarrolla los postulados de derecho penal como ultima ratio y de derecho penal mínimo, sino que es también una garantía sustantiva para las personas procesadas y condenadas por la ley penal. Esto no sólo sugiere que en teoría las penas deberían tener una tendencia a la baja y usarse cada vez menos, sino que deben garantizar a los ciudadanos que en su aplicación se use dicho principio para evitar la imposición de penas inhumanas y crueles guardando relación con el daño que se intenta evitar o sancionar.

²⁹⁶ Sentencia No. 197-2014-LBP Corte Nacional de Justicia Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito. Ecuador Caso Daniel Lennstron.p.16

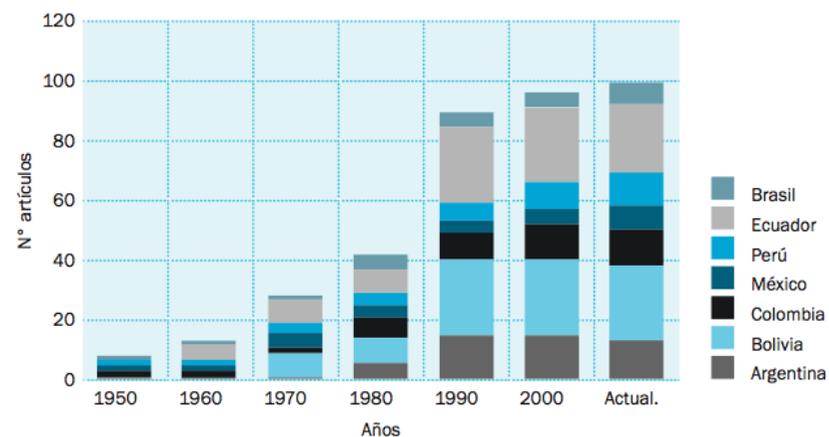
²⁹⁷ American Civil Liberties Union. *The War on Marijuana in Black and White*. Junio 2013. <https://www.aclu.org/report/war-marijuana-black-and-white?redirect=criminal-law-reform/war-marijuana-black-and-white>

Sin embargo, en materia de drogas la región evidencia justamente lo contrario. Desde que las convenciones internacionales empezaron a dictar la política criminal y legislativa en países andinos, las penas mínimas y máximas se aumentaron considerablemente, los artículos penales y verbos rectores se multiplicaron, y se llegó a penalizar el narcotráfico igual o más que la violación y el homicidio. A continuación presentamos gráficamente estas constataciones:

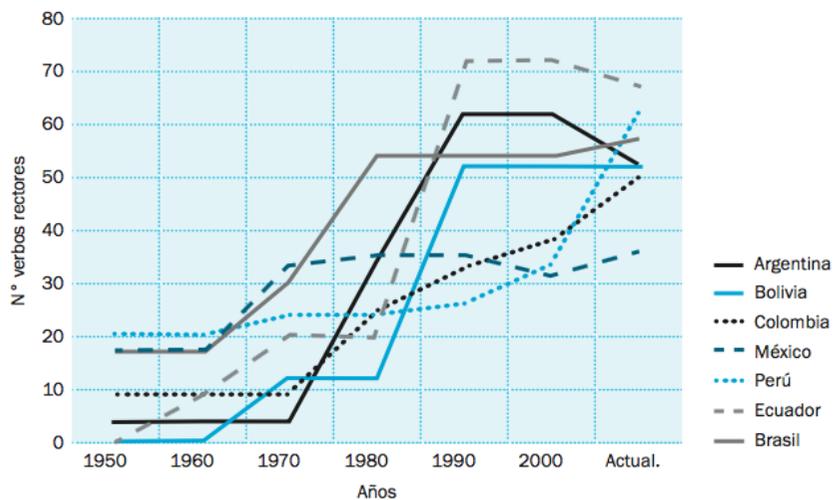
Evolución comparativa del número de artículos penales



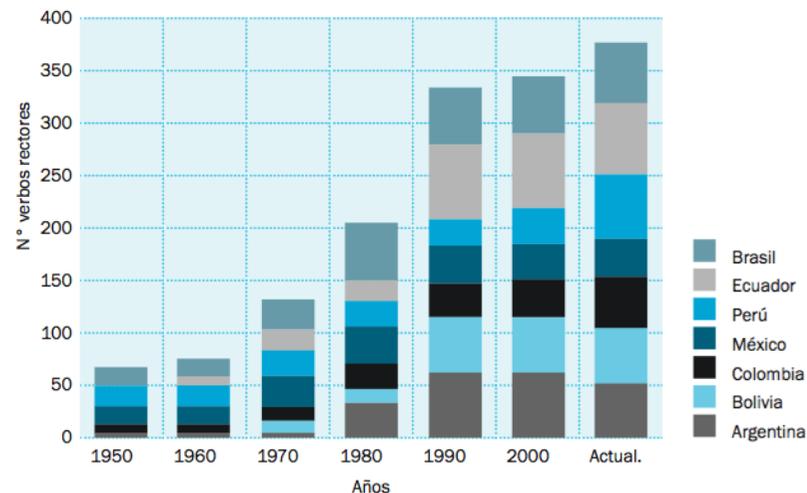
Evolución agregada del número de artículos penales de drogas



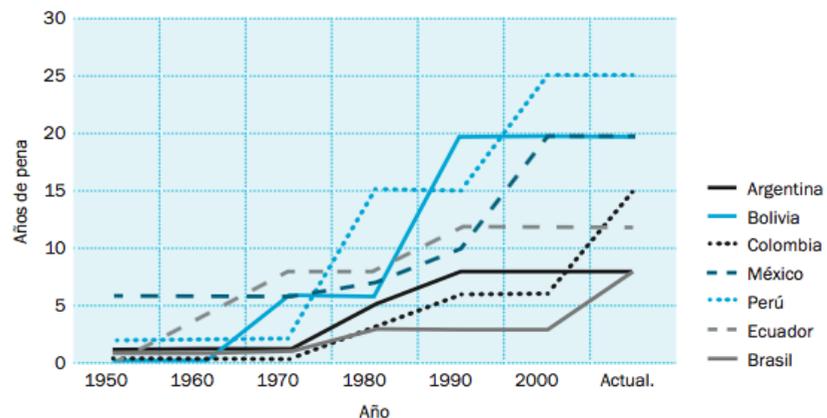
Evolución comparativa del número de verbos rectores



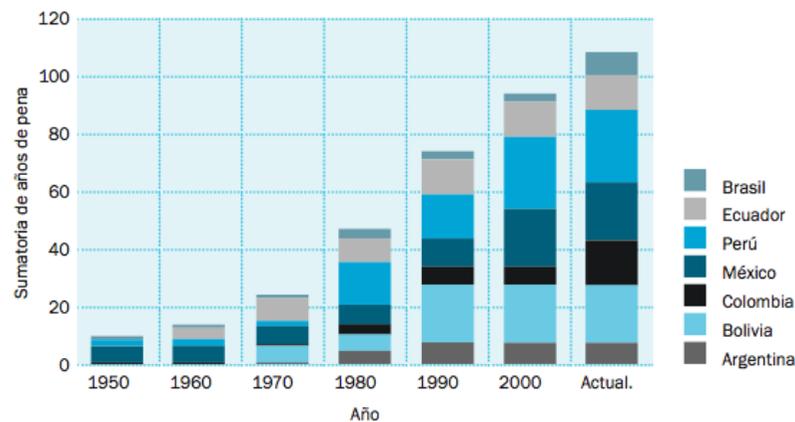
Evolución agregada del número de verbos rectores



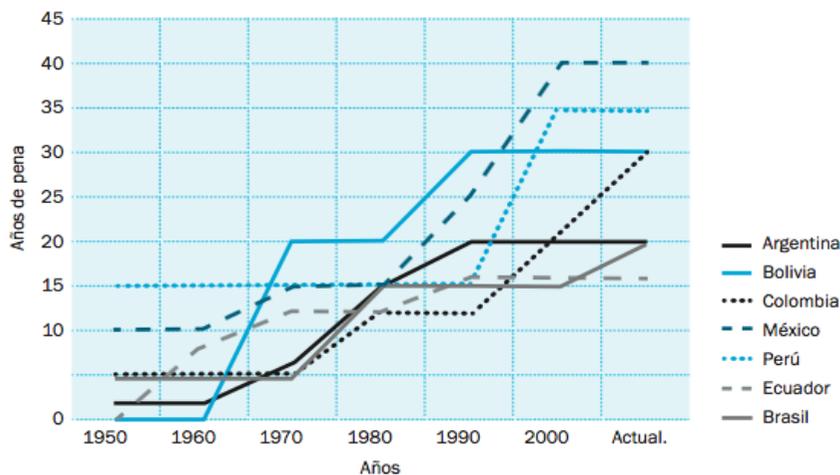
Evolución comparativa de las penas mínimas más altas que castigan delitos de drogas



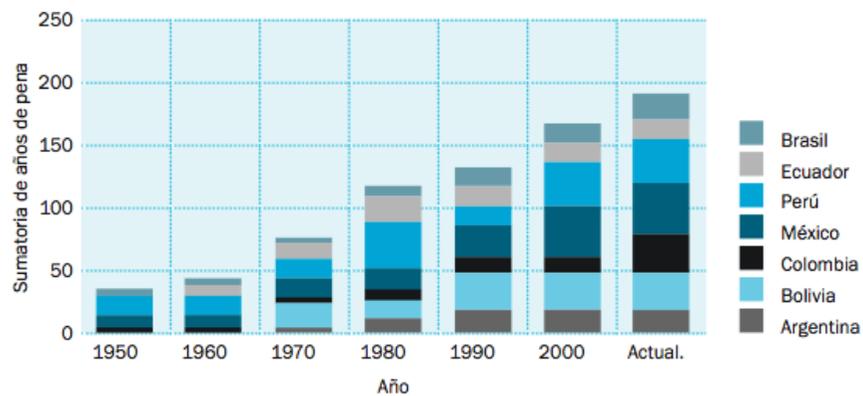
Evolución agregada de las penas mínimas más altas que castigan delitos de drogas



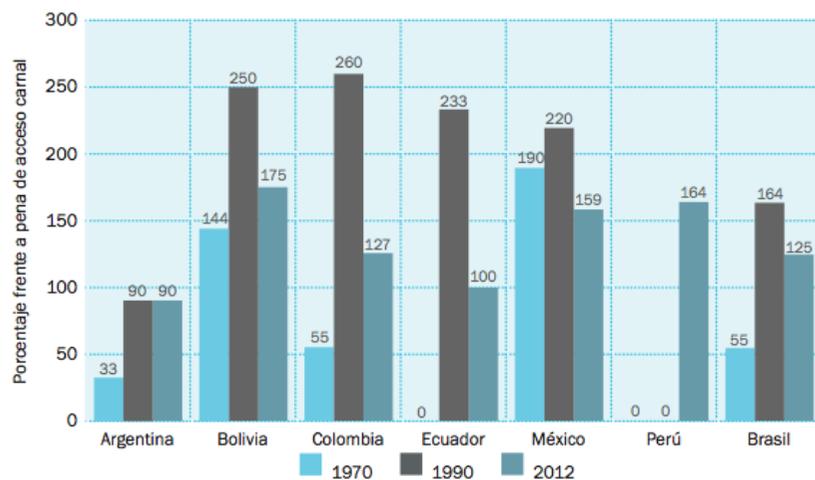
Evolución comparativa de las penas máximas más altas que castigan delitos de drogas



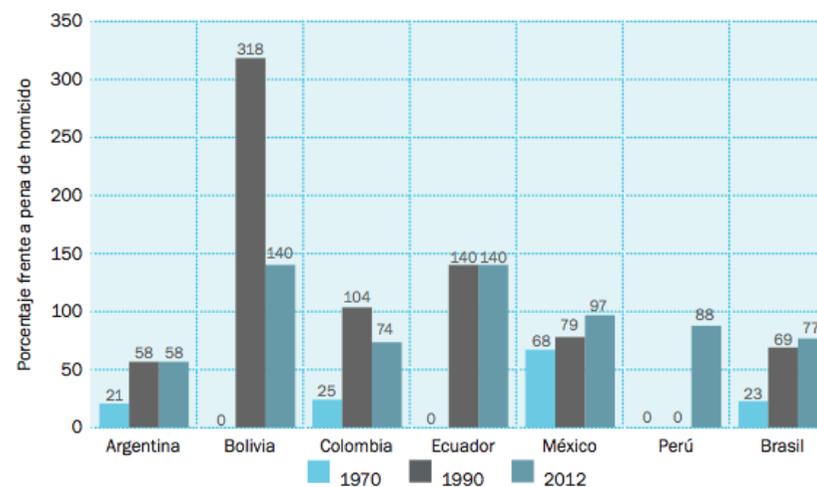
Evolución agregada de las penas máximas más altas que castigan delitos de drogas



**Porcentaje de pena promedio:
tráfico vs. acceso carnal (1970-2012)**



**Porcentaje de pena promedio: tráfico vs. homicidio
(1970-2012)**

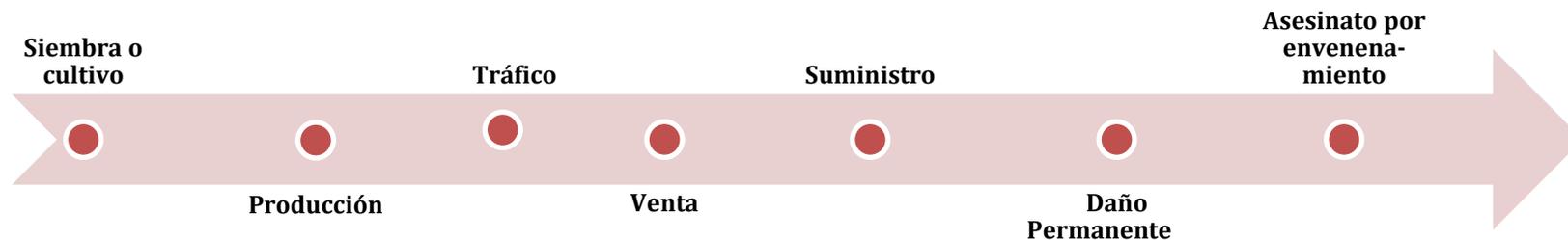


Cuadro 3 Análisis comparativos en la región sobre proporcionalidad de penas²⁹⁹

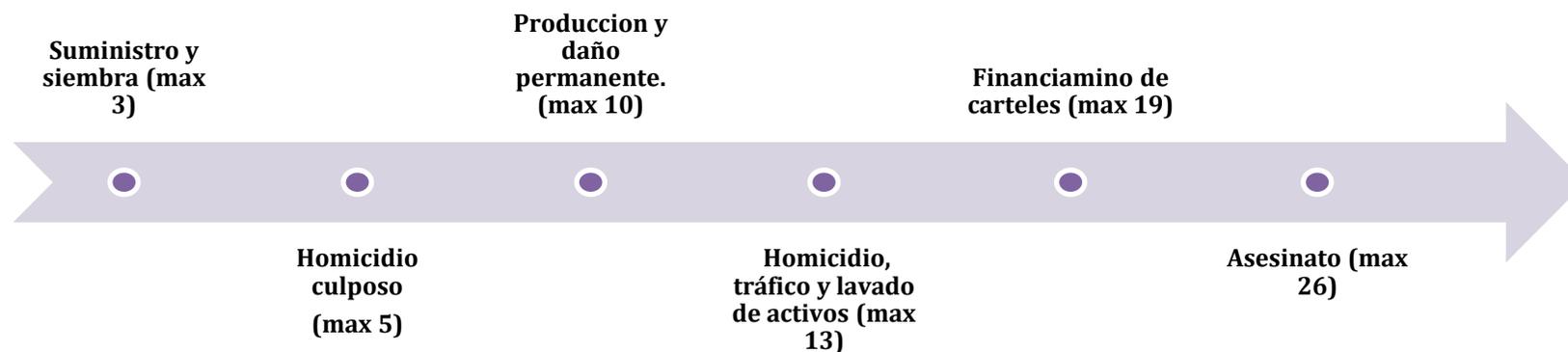
²⁹⁹ Estos datos son el producto de un trabajo de investigación realizados por el centro de estudios de derecho justicia y sociedad Dejusticia. Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán y Jorge Parra *La Adicción Punitiva La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá.2012.

Actualmente, pese de los cambios que introdujo el nuevo código integral penal, estas diferencias todavía perduran. A continuación se presenta un diagrama que posiciona ciertas infracciones contra la salud y vida de las personas según su proximidad al daño y un diagrama que clasifica a las infracciones según los años de privación de libertad que establece el COIP. Se considera que el bien jurídico que se intenta proteger es la salud de las personas por lo que el acto más lejano en el *iter criminis* en este caso consiste en la siembra o cultivo y que el acto más cercano consiste en el daño permanente por intoxicación o incluso el asesinato por envenenamiento.

Cuando se comparan diferentes infracciones con la proximidad que tienen con el daño que se intenta sancionar se presentan ciertas inconsistencias que revelan una falta de proporcionalidad en la tipificación que mantiene nuestra legislación. Por ejemplo el lavado de activos y el tráfico de estupefacientes tienen la misma pena máxima que el homicidio, delitos que además tienen menor pena que el financiamiento u organización de carteles de narcotráfico, el cual se sanciona con un máximo de 19 años de privación de libertad. Es importante notar que actos que están más próximos a la verificación de un daño como son el suministro involuntario o la contaminación deliberada de productos para consumo humano tengan una de las menores penas mientras que el tráfico de sustancias sea sancionada con diez años más de prisión en su escala máxima.



Cuadro 4 Clasificación de delitos según su proximidad al daño



Cuadro 5 Clasificación de delitos según los años de privación de libertad según el COIP.

Infracciones tipificadas	Pena	
	mínima	máxima
Asesinato por envenenamiento art.140.10	22	26
Organización y financiamiento de narcotráfico Art.221	16	19
Tráfico ilícito estupefacientes Art.220	0,16	13
Lavado de activos según la escala Art. 317	1	13
Homicidio Art. 144	10	13
Daño permanente a la salud por Químicos art. 215	7	10
Producción estupefacientes Art. 219	7	10
Tráfico ilícito de precursores Art.220	5	7
Incrimación con estupefacientes Art. 225	5	7
Contaminación de sustancias para consumo humano Art. 216	3	5
Tráfico de medicamentos falsos o adulterados Art. 217	3	5
Producción precursores Art.219	3	5
Homicidio Culposo Art. 145	3	5
Siembra o cultivo Art.222	1	3
Suministro de estupefacientes Art.223	1	3
Prescripción inadecuada de estupefacientes Art.224	1	3
Estipendio de medicamentos caducados Art. 217	0,5	2

Cuadro 6 Clasificación de las infracciones según la pena máxima en años. Fuente COIP

En países que empiezan a aplicar programas de reducción del daño en base a tratamientos de sustitución progresiva e intercambio de jeringas, como China e Irán, existe una gran paradoja en cuanto al uso de la pena capital. Si bien se estima que en China el número de ejecuciones se redujo de 12000 personas en 2002 a 2400, este país sigue siendo el país que más ejecuta a sus ciudadanos seguido por Irán en donde el número de sentenciados a muerte aumentó en los últimos dos años. En Irán las 289 ejecuciones anunciadas oficialmente parecen bajas en comparación con 743 del año pasado. De acuerdo con la ONG Iran Human Rights, 367 de estas ejecuciones fueron por delitos contra la legislación de narcóticos y solamente 123 de ellos fueron anunciados por fuentes oficiales. A pesar de la violación escandalosa de Irán de los derechos humanos, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) continúa financiando programas iraníes contra el tráfico de drogas. En respuesta a esta preocupante situación, varias organizaciones pidieron a la ONUDD para detener la financiación de los programas antidrogas iraníes. Los activistas y los expertos dicen tal aplicación de la legislación en materia de drogas se usa como persecución política. Faraz Sanei, investigador de Human Rights Watch, dijo que “algunos activistas sospechan que las autoridades iraníes a utilizar parte de los juicios de drogas para orientar y ejecutar los disidentes políticos o aquellos levantarse contra el gobierno”.³⁰⁰

Resumiendo este capítulo, en el transcurso de más de 40 décadas de penalización y “guerra” hemos podido constatar los resultados de dicha política, hemos sido a la vez los conductores y el producto de un experimento social. Suficiente con advertir que

³⁰⁰ Joy Noble. “Le recours hypocrite à la peine de mort en Iran et en Chine mis en évidence par leurs politiques progressistes de réduction des risques” *Talkings Drugs* 26 de octubre 2015. <http://www.talkingdrugs.org/fr/le-recours-hypocrite-à-peine-de-mort-en-iran-et-en-chine-mis-en-évidence-par-leurs-politiques>

lejos de encontrar una solución a un problema hemos empeorado el asunto. Basta con traer a colación la conclusión del informe de la London School of Economics avalado por 21 expertos en economía de las políticas sobre las drogas, de los cuales 5 son premios nobel de economía en el cual se concluye que:

“La aplicación de una estrategia de guerra contra las drogas a nivel global, militarizada e impulsada por acciones de fiscalización, ha producido enormes resultados negativos y daños colaterales. Estos efectos incluyen el encarcelamiento masivo en los EE.UU., políticas altamente represivas en Asia, una vasta corrupción y desestabilización política en Afganistán y África Occidental, una inmensa violencia en América Latina, una epidemia de la infección por VIH en Rusia, una aguda escasez global de medicinas para controlar el dolor, y la propagación de abusos sistemáticos de derechos humanos en todo el mundo. La estrategia ha fracasado en sus propios términos. La evidencia muestra que los precios de las drogas han venido declinando mientras que la pureza de las sustancias se ha ido incrementando. Ello ha ocurrido a pesar de drásticos incrementos en el gasto global para la fiscalización de las drogas. Ya no puede justificarse la continuación del dispendio de vastos recursos en políticas punitivas impulsadas por la fiscalización, generalmente a expensas de políticas de salud públicas de demostrada eficacia.”³⁰¹

Ahora bien, considérese todo lo dicho en este capítulo y adiciónese el pequeño detalle por el cual:

(...)las personas adultas que consumen una droga ilícita por lo menos una vez al año alcanzan alrededor del 5% de la población mundial. De ellas sólo alrededor de la décima parte, aproximadamente el 0,6% de la población adulta mundial, son consumidoras habituales y de esta última proporción un porcentaje aún menor, que no supera el 0,1%, pueden considerarse adictas.³⁰²

³⁰¹ London School of Economics. *Acabando con la guerra contra las drogas*. Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas. Prefacio. LSE Ideas. 2014. p.1

³⁰² OEA, *El problema.... Óp. cit. p.67*. De acuerdo a la información más actualizada, correspondiente a 2010, proporcionada por la Oficina Contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas.

3. Capítulo 3: Razonabilidad o subsidiaridad: hacia otro paradigma jurídico.

El quinto requisito del examen de proporcionalidad o “test de legitimidad” invita a realizar un análisis comparativo en base al principio de razonabilidad o como se lo conoce propiamente en el ámbito penal, el principio de subsidiariedad. Como mencionamos anteriormente, este principio implica hacer un análisis que determine que no exista una alternativa menos comprometedora y menos lesiva para los derechos de las personas que logre los mismos o mejores resultados.

3.1.El contexto internacional

Si bien, en la gran mayoría de países la tenencia y posesión de todas las drogas sujetas a fiscalización sigue siendo un delito, en los últimos años se evidencia un lento pero progresivo cambio de paradigma de las políticas en materia de drogas a nivel mundial. El cambio ha ocurrido con mayor importancia en países desarrollados los cuales ha implementado modelos de reducción del daño despenalizando el consumo de drogas pero manteniendo la criminalización de su producción, transporte y venta. Esto ha traído una mejora trascendental para la calidad de vida de muchos adictos y consumidores que antiguamente eran enviados por años a prisión sin contar con el tratamiento necesario para afrontar con su enfermedad. En el informe de 2013 de la Organización de Estados Americanos (OEA) que analiza el problema de drogas en las Américas, se expresa la necesidad de entender “el consumo de drogas como una cuestión de salud pública, de reducir el consumo con campañas de prevención basadas en la evidencia y de alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas”.³⁰³

³⁰³ OEA Secretaría General. *El problema de drogas en las Américas*. 2013, p. 5

De hecho, no es sorpresa encontrar cada vez más países que estén abrazando un nuevo enfoque y repensando sus legislaciones al respecto alejándose de las viejas disposiciones prohibicionistas impuestas por las convenciones ante la ONU. Un ejemplo claro han sido países con una larga tradición punitiva en materia de adicciones como eran Tailandia, China o Malasia, los cuales a pesar de usar penas exageradas para lidiar con el narcotráfico, han incorporado programas de sustitución de opioides e intercambio de jeringas. Mucho más cuando el principal promotor de la política de drogas a nivel mundial, EE.UU, ha mostrado un cambio paulatino a nivel Estatal al respecto del uso medicinal de ciertas drogas e inclusive respecto del uso puramente recreativo en el caso del cannabis en los estados de Washington, Colorado, Alaska y recientemente Oregon. Cuando cuestionado sobre el trato a los infractores de drogas no violentos en una entrevista llevada a cabo el pasado 22 de Enero de este año, el presidente Barack Obama declaró que:

Lo que hemos hecho en lugar de centrarnos en el tratamiento, de la misma manera que nos hemos centrado por ejemplo, con el tabaco, el alcohol u otros problemas que se tratan como problemas de salud pública; ha sido en cambio enfocarnos exclusivamente en esto como un problema criminal. Creo que ha sido contraproducente, y ha sido devastador en muchas de las comunidades minoritarias.³⁰⁴

Con esta declaración parece que el poder ejecutivo de una nación que promovió el prohibicionismo está demostrando un aparente cambio de estrategia frente a un problema que ha marcado la historia del mundo moderno y en particular al siglo XX. Mucho más si se considera el último decreto de Obama al respecto el cual perdonó la condena de 46 personas que estaban cumpliendo condena por crímenes no violentos

³⁰⁴ Tony Newman. *Obama Says Treating Drug Use as a Criminal Problem is "Counterproductive"*. Drug Policy Alliance. <http://www.drugpolicy.org/blog/obama-says-treating-drug-use-criminal-problem-counterproductive>. (acceso 04/02/2015) La traducción es mía.

relacionados a posesión de drogas y la conmutación de 89 condenas.³⁰⁵ De hecho, las trabas de la legislación federal parecen posiblemente eliminarse. Una coalición de izquierda-derecha de los senadores en este país presentó un proyecto de ley en marzo de este año para legalizar a nivel federal el uso de cannabis medicinal en los estados que ya lo han hecho y al parecer la corte suprema parece respetar la decisión de los estados que ya han legalizado el uso médico y recreativo de cannabis. Según Ron Paul, quien es candidato republicano para la presidencia: “Durante demasiado tiempo, el gobierno ha hecho cumplir leyes innecesarias que han restringido la capacidad de la comunidad médica para determinar el valor medicinal de la marihuana.”³⁰⁶ Los cambios en la potencia americana crearían un dilema jurídico para la administración de Obama ya que creaban una aparente contradicción con los tratados internacionales en la materia. Para resolver el problema, se decidió trabajar *con* los tratados en vez de irse *contra* ellos. La primera opción consistió en usar el margen de discrecionalidad que los tratados ofrecen a los estados para que estos decidan en acorde y respeto a su derecho y principios internos. El departamento de justicia, emitiría un memorando en el cual sentaría una serie de pautas según las cuales los dispensarios de cannabis no estarían contraviniendo la ley federal. Una de estas reconocía que el gobierno federal no debía interferir siempre y cuando no se violen “robustas” normas estatales. Básicamente, el departamento de justicia reconoció un grado de autonomía a los gobiernos descentralizados siempre y cuando estos últimos no violasen su legislación interna. Esto permitió dar una respuesta temporal al problema de conflictividad con la normativa internacional que parece hasta el momento legitimar la política de Obama.

³⁰⁵ Alan Yuhas. “Obama reduces sentences of 46 inmates convicted of nonviolent drug crimes.” *The Guardian*. 13/07/2015. <http://www.theguardian.com/us-news/2015/jul/13/barack-obama-reduces-sentences-nonviolent-drug-crimes-prisoners>

³⁰⁶ Bruce Barcott, Michael Sherer, “The great pot experiment” *Time magazine*. 14 de Mayo 2015. <http://time.com/3858353/the-great-pot-experiment/>

Sin embargo, tenida cuenta del panorama mundial y con la aproximación de la UNGASS en 2016, las reformas importantes a los tratados parecen avecinarse.³⁰⁷ Mucho más cuando parece que finalmente la UNODC reconoce la derrota al darse a conocer un supuesto comunicado de prensa oficial el cual apelaba a los países de la comunidad internacional a abandonar finalmente la criminalización del consumo personal.³⁰⁸

En la región, los avances han venido dándose progresivamente desde finales del siglo pasado. Las cortes penales en la mayoría de las naciones de la región parecieron poco a poco ir integrando la idea de que la antigua penalización del consumo de estupefacientes no hacía nada más que vulnerar los derechos de los adictos, se traducía en un costoso encarcelamiento innecesario y se alejaba del fin protector y rehabilitador que debía cumplir la normativa penal.³⁰⁹ En los últimos dos años, las noticias mundiales fueron marcadas por los cambios legislativos sobre el uso recreativo del cannabis sobre todo en Uruguay y en algunos estados de los EE.UU. Interessantemente, una publicación no poco después del hito Uruguay en uno de los diarios más leídos del Ecuador de un análisis de una página entera sobre los posibles efectos positivos como negativos de la legalización del cannabis para uso medicinal y recreativo parecía germinar algo localmente.³¹⁰ Sin embargo el tema no estaría libre de polémica. La

³⁰⁷ Para un análisis profundo sobre este tema vid. Wells Bennett, John Walsh. *Marijuana Legalization is an Opportunity to Modernize International Drug Treaties*. WOLA. Octubre 2014. http://www.wola.org/sites/default/files/Drug%20Policy/CEPM-WOLA_October%202014.pdf

³⁰⁸ Sin embargo al parecer, debido a presiones particulares que se creen haber venido por parte de Estados Unidos, nunca de emitió el comunicado de manera oficial y la oficina se retrajo Steve Rolles. "The truth behind the UNODC's leaked decriminalisation paper" *Transform*. 20/10/2015. <http://www.tdpf.org.uk/blog/truth-behind-unodcs-leaked-decriminalisation-paper>

³⁰⁹ Vid. Constitución del Ecuador artículo 364. La ley brasileña 11.343, de 2006, la Ley peruana N° 28.002, la ley Chilena N1 20.000, la Ley N1 1340 de la República de Paraguay, N1 357/72, ley Uruguay 19.172 de 2013.

³¹⁰ García, Andrés. *Debate por el uso terapéutico de la marihuana*. Diario El Comercio. Tendencias Sociedad.10/04/15. <http://www.elcomercio.com/tendencias/debate-marihuana-cannabis-medicina-ecuador.html> acceso (08/07/2015).

posibilidad de “legalizar” las drogas sin saber de qué exactamente se trataba o cómo se organizaría sería incesantemente criticada por aquellos obstinados con la cruzada contra las drogas como lo haría en 2008 la asambleísta Diana Acosta al comentar en relación al artículo 364 de la Constitución de Montecristi que las drogas “ya son de todos”³¹¹.

Paladines³¹² señala que esta tendencia se haría notar en nuestro país a través de siete pasos esenciales. El primero sería ir en contra de la vieja ley de estupefacientes de 1990 en el 2008 cuando, antes de promulgación de la última Constitución, se procediera a decretar el indulto a las personas llamadas “micro-mulas” acusados de delitos por tráfico por lo cual alrededor de 2000 personas recuperarían su libertad bajo la idea de que se trataba de un encarcelamiento que llenaba los pabellones innecesariamente de personas que habían recurrido al tráfico por necesidad o adictos presumidos vendedores. El segundo paso se daría con un cambio en la norma suprema con la nueva Constitución de Montecristi en 2008 con la redacción de su famoso artículo 364 el cual considera que las adicciones son un problema de salud pública impidiendo que los adictos sean encarcelados.³¹³ El tercer paso se dio un año más tarde cuando se decidió no renovar la estadía de la presencia militar americana en territorio nacional que se usaba por los americanos en la lucha contra el narcotráfico

³¹¹Declaraciones de Diana Acosta. “Artículo 364 prohíbe la ‘criminalización’ de adicción a las drogas.” El Universo. Junio, 2008. <http://www.eluniverso.com/2008/07/31/0001/8/EEB8DC4D7B8C45849AAC85BF9C9B32A0.html>

Curiosamente, no sería la radical legalización de las drogas que experimentaría el Ecuador desde la expedición de su nueva constitución lo que avivaría estas acusaciones, sino más bien serían las serias alegaciones de el en ese entonces mandatario colombiano Uribe atestiguando la existencia de canales de cooperación con ministros de estado ecuatoriano con el grupo de las FARC después del ataque de angostura, ataque del cual el mandatorio ecuatoriano tuvo conocimiento sólo cuando los propios autores de la operación se lo comunicaron después de que la operación había finalizado.

³¹² Jorge Vicente Paladines, *The Seven Steps of Drug Policy Reform in Ecuador: Recent History and a Look toward the Future*. Washington Office for Latin America. WOLA. 10 junio 2015. http://www.wola.org/commentary/los_siete_pasos_de_la_evolucion_de_la_reforma_de_drogas_en_ecuador

colombiano, la conocida base de manta. El cuarto paso ocurrió en 2013 cuando el CONSEP decidió emitir por decreto márgenes tolerables de posesión para cada sustancia según una tabla de cantidades aceptadas realizada por el propio consejo. En junio del mismo año, Ecuador decidió dejar de beneficiarse de las tarifas preferenciales para comercio exterior como compensación del apoyo en la guerra contra las drogas según el acto de promoción comercial andina y erradicación de la droga o ATPDEA por sus siglas en inglés, marcando el quinto hito de cambio. Un año más tarde, la expedición de un nuevo Código Integral Penal sentaría las bases para implementar una proporcionalidad en las penas del tráfico de sustancias sujetas a fiscalización clasificando y diferenciando las escalas en el tráfico según cantidad reduciendo las penas considerablemente para casos de micro-tráfico y por las cuales las prisiones vieron su número de encarcelados reducirse al aplicar el principio de favorabilidad de la pena. Actualmente, en el pleno de la Asamblea de Ecuador se discute un nuevo proyecto de Ley Orgánica para la Prevención Integral de Drogas y Uso de Sustancias Sujetas a Fiscalización que marca el séptimo hito. La expresión de motivos del presidente de su comisión recoge un espíritu diferente y parece denotar justamente el fallido resultado de las legislaciones derivadas del prohibicionismo americano. Este proyecto de ley recoge la disposición constitucional y las realidades sociales del fenómeno de las drogas con un enfoque alrededor del individuo fundamentado en la prevención, atención efectiva y busca principalmente que ya no sea la procuraduría general –como lo dispuso el Coip– quien formule las políticas en el tema sino más bien que se lo haga a través de una secretaría técnica encargada de formular las reglamentaciones que correspondan. Cabe notar que este proyecto de ley abre las puertas hacia el uso medicinal y terapéutico de drogas ilegales, al auto cultivo, incluye al alcohol y tabaco como sustancias controladas y está llamado a reformular la actual

tabla de cantidades máximas para consumo personal.³¹⁴ Sin embargo, si bien el espíritu del proyecto de ley parece abandonar el viejo sistema prohibicionista, los últimos hechos ocurridos en el verano de 2015 revelan los retos en socializar dicho cambio.

Cuando se contextualiza y se relaciona la decisión de la corte con el brote de micro tráfico que surgió en Guayaquil durante el verano de 2015 y con las declaraciones del ejecutivo en sus sabatinas, dicha decisión responde a una evidente estrategia política con el propósito de satisfacer los reclamos de la ciudadanía y evitar que el crimen organizado abuse de las buenas intenciones del legislador cada vez que intenta aplicar un derecho penal mínimo. Dicha decisión no es sorpresa ya que la respuesta reduccionista a corto plazo de la mayoría de gobiernos frente al incremento del tráfico y consumo en urbes marginalizadas con altos índices de pobreza y desatención social ha sido reforzar el control punitivo y policial.

Esto evidencia un fenómeno importante para diseñar las políticas de drogas cual es que si el régimen jurídico despenalizador no se aplica paralelamente a un plan de desarrollo económico y social de la mano con un intento de llenar el vacío institucional del lado de la oferta y no cuenta con un soporte de prevención y atención social efectivo, los intentos de reducir el control punitivo pueden resultar contraproducentes. Esto es lo que el congresista inglés Peter Lilley (centro derecha), quien a pesar de no promover el uso de cannabis, señaló durante su intervención en el primer debate de este país respecto la legalización del cannabis al afirmar que:

Los intentos para prohibir (el cannabis) han fracasado; su uso es mayor en el Reino Unido en virtud de la prohibición que en los países donde es libremente legalmente disponible. La despenalización no es suficiente; necesitamos

³¹⁴ Proyecto de Ley Orgánica De Prevención Integral De Drogas Y Uso De Sustancias Catalogadas Sujetas A Fiscalización. Asamblea Nacional del Ecuador. From: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/hoy-se-debate-proyecto-de-ley-de-prevencion-integral-de>

establecimientos legales de cannabis para reducir el potencial al traficante de drogas.³¹⁵

Esto sería un efecto de la *legalización parcial*³¹⁶ cuando España reformaría su código penal en 1983 descriminalizando el consumo de drogas. Después de este cambio, el país ibérico pronto recibiría una migración de adictos de otros países europeos causando un malestar en la población española y logrando restablecer el prohibicionismo. El intento había sido un esfuerzo de copiar la iniciativa holandesa que venía germinando desde los setenta y que permitía evitar agravar la situación de los adictos y que las poblaciones juveniles susceptibles se vean inmiscuidas en el mundo *underground* del tráfico ilícito de sustancias duras. Este efecto secundario revelaría la significancia de empezar a entender el problema de las drogas por sus implicaciones internacionales y geográficas. Para el prohibicionismo dicho fenómeno incitaría a reforzar los acuerdos internacionales de cooperación policial mientras que aquellos defensores de la iniciativa holandesa argumentarían que las políticas de reducción del daño y despenalización regulada debían realizarse en consuno acuerdo internacional.³¹⁷ Cabe recalcar que en 2006 Brasil experimentaría lo mismo que empieza a ocurrir acá.³¹⁸ Como lo señala el último informe de la OEA sobre el problema de las drogas en las américas:

En Brasil se experimentó un gran incremento en la población de presos por tráfico como consecuencia de la nueva legislación de 2006. Si bien la ley abolió la

³¹⁵ Peter Lilley MP. citado en: Jason Reed. Leap. uk. “Uk Cannabis Debate: october 12” la cita textual dice “attempts to prohibit have failed; usage is higher here in the UK under prohibition than in countries where it’s freely [legally] available. Finishes with how decriminalisation isn’t enough; we need legal cannabis outlets to cut the potential for drug dealer ‘gateway’”. <http://ukleap.org/uk-cannabis-debate-october-12th/>

³¹⁶ Este término es usado por Elías Neuman para referirse a la legislación penal que descriminaliza el consumo pero no cambia el sistema de la oferta. E. Neuman. *Op. cit.* p.128.

³¹⁷ *ibíd.*

³¹⁸ No es curioso notar que este mes la corte suprema de Brasil se encuentra decidiendo sobre la constitucionalidad de la criminalización de toda forma de consumo. Isabela Vieira, Vitor Abdala. “Brazil may decriminalize drug possession” *Agencia Brazil*. 11/08/2015. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/en/geral/noticia/2015-08/brazil-may-decriminalize-drug-possession>

pena de encarcelamiento para consumidores de drogas, no contó con una clara definición jurídica sobre lo que significa consumo personal. La nueva ley aumentó la pena mínima para el tráfico de drogas y la previsión legal de prisión preventiva obligatoria. Entre 2007 y 2012 el número de presos por este delito creció en 123%, pasando de 60.000 a 134.000.³¹⁹

A pesar del retroceso que representa la reforma de la tabla de sustancias y la desagregación típica del delito de narcotráfico, el espíritu del proyecto de ley es seguir cautelosamente por una política de reducción de daño y queda pendiente conocer los posibles cambios que introducirá el ejecutivo. A pesar de esto, considerando que la primera ley de estupefacientes del Ecuador es casi igual de antigua como la convención de la Haya de 1912 y que en lo sustancial no se habían modificado por más de un siglo las leyes que le sucedieran, esta nueva ley efectivamente demuestra ser un hito para el país.

3.2. Los diferentes modelos jurídicos al respecto

Uprimny, quien recoge a groso modo los modelos que presentan Caballero, Nadelmann y Olmo dentro de otros, delimita a grandes rasgos cuatro modelos generales desde la perspectiva jurídica alrededor de este asunto.³²⁰ El prohibicionismo, la reducción del daño, la despenalización regulada y la legalización de libre mercado.

Como mencionamos en la introducción el primer modelo llamado *prohibición estricta* o *guerra a las drogas* se caracteriza por el uso del instrumento penal por excelencia a lo largo de la cadena de valor. El estado intenta erradicar por completo el

³¹⁹ OEA. Secretaría Ejecutiva. *El problema de las drogas en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. 2013. p. 62 *cfr.* Boiteux, Luciana, Ela Wiecko, Volkmer de Castilho, *et al.* “Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Relatório de Pesquisa, Projeto Pensado o Direito, Ministério da Justiça, Brasília., Garcia, Cassia S. (2005). Os (des)caminhos da punição: a justiça penal e o tráfico de drogas São Paulo. Dissertação (Mestrado em Sociologia), FFLCH/USP., Raupp, Mariana M. (2005). O seletto mundo da justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Sociologia), FFLCH/USP. Teixeira, Alessandra (2012). Construir a delinquência, articular a criminalidade. Um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo. Tese (Doutoramento em Sociologia), FFLCH-USP, São Paulo

³²⁰ Uprimny, Rodrigo. *Drogas... Óp. cit.* p.1

consumo indebido de la droga imponiendo modelos de excelencia y/o de utilidad humana en los que prevalece el orden público, la salud y la moral por sobre la autonomía individual. El consumo, tenencia, producción y tráfico son fuertemente sancionados con penas privativas de libertad.

El segundo modelo, llamado de *reducción del daño y minimización de los riesgos* o *harm reduction* en inglés, abandona una visión moralista y patriarcal al abrazar un enfoque de salud pública que considera a las adicciones como enfermedades y no como comportamientos criminales. Su estrategia consiste en dejar de imponer sanciones a los consumidores de drogas y reemplaza su criminalización por programas de atención social focalizados en la prevención y atención efectiva. Si bien, este modelo tolera el consumo de drogas para usos personales, sigue penalizando su producción, tráfico y venta ilegales pero dedica ahora una mayor parte de sus presupuestos en perseguir crímenes a gran escala y delitos de cuello blanco como son el lavado de activos y el tráfico de influencias. Dependiendo en cómo se lo utilice, este modelo puede sin embargo hacer más laxo el micro tráfico estableciendo proporcionalidad en las penas según la escala de la operación e incluso llegar a usar penas alternativas que no impliquen sanciones privativas de libertad con el propósito de evitar la encarcelación masiva de grupos vulnerables. Este modelo fue utilizado por primera vez en Holanda y se aplicaría paulatinamente en diferentes países y ciudades europeas como Suiza, Portugal y Alemania. En Ecuador como vimos este modelo ha venido consolidándose desde 2008.

El tercer modelo, llamado de *legalización regulada o mercado pasivo*, concuerda con el modelo de reducción del daño al considerar las adicciones como un problema de salud pública. Sin embargo, este modelo plantea lidiar con los problemas derivados del narcotráfico estableciendo un marco regulatorio que permita crear una oferta paralela

al mercado clandestino sujeta a ciertas condiciones. Existen grandes discrepancias al momento de establecer parámetros de control específicos para cada eslabón de la cadena de producción y según las diferentes clases de drogas. Por ejemplo, el modelo uruguayo para el cannabis se fundamenta en este modelo otorgando el monopolio de la producción y venta al Estado a un precio módico, mientras que la legalización regulada en el estado de Colorado, EE.UU, permite bajo licencias al sector privado producir y vender la sustancia a precio de mercado, que, gravada con impuestos disuasivos, se utilizan después en la prevención y atención efectiva

El cuarto modelo es el opuesto al primero y se basa en el libre mercado y libertad individual como mecanismos de auto-regulación para que las personas midan los riesgos y utilidades de las drogas. Ese fue el modelo que dominó hasta hace pocos años el mercado del tabaco y domina mayoritariamente el mercado del alcohol en la actualidad. En el siguiente cuadro el jurista colombiano ilustra cada uno de los modelos con sus características particulares³²¹:

³²¹ Uprimny, Rodrigo.. *Drogas derecho y democracia*. Op. cit p.4

	I	II	III	IV
Tipo de política, denominación y algunos ejemplos históricos	Prohibición estricta o "guerra a las drogas". Estrategia dominante en USA	Prohibición flexible o "reducción del daño". Estrategia holandesa, Suiza y de algunas ciudades europeas.	Despenalización flexible o "reducción del daño generalizada" o "modelo de salud pública" o "legalización regulada". Política frente al alcohol de ciertos países europeos.	Despenalización estricta o política de "liberalización general". Política dominante en el tabaco hasta hace pocos años.
Filosofía implícita y objetivos	- Perfeccionismo moral o protección a la salud impuesta por el Estado. - Consumo es vicio moral, o delito, o degradación personal. - Es necesario erradicar todo consumo de drogas ilícitas, o al menos reducirlo significativamente.	- Reducción de los abusos y de los daños asociados al consumo. - Reducción de los daños asociados a las políticas de control en relación con el consumidor	- Proteger salud pública en el marco de los derechos humanos. - Reducir los daños en todas las fases de la economía de la droga. - El consumo es tolerado pero desestimulado.	- Libre opción y escogencia. - Proteger al máximo la libertad individual y restringir la intervención del Estado. - Confianza en el papel regulador del mercado
Papel del derecho penal y sancionador.	Máximo, en todas las fases de la economía de la droga (producción, distribución y consumo)	Mínimo en consumo y distribución minorista pero máximo en producción y distribución mayorista.	Mínimo en consumo, distribución y producción.	Prácticamente eliminado, al menos como política diferenciada frente a las drogas.
Uso de otros instrumentos	Mínimos, y siempre al servicio de la represión.	Fuertes y diferenciados en consumo, pero mínimos en relación con la oferta.	Fuertes y diferenciados en toda la cadena.	Papel regulador del mercado, por lo cual no hay instrumentos específicos.

Cuadro 7 Modelos Jurídicos aplicables en materia de drogas

3.3. Modelo de reducción del daño o "harm reduction"

Uno de los primeros países del mundo en aplicar este modelo sería Holanda. Su iniciativa germinaría en los años setenta y tendría el objetivo primordial de evitar que los jóvenes consumidores de cannabis tuvieran que estar en contacto con el mundo del narcotráfico y expuestos a la venta de drogas más "fuertes".³²² Con este propósito el gobierno holandés sentaría las bases de una política de tolerancia. Esto significa que el país no pasó a despenalizar el consumo de drogas como erróneamente se cree. De hecho, actualmente en todos los países de Europa la posesión de drogas sigue siendo una infracción pero cada estado la penaliza de diferente manera, algunos con rangos de discrecionalidad mucho más laxos que otros como son el caso de Suiza, Holanda y

³²² Guerrero, Efrén. "La no criminalización del consumo..." en *Entre el control social...* Óp. cit. p. 229

Portugal, mientras que otros como Francia, Suecia e Italia son enfáticos en mantener sus sistemas punitivos.³²³

En los Países Bajos, la ley, la fiscalía y la policía se rigen por el principio de conveniencia, y el enfoque legal para sancionar el consumo de drogas se fija por una junta de fiscales que emite directivas generales. Si bien la posesión de todas las drogas es punible bajo la Ley del Opio de 1976, la Junta de Fiscales estableció a través de sus directivas que la fiscalía se abstuviera de perseguir estos delitos cuando las cantidades de hachís o marihuana en posesión de una persona no excedan de 5 gramos y su consumo y venta se realicen en establecimientos registrados ya que según ellos es una droga menos dañina que el resto de drogas que están clasificadas en la lista I de los convenios de la ONU. De hecho, la venta y la posesión de cannabis en los cafés no están sujetos a enjuiciamiento si la cafetería satisface ciertas condiciones, conocidas como los “criterios AHOJ-G”: A) las drogas no pueden ser objeto de publicidad; H) drogas “duras” no pueden ser vendidas; O) la tienda no debe causar estragos al orden públicos; J) prohibición de venta a menores de edad (menores de 18 años de edad); y G) Venta máximo de 5 gramos por persona por transacción.³²⁴

De todos los países de la unión europea, actualmente, Holanda es el país con menor número de adictos a opiáceos, el segundo con el menor número de sobredosis por drogas ilegales y no evidencia un incremento de nuevos usuarios problemáticos. El número de usuarios problemáticos de heroína descendió significativamente y la edad promedio de los usuarios aumentó considerablemente. Los servicios a gran escala de tratamiento y de reducción de daños incluyen intercambio de jeringas y la prescripción de metadona y heroína bajo estrictas condiciones. Se ha visto que la heroína prescrita

³²³ EMCDDAPT. *Óp. cit.*p.22

³²⁴ *id.*p.17.

médicamente reduce los delitos menores, la alteración del orden público y tiene efectos positivos en la salud de las personas que luchan con la adicción. En 2001, el número estimado de personas dependientes de heroína en los Países Bajos oscilaba entre 28.000 y 30.000. En 2008, el número había descendido a 18.000.³²⁵

Otro país que marcaría un hito sería Portugal. En 2001 el gobierno de este país convocaría una comisión interdisciplinaria liderada por expertos en la materia la cual llegaría a la conclusión de que la manera más efectiva y razonable para lidiar con el creciente problema de adictos sería implementar una política de reducción de daño por la cual ninguna persona debía ser encarcelada por poseer pequeñas cantidades de drogas, independientemente de la droga que se tratase. No sólo eso, Portugal destinaría 90% de su presupuesto para lidiar con las adicciones en campañas de prevención y atención efectiva, mientras que el 10% restante estaría destinado a financiar los controles punitivos, en estados unidos esto sucede al revés. Desde entonces se detecta un ligero incremento en las tasas totales de uso de drogas en Portugal en los 10 años posteriores a la descriminalización, pero a un nivel consistente con otros países similares en los que el uso de drogas permaneció criminalizado. Sin embargo, dentro de esta tendencia general, ha habido un descenso específico en el uso de heroína, que era en 2001 la principal preocupación del gobierno portugués. De hecho, en ese mismo lapso de tiempo el número de adictos a la heroína se redujo en la mitad. Además, no cabe duda que esta estrategia permitió reducir significativamente el número de personas que morían por sobredosis. En 2001 este numero era de 80 personas por año,

³²⁵ National Drug Monitor (2009) *NDM Annual Report, 2009* WODC/Trimbos Instituut http://english.wodc.nl/images/1730_full_text_tcm45-296585.pdf van Laar, M. y van Ooyen-Houben, M. (eds.) (2009) *Evaluatie van het Nederlandse drugsbeleid* WODC/Trimbos Instituut http://www.trimbos.nl/~media/Files/Gratispercent20downloads/AF0884percent20Evaluatiepercent20van_percent20hetpercent20Nederlands_percent20drugsbeleid.ashx, E. Schatz, K. Schiffer y J.P. Kools (2011) *The Dutch treatment and social support system for drug users* IDPC Briefing Paper, Enero de 2011 <http://www.idpc.net/publications/idpc-paper-dutch-drug-treatment-program> citados en: *Informe de la commission....Óp. cit.p.9.*

mientras que en 2012 el número era de 16. Entre los adultos portugueses, hay 3 muertes por sobredosis de drogas por cada 1.000.000 de ciudadanos. Cifras comparables en otros países van desde 10,2 por millón en los Países Bajos a 44,6 por millón en el Reino Unido y 126,8 por millón en Estonia, el mayor índice en la unión europea en donde la media es de 17,3 por millón. Sin embargo, es difícil intentar encontrar una correlación directa entre la baja tasa de mortalidad y la despenalización del consumo. Como el creador de la política de despenalización del país, el doctor Joao Goulao, ha dicho, “es muy difícil identificar una relación causal entre la despenalización por sí misma y las tendencias positivas que hemos visto.”³²⁶ Sin embargo, la realidad es que la situación de drogas de Portugal ha mejorado significativamente en varias áreas clave. En particular, las infecciones por VIH. De hecho Portugal no ha sido el único país que revela como las políticas de reducción del daño son mucho más eficaces para reducir la prevalencia de enfermedades de transmisión sexual entre la población adicta. Malasia, si bien es un país conocido por ser uno de los pocos países que mantiene el uso de penas capitales por delitos de tráfico obtuvo un éxito notable en la aplicación de políticas de reducción de daños, por lo que fue elegido como el país anfitrión de la conferencia internacional de reducción del daño en octubre 2015. Según un reporte realizado por Joy Noble de la ONG “Talking drugs” el Ministerio de Salud de ese país constató que el número de nuevas infecciones de VIH entre consumidores de drogas se redujo de 5,176 en el año 2002 a 680 en el año 2014. También señala que las terapias de sustitución de opioides a base de metadona o MMT por sus siglas en inglés (methadone maintenance treatment) ha

³²⁶ Chris Ingraham. “Portugal decriminalised drugs 14 years ago – and now hardly anyone dies from overdosing” *Independent* 7 de junio 2015. <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/portugal-decriminalised-drugs-14-years-ago-and-now-hardly-anyone-dies-from-overdosing-10301780.html>

sido reportado por el Banco Mundial como responsable de haber evitado 1,597 nuevas infecciones de VIH entre los años 2006 y 2013. Un estudio de dos años a 107 pacientes del MMT encontró que la tasa de empleo aumentó de 70.1 por ciento a 77.6 por ciento.³²⁷

Como la señala la comisión global en su informe:

Los países que implementaron tempranamente estrategias de reducción de daños y de salud pública experimentaron tasas consistentemente bajas de transmisión de VIH entre las personas que se inyectan drogas. De manera similar, los países que respondieron a la prevalencia creciente de VIH entre los usuarios de drogas introduciendo programas de reducción de daños han contenido y revertido exitosamente la mayor diseminación de VIH. Por el otro lado, muchos países que confiaron en la represión y disuasión como respuesta a las crecientes tasas de transmisión de VIH relacionada con drogas están sufriendo las tasas más altas de VIH entre las poblaciones usuarias de drogas.³²⁸

Cabe recalcar el beneficio económico que representa que un país reduzca de esta manera su índice de población infectada con esta enfermedad. En especial cuando se consideran los altos costos que su tratamiento implica. “Por cada dólar invertido en programas de distribución de jeringas estériles se obtiene un beneficio de \$27 en ahorro de costos. Este beneficio se incrementa considerablemente en el curso de un panorama de más largo plazo.”³²⁹ No sólo eso, los análisis costo beneficio indican que dichos programas afectan positivamente en la reducción de los niveles de la delincuencia:

³²⁷ Noble, Joy. “El Éxito del Programa de Reducción de Daños de Malasia Resalta la Necesidad de Abordar El Estigma y el Estado de Violencia”. Traducido por Alicia Cristina Gallardo *Talking Drugs*. 28 de Octubre 2015. <http://www.talkingdrugs.org/es/el-éxito-del-programa-de-reducción-de-daños-de-malasia-resalta-la-necesidad-de-abordar-el-estigma-y>

³²⁸ Comisión global de políticas sobre drogas. *informe de la comisión op.cit.p.8* estos países incluyen Suiza, Reino Unido, Alemania y Australia

³²⁹ LSE, Joane Scete, *Op. cit.p.81. cfr.* Gobierno de Australia, Centro Nacional en Epidemiología e Investigación Clínica sobre VIH. Return on investment 2: evaluating the cost-effectiveness of needle and syringe programs in Australia 2009 [Rendimiento de la inversión 2: evaluación del costo-eficiencia de programas para distribución de agujas y jeringas en Australia 2009]. En: [http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/C562D0E860733E9FCA257648000215C5/\\$File/retexe.pdf](http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/C562D0E860733E9FCA257648000215C5/$File/retexe.pdf)

Según diversos estimados conservadores, cada dólar invertido en programas para tratar la dependencia a opiáceos puede producir una utilidad de entre US \$4 y US \$7, únicamente en relación a la reducción de la delincuencia vinculada a drogas, costos del sistema de justicia penal y robos. Cuando se incluye el ahorro en atención de salud, el ahorro total puede superar a los costos en una proporción de 12:1³³⁰

Uno de los países que aplicaría uno de los programas de sustitución de opioides sería Suiza. Algunas ciudades suizas han implementado este modelo para tratar las adicciones de opioides creando un sistema de atención por el cual la municipalidad financia y ofrece droga a los adictos que siguen el programa. No es curioso notar que existan personas que hagan fila para recibir su dosis diaria de metadona o heroína y mantengan una vida socialmente integrada con sus comunidades. Las autoridades aducen que esto ha permitido evitar

Un estudio sobre este caso concluiría que el programa reduciría el número de consumidores inveterados (Por ejemplo, el número de nuevos adictos registrado en Zúrich en 1990 era 850. En 2005, el número había descendido a 150); también redujo de manera sustancial el crimen causado por adictos. (Por ejemplo, hubo una reducción del 90 por ciento en delitos contra la propiedad cometidos por los participantes en el programa); y tercero, al alejar a los consumidores del tráfico ilícito se hizo difícil a los usuarios ocasionales suizos entrar en contacto con los vendedores.³³¹

Los resultados de este modelo ponen en evidencia la eficacia de los mismos para tratar las adicciones sin vulnerar los derechos de las personas y en algunos casos incluso controlar la capacidad de reducir o controlar el número de usuarios

³³⁰ Organización Mundial de la Salud, Programa Conjunto de las NN.UU. sobre VIH/SIDA (ONUSIDA) y Oficina de las NN.UU. sobre las Drogas y el Delito. “*Position paper: Substitution maintenance therapy in the management of opioid dependence and HIV/AIDS prevention* [Declaración: Terapia de mantenimiento con medicación para el manejo de la dependencia a opiáceos y la prevención de VIH/SIDA]. Ginebra, 2004. □citado en: Joanne Csete. “Costos y beneficios de los servicios de salud relacionados a las drogas” en *LSE Acabando... op. cit.*p.80.

³³¹ Global Commission on Drug policy. *Informe de la comisión...Óp.cit.* p.9 cfr. Killias, M. y Aebi, M.F. (2000) “The impact of heroin prescription on heroin markets in Switzerland,” *Crime Prevention Studies*, volume 11, □2000. http://www.popcenter.org/library/crimeprevention/volume_11/04-Killias.pdf

problemáticos. En Portugal, Suiza y Malasia los adictos no son obligados a la fuerza a seguir un programa de desintoxicación pero el estado está siempre ofreciéndoles la oportunidad de hacerlo si ellos quieren. Ahora bien, en dichos países, la producción y estipendio de drogas que se ofrecen sigue un proceso de control estricto que impida minimizar los efectos indeseados que provoca el hecho de que el estado empiece a administrar droga de manera gratuita. Solamente los usuarios crónicos reciben este tipo de tratamiento y en todos estos países el tráfico ilícito es considerado un crimen.

3.4. Los modelos de despenalización regulada sus ventajas, retos y peligros

Los modelos jurídicos de despenalización regulada no difieren conceptualmente del anterior como se tiende a creer ya que ambos consideran que las adicciones son un problema de salud pública y se usan muchas veces simultánea y complementariamente según el tipo droga sin ser excluyentes entre sí. Cuando más tóxica y adictiva sea una droga, mayor será la tendencia en aplicar un modelo de reducción de daño, mientras que para aquellas drogas mucho más inocuas el modelo de despenalización permite competir de manera mucho más eficaz con el mercado negro. El merito de este modelo consiste en sacar a la luz el mercado negro del tráfico de drogas, regularlo, fiscalizarlo y usarlo en contra de el. La flexibilidad y apertura de cada mercado va a depender de muchos factores que incluyen naturalmente la potencia y potencial adictivo de ciertas drogas, pero someter a consideración científica las drogas ya es de por sí un paso histórico que promete derrumbar muchos tabúes y mitos.

En 2013, Uruguay se convirtió en el primer país de mundo en usar este modelo para el cannabis. Según el gobierno uruguayo el consumo de esta sustancia sigue representando un riesgo para la salud de las personas pero la decisión tomada tenía el

propósito de sacar a la luz el mercado detrás de su producción y estipendio de manera a mitigar los efectos perversos del narcotráfico clandestino. Los avances legislativos en cuanto a la despenalización del consumo ya venían germinando desde el otro siglo, sin embargo, ningún país de la región había tenido hasta la fecha la decisión política de regular la oferta de cannabis como lo hizo este país. Si bien la venta todavía no está completamente operativizada y disponible hasta la fecha actual, Uruguay está puliendo los detalles reglamentarios de su modelo. De lo que se ha podido reglamentar hasta el momento, su modelo consiste en brindar a la población tres mecanismos de oferta. El primero permite el auto cultivo hasta por una cantidad de seis plantas por hogar, la segunda permite la inscripción en “clubes” de cultivo con una restricción de 99 plantas por asociación, y tercero mediante la distribución en farmacias registradas hasta por una cantidad de 10 gr por semana. El precio por gramo se fijó en 1.5\$ con la intención competir con el mercado ilícito y toda persona está limitada a un total de 480 gramos por año. Igualmente, la ley prohíbe toda forma de publicidad y promoción de la droga así como su consumo en sitios de laburo, lugares públicos, establecimientos educativos y deportivos.³³²

Si bien todavía no es posible medir los efectos en cuanto a salud pública y criminalidad en este país, en Colorado la despenalización ya lleva algunos meses en marcha y es posible constatar sus efectos, o más bien la carencia de estos. Desde enero de 2014, el estado de Colorado se ha beneficiado de un descenso en los índices de criminalidad, una disminución en las muertes de tránsito, un aumento en los ingresos fiscales y un aumento de puestos de trabajo. Los arrestos por posesión cayeron 84% desde 2010 aunque las multas por consumo en lugares públicos se incrementaron en

³³² Hannah Hetzer. “Uruguay Unveils Details for World's First National Legal Marijuana Market” *The world post*. 05/06/2014. http://www.huffingtonpost.com/hannah-hetzer/uruguay-marijuana-market_b_5275735.html

más de 200%. Sin embargo, teniendo en cuenta que estos arrestos costaban de aproximadamente \$300 en procesar, el estado ha ahorrado millones en costos. El Estado ha destinado más de \$ 8 millones en los ingresos fiscales en prevención, educación, salud mental y programas sociales. Contrario a la opinión pública los accidentes de tránsito no incrementaron y siguen declinando según la tendencia de los últimos 12 años. Si bien las tendencias positivas corresponden a una tendencia global que venía evidenciándose desde años anteriores a los cambios legislativos, el número de menores que consumían cannabis no ha incrementado y los dispensarios de cannabis tienen dificultades a competir con los dispensarios de cannabis para uso medicinal.³³³

Sin embargo, las experiencias de países que implementaron sistemas de reducción del daño como Suecia y Japón durante los 70s y 80s revelan que no siempre los resultados son los esperados. La flexibilidad en Japón había dado una imagen de tolerancia social de las anfetaminas dentro de los grupos juveniles aristocráticos y sería explotada por los grupos criminales “yakuza”. En Suecia el incremento de nuevos adictos que produjeron los OST causarían el desprecio a estas alternativas por parte de la opinión pública, y, como vimos, los intentos de aplicar el modelo holandés sería mal visto en España lo que causaría el regreso al prohibicionismo. Si bien los peligros y retos de la despenalización y legalización del consumo de cannabis en Colorado y Uruguay merecen estudios más largos y profundos, dichos peligros ya han sido estudiados y observados para otras drogas más adictivas y dañinas. Actualmente

³³³ Drug Policy Alliance. “Status report: Marijuana Legalization in Colorado After One Year of Retail Sales and Two Years of Decriminalization”. https://www.drugpolicy.org/sites/default/files/Colorado_Marijuana_Legalization_One_Year_Status_Report.pdf

contamos con uno de los mejores experimentos y estudios sobre estos peligros que nos brindan los casos de las drogas bajo prescripción: el tabaco, el alcohol y el azúcar.

A pesar de los serios y costosos efectos negativos que estas drogas pueden causar en la salud de las personas, los principales retos de la aplicación de estos modelos se relacionan más con la apreciación de los riesgos que se lleva ciudadanía que con los efectos adversos de las drogas en la salud ya que de no corregir la primera, los segundos tienden a ser incurables. Actualmente sabemos que estas drogas son capaces de causar adicción y un sin número de efectos negativos para la salud que le cuestan billones de dólares a los sistemas de salud alrededor del mundo. Sin embargo, cuando una droga se produce, distribuye y promociona públicamente de manera masiva e indiscriminada, los efectos en la salud empiezan a banalizarse y tomarse como “daños socialmente aceptables”. El tabaco, en sus años dorados fue promocionado por los publicistas de Madison Avenue como un hábito glamoroso y refinado el cual sería auspiciado por personajes de adoración popular y la industria invertiría miles de dólares en financiar estudios que demostrar<en que el tabaco no era perjudicial para la salud y causaba un hábito más que una adicción. En más de una ocasión, doctores se prestarían para hacer comerciales televisivos llegando incluso a indicar que fumar un cigarrillo promovía una visa saludable. Estudios que datan de principios del siglo XX señalaban que la deficiencia intelectual en jóvenes fumadores era posiblemente debida a que estos usualmente eran más sociales que otros estudiantes y no invertían el mismo tiempo que los demás estudiantes no sociales. De hecho en 1950, el 70% de los trabajos de investigación científica demostraban que sus efectos eran inocuos para la salud.³³⁴

³³⁴ Francie Diep. 100 Years Of Smoking Studies In Popular Science. Popular Science. 10 de Enero 2014. <http://www.popsci.com/article/science/100-years-smoking-studies-popular-science>

Similarmente, el consumo de alcohol se promocionaría como un hábito propio de una vida exitosa e indisociable de los eventos sociales y deportivos. No sólo eso, cuando las inversiones empiezan a rendir sus frutos, los grupos empresariales mayoristas empiezan a intervenir directamente en la política con el propósito de reducir el control estatal y auto regularse con el fin de evitar que sus ventas se vean afectadas. Por ejemplo, por nombrar algunos ejemplos, previo al mundial de Brasil de 2014, la FIFA, bajo presiones del gigante cervecero Budweiser, lograría que el gobierno de ese país aboliera su prohibición de vender la droga en estadios. Dicha prohibición había sido una respuesta de seguridad pública frente al incremento de muertes derivadas de eventos violentos durante partidos.³³⁵

Por otro lado, la industria del azúcar lucharía por años para que evitar que el etiquetado de los 600.000 productos que contienen azúcar artificial, es decir el 80% de los productos que se venden en supermercados de EE.UU, no indiquen el porcentaje calórico que representan dichas cantidades en el valor diario de la dieta promedio de las personas. Tal es la aberrante participación de esta industria en la política gubernamental de ese país, que el gobierno americano llegaría a determinar que la pizza es prácticamente un vegetal por contener “salsa de tomate” y con el propósito de que las cadenas de comida rápida puedan luchar entre sí para ganar contratos de suministro alimenticio para escuelas y colegios en todo el país. Cabe señalar que recientes estudios en base a imaginación con el uso de reactivos han descubierto que el azúcar actúa en la mismas regiones del cerebro que se activan por el consumo de cocaína y heroína y puede ser igual más adictiva que estas drogas.³³⁶

³³⁵ BBC News. “Brazil World Cup beer law signed by President Rousseff”. 6 de Junio 2012. <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-18348012>

³³⁶ Soechtig, Stephanie; Monroe, Mark. Documental “Fed Up”. Atlas Films. 2014

Para resumir este capítulo vemos que la tendencia global, incluso en el seno de la ONU, se inclina hacia la aplicación de modelos de reducción del daño que se muestran mucho más eficaces para proteger la salud de los consumidores de drogas y erradicar la violencia creada por el prohibicionismo. Además revela el interés de ciertos países en crear una demanda paralela al mercado negro que permita desfinanciar al crimen organizado privándole de su producto estrella. Sin embargo también revela los peligros que una falta de regulación lo suficientemente estricta puede crear y que se han verificado para otras drogas legales. Esto revela la necesidad de tomar en cuenta los efectos indeseados que el libre mercado ha creado y hace un llamado a la importancia de dejar de separar conceptualmente las drogas según su clasificación legal y empezar a focalizar las políticas según la evidencia científica independiente.

4. Conclusiones

Hemos visto que la prohibición nació como un mecanismo de purificación moral y persecución racial que data desde épocas remotas y que se infiltró en nuestras sociedades por medio del rezago de valores puritanos anacrónicos y xenofóbicos. Si bien el argumento principal para defender el prohibicionismo fue originalmente la peligrosidad de las drogas, su análisis reduccionista y simplista carente de estudios imparciales, completos y fehacientes revelan que las leyes penales en cuestión no tomaron en cuenta la complejidad de la noción de adicción y las diferentes pautas del consumo no problemático. Estas leyes se pensaron con la meta de eliminar a carteles peligrosos, limpiar las calles de adictos problemáticos y fortalecer la presencia hegemónica de ciertos países en el mundo. Actualmente los convenios internacionales en la materia son un obstáculo para que los países puedan aplicar políticas y legislaciones propias y restringen la independencia y autonomía de los gobiernos al momento de aplicar modelos alternativos que estos consideran ser mucho más razonables. No sólo eso, la insensibilidad y desprecio con que se ha tratado a los adictos ha borrado de la memoria colectiva los motivos por los cuales se comenzó realmente esta cruzada en un principio. En cambio, los intereses económicos, morales y políticos de grupos minoritarios parecen ser la verdadera razón detrás de este esquema jurídico y francamente revelan la misma falta de escrúpulos que los mismos capos de la mafia. Conuerdo plenamente con aquellos que aducen que la prohibición de las drogas fue –y es– usada como un instrumento de control social por parte del estado policial e incluso deliberadamente como un mecanismo de discriminación y persecución racial en contra de minorías.

La evidencia nos demuestra que intentar eliminar completamente algo tan natural como el placer y el deseo parece una obra titánica mucho más si se considera que millones de años de evolución nos han dotado de la capacidad de sentirlos para sobrevivir como especie. Es imposible pretender que las personas renuncien por completo a la búsqueda del placer y estados de consciencia alterados a menos que se quiera de alguna manera retroceder en la evolución. Por lo mismo, resulta fútil e innatural intentar imponer un modelo de inocuidad o sobriedad que trabaje en absolutos.

El balance de esta guerra demuestra claramente su ineficacia al momento de cumplir sus promesas y revela toda una serie de efectos colaterales indeseados. Si algo ha logrado la penalización ha sido precarizar aún más la vida de los grupos vulnerables de nuestra sociedad en vez de ayudarlos. Por otro lado, la ilicitud del objeto en cuestión ha creado un valor agregado ridículamente atractivo para el crimen organizado el cual ha encontrado los recursos para librar una batalla sangrienta y violenta en su intento de permanecer intocable.

Muchos aducirán que no es la primera vez que una ley no logra sus objetivos de manera inmediata y que si los resultados no son obtenidos de manera *ex post* no es un problema de formulación del derecho pero uno en su aplicación. Ciertamente, en dicho caso la solución consistiría para muchos en reforzar los mecanismos destinados a hacer cumplir la ley, reforzar su institucionalidad, concientizar a la ciudadanía, establecer mayores controles, destinar más recursos, más policías, más armas, endurecer las penas etc. Ciertamente no por esto la ley pierde su espíritu protector, pero en la opinión de muchos los costos humanos, jurídicos, económicos y sociales empiezan a desbordar lo justificable, mucho más si se considera que el fin utópico del derecho penal en sociedades que se autoproclaman democráticas y justas es el progresivo

desuso del mismo. Dedicar mayores esfuerzos para la persecución de un fin legítimo a través de una ley naturalmente difícil de aplicar no vuelve a este fin inalcanzable, pero sí mucho más gravoso para los derechos de las personas y el colectivo. Se convierte en una solución parcial que provoca la aceptación de concesiones, de efectos colaterales indeseados que se traducen en una vulneración sistemática al Estado de Derecho y la paz colectiva.

Sin embargo, considero que esperar ingenuamente a que la *mano invisible* de Smith se encargue por si sola de suplir y regular necesidades infinitas como el deseo y el placer es sobreestimar la codicia y avaricia humanas. También hemos visto como el mercado lícito de drogas legales ha llegado crear problemas de salud significativamente graves y difíciles de erradicar. La solución más realista a este problema parece encontrarse en el medio de estos dos polos opuestos e implica entender el peligro de las drogas como un contingente inevitable pero relativamente manejable cuya exacerbación o apaciguamiento dependen de algo más que la cantidad o precio en que se oferten. La evidencia empírica demuestra que las consecuencias de permitir el consumo de drogas acompañándolo de una verdadera concientización y atención efectiva se alejan considerablemente de aquellos presagios apocalípticos propios del discurso neurótico prohibicionista y si se las compara con las consecuencias de la prohibición están son mucho menos graves y más eficaces. En efecto como vimos, si la despenalización del consumo logra evitar una vulneración de los derechos de consumidores y adictos, la despenalización regulada de la producción y estipendio merece ser considerada como un mecanismo efectivo para contra restar este estado de cosas insensato sin que esto implique una renuncia del estado en su deber garantista o el advenimiento del caos social.

Con la crítica inevitable que va cuando se caricaturizan las cosas, metaforicemos por un momento el tema con la siguiente analogía: Imaginémonos que el consumo de drogas es como un viejo río que un día resurgió en una quebrada la cual desemboca en un poblado aledaño que representa a la sociedad. Los habitantes de este poblado, preocupados y asustados por los peligros y daños que puede causar este río, sobre todo cuando su caudal incrementa en invierno, han decidido represarlo a como de lugar. Sin embargo, a medida que el agua se va acumulando de un lado de la represa, los habitantes se ven en la necesidad de ir aumentando y mejorando cada vez más la represa en su intento de contención. Como si no fuera suficiente, la represa empieza a sufrir ciertas fisuras y derrames indeseados que al parcharse parecen brotar inmediatamente en otro lugar. El problema se ha vuelto un verdadero calvario para las personas del poblado costándoles tiempo y recursos que pudieran estar dedicando en otras actividades. No sólo eso, ahora hay quienes directamente e indirectamente se ven beneficiados económicamente del gasto que representa la construcción y reparación e inclusive sabotean deliberadamente por las noches la represa. Los habitantes poco a poco empiezan a luchar y perseguirse entre sí y ahora el problema no se limita a intentar represar el río sino también a lidiar con la violencia que esto crea. Con el tiempo, los propios habitantes empiezan a sugerir que represar el río era una mala idea y que tal vez era mejor aceptar su caudal natural encausándolo en vez de represarlo. La idea ahora es construir un canal en medio del poblado sin más remedio que aceptar que ciertas propiedades se vean afectadas pero con la seguridad al menos de que ahora el paso del río es predecible y sus desbordamientos estacionales serían ahora manejables.

Por reduccionista que representa esta metáfora no hay duda que entender al consumo de drogas como algo inevitable pero cuyos riesgos pueden manejarse sugiere que el legislador no debería intentar concebir modelos de inocuidad absolutos para

garantizar el respeto y cuidado de la salud y seguridad de las personas, sino que debería aceptar un margen relativo de nocividad que le permita tratar a las adicciones por lo que son y no como si fueran amenazas terroristas. Esto supone aceptar que la ley muchas veces no es una solución perfecta para situaciones que utópicamente desearíamos que no existieran en primer lugar, pero así como la ley no puede eliminar completamente el odio, los celos o la vanidad, qué nos hace pensar que esta podrá eliminar el placer y el deseo. Mucho más cuando algunas veces la verdadera virtud que tienen las normas es hacernos caer en cuenta de sus límites y demostrarnos que en última instancia dependerá de nosotros mismos vivir o no una vida plena y llena de regocijo.

Bibliografía

Cuerpos legales

- Constitución de la República del Ecuador 2008. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional. Art. 3. Registro Oficial Suplemento 52 publicado el 22 de octubre 2009.
- Código Integral Penal. Ley 0. Registro oficial suplemento 180. Publicado 10 de febrero de 2014.
- Ley De Sustancias Estupefacientes Y Psicotrópicas. Registro oficial suplemento 490, publicado el 27 de diciembre de 2004.
- Reglamento a la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Decreto Ejecutivo 2145, Registro Oficial Suplemento 637 publicado 07-mar-1991.
- Proyecto de Ley Orgánica De Prevención Integral De Drogas Y Uso De Sustancias Catalogadas Sujetas A Fiscalización. Asamblea Nacional del Ecuador. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/hoy-se-debate-proyecto-de-ley-de-prevencion-integral-de>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano. 1789. Legifrance. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Bogotá 1948. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Convención Única Sobre Estupefacientes de 1961. Registro Oficial 320. Publicado 27 de agosto 1964.
- Convención Contra el Narcotráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2003. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Convención Para Limitar La Manufactura y Regular La Distribución De Las Drogas Narcóticas Ginebra 13 Julio de 1931. <http://www.dipublico.org/9998/convenio-para-limitar-la-manufactura-y-regular-la-distribucion-de-estupefacientes-ginebra-13-de-julio-de-1931-protocolo-de-firma/>
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Harrison Narcotics Tax Act Ch.1, 38 Stat. 785. Extraída de:
<http://legisworks.org/sal/38/stats/STATUTE-38-Pg785.pdf>

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo v. Panamá.. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimmel vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia De 2 De Mayo De 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximénez Lopez vs. Brasil, Sentencia del 4 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suarez Rosero vs. Ecuador Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5.

Corte Suprema de Justicia Argentina A. 891. XLIV. Recurso de hecho fallo Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-221/94

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 001-12-SCN-CC de 05 de enero del 2012, dictada en el caso No. 0023-09-CN

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 006-12-SCN-CC, dictada el 19 de enero del 2012, en el caso 0015-11-CN.

Corte Nacional De Justicia Precedente Jurisprudencial Resolución No. 12-2015 □ Suplemento Del Registro Oficial No. 592 De 22 De Septiembre De 2015.

Corte Constitucional. St.0005-09- SEE-CC; cs. 0006-09-EE, 8-oct-2009 (DE-82)

- Corte Constitucional. St.0002-09-SEE-CC cs. 0002-09-EE, 5-may-2009 (DE-16-93).
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito. Sentencia No. 197-2014-LBP Ecuador Caso Daniel Lennstron.
- US. v. *Jin Fuey Moy*, 241 US. 394, 1916
- Alberto R. Gonzales, Attorney General, et al., v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal et al. 546 U.S. 418, 2006.

Libros:

- Alemaný García, Macario. “El concepto y la justificación del paternalismo” Tesis Doctoral dirigida por Dr. D. Manuel Atienza Dr. D. Juan Ruiz Manero Universidad de Alicante. 2005
- American Civil Liberties Union. *The War on Marijuana in Black and White*. Junio 2013. <https://www.aclu.org/report/war-marijuana-black-and-white?redirect=criminal-law-reform/war-marijuana-black-and-white>
- Ávila Santamaría, Ramiro. (Ed.) *Neo-constitucionalismo y sociedad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 2008.
- Brau, Jean Louis. *Historia de las drogas*. Barcelona: Bruguera, 1973.
- Caballero, F y Yann, B. *Droit de la drogue*. Prólogo actualizado. Cedro: 2000. <http://www.cedro-uva.org/lib/caballero.droit.fr.html>
- Carbonell, Miguel (Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. □
- Collins, John (comp.) *Acabando con las guerra contra las drogas*. London School of Economics Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas. Prefacio. LSE Ideas. 2014
- Courtwright, David T. *Las drogas y la formación del mundo moderno*. Barcelona: Paidós, 2002.
- Drug Policy Alliance. “Status report: Marijuana Legalization in Colorado After One Year of Retail Sales and Two Years of Decriminalization”. https://www.drugpolicy.org/sites/default/files/Colorado_Marijuana_Legalization_One_Year_Status_Report.pdf
- Escotado, Antonio. *Historia elemental de las drogas*. Barcelona: Anagrama, 2005.
- Escotado, Antonio. *Historia general de las drogas*. Vol. I, II y III. Madrid: Alianza, 1992.
- European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction *Illicit drug use in the EU: legislative approaches*. EMCDDA: 2005.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho penal liberal de hoy, introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Ed Gustavo Ibáñez:, 2002.

- Global Comision On Drugs, *Informe De La Comisión Global De Políticas De Drogas*. Junio 2011. <http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/>
- Gomez, Raúl Angel (comp.) *Introducción al campo de las drogodependencias*. Córdoba: Brujas, 2012.
- Hansen, Ian G., and Ara Norenzayan. "Yang and yin and heaven and hell: Untangling the complex relationship between religion and intolerance." *Where God and science meet: How the brain and evolutionary studies alter our understanding of religion* (2006): 198-222.
- Holland, J., et Al. *Ecstasy, the complete guide: a comprehensive look at the risks and benefits of MDMA*. Vermont: Ed. Park Street Press. 2001.
- Husak, Douglas N. *Drogas y derechos*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2001
- Insulza, José Miguel. *El problema de las drogas en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. 2013. http://www.pnsd.msssi.gob.es/novedades/pdf/OEAS_Informe.pdf
- John F. Richards, *Opium and the British Indian Empire: The Royal Commission of 1895*. Cambridge University Press. Forthcoming in *Modern Asian Studies*, 2002 http://www.drugpolicy.org/docUploads/opium_india.pdf
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Instituto De Investigaciones Jurídicas Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 20. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/pl1039.htm>
- Lewin, Louis *Phantastica*. Prefacio, 1924. <http://www.drugtext.org/Phantastica/preface.html>
- London School of Economics. *Acabando con las guerra contra las drogas.. Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de las Políticas sobre Drogas..* LSE Ideas, 2014.
- McKenna, Terence. *Food of the Gods: The search for the original tree of Knowledge, a radical history of plants, drugs, and human evolution*. New York: Bantam, 1992.
- Nolin, Pierre Claude. *Le cannabis: positions pour un régime de politique publique pour le Canada*. Rapport du Comité Spécial du Sénat sur les Drogues illicites, 2002.
- Organización de los estados Americanos, Secretaría General. *El problema de las drogas en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. 2013. http://www.pnsd.msssi.gob.es/novedades/pdf/OEAS_Informe.pdf
- Organización Mundial de la Salud. *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Organización Mundial de la Salud. Editado por Organización Mundial de la Salud en 1994 bajo el título *Lexicon of Alcohol and Drug Terms*. 1994. http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf
- Paladines, Jorge Vicente; Morales Viteri, Juan Pablo. (Ed) *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009

- Pérez, Catalina; Sevilla, Karen. “El Estado frente al consumo y los consumidores de drogas ilícitas en México” Programa de Política de Drogas Centro de Investigación y Docencia Económicas Región Centro. Junio 2014. p 62. <http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-mex/mexico-usuarios.pdf>
- Philibert, Matthieu. *Le controle international des drogues illustré par l'exemple de l'Europe: de la prohibition à la réduction des risques*. Université Lyon 2. Institut d'Études Politiques de Lyon. http://doc.sciencespo-lyon.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/Cyberdocs/MFE2006/philibert_m/pdf/philibert_m.pdf
- Reynaud, M., Parquet, P.J. et G. Lagrue. *Les pratiques addictives. Usage, usage nocif et dépendance aux substances psychoactives*. Paris : Secrétariat d'État à la Santé et aux Affaires Sociales, 1999. <http://www.jaibobola.fr/wp-content/uploads/files/reynaud-parquet-et-lagrue---les-pratiques-addictives.pdf>
- Richards, John F. *Opium and the British Indian Empire: The Royal Commission of 1895*. Cambridge University Press. Forthcoming in *Modern Asian Studies*, 2002
- Roulac, J. W. *Hemp horizons: the comeback of the world's most promising plant*. Chelsea Green Publishing Company, 1997.
- Salamea, C. Seguridad Pública vs. Inseguridad ciudadana. Prefacio. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Santamaría, Ramiro Ávila. (Ed.) *Neo-constitucionalismo y sociedad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 2008.
- Sayán, Diego García (ed.) *Coca, cocaína y narcotráfico. Laberinto de los andes*. Comisión Andina de juristas: Lima, 1989.
- Seddon, Toby. *A History Of Drugs, Drugs And Freedom In The Liberal Age*. Ed Routledge. New York, 2010.
- Simon Campaña, Farith. “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” Tesis Doctoral Universidad de Salamanca. 2014.
- Smith, David y Seymour, Richard. *Clinician's Guide To Substance Abuse*. Macgraw Hill Medical Publishing Division. 2001
- Smith, Huston. *Cleaving the doors of perception. The religious significance of entheogenic plants and chemicals*. New York: Jeremy P. Putnam, 2000.
- Smith, Peter H.(comp.) *El combate de las drogas en América*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Thornton, Mark. *The economics of prohibition*. “The origins of prohibition”. University of Utah Press. 2007.
- United Nations Office On Drugs And Crime. *World Drug Report 2014* United Nations publication, Sales No. E.14.XI.7 https://www.unodc.org/documents/wdr2014/World_Drug_Report_2014_web.pdf
- Uprimny, Rodrigo *El bloque constitucional en Colombia, análisis jurisprudencial*. Bogotá, 2001.

- Uprimny, Rodrigo; Guzmán Diana Esther; Parra, Jorge. *La Adicción Punitiva La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá.2012.
- Uprimny, Rodrigo; Guzmán, Diana *Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*. Reformas A Las Leyes De Drogas En América Latina Documento De Trabajo, Capítulo Colombia: Leyes De Drogas Y Cárceles En América Latina. Wola, Mayo, 2010.
- Valleur, Marc y Matysiak, Jean Claude. *Las nuevas adicciones del siglo XXI, sexo, pasión y videojuegos*. Barcelona: Paidós Controversias, 2005.
- Villalobos, Kevin “El Derecho Humano Al Libre Desarrollo De La Personalidad” Tesis de grado Universidad de Costa Rica. San Ramón 2012.p.63.

Artículos de revista:

- Bruce Barcott, Michael Sherer, “The great pot experiment” Revista *Time*. 25 de Mayo 2015. <http://time.com/3858353/the-great-pot-experiment/>
- Cooper, Ryan. “Does heroin really kill? A look at the science of overdoses”. *The Week*. Septiembre 30, 2015.
- Diep Francie. 100 Years Of Smoking Studies In Popular Science. *Popular Science*. 10 de Enero 2014. <http://www.popsci.com/article/science/100-years-smoking-studies-popular-science>
- Encarna Roca Trias “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español” *Indret Revista Para El Análisis Del Derecho*: Barcelona, Octubre 2009.
- Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *DOXA* 5, 1988 http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf
- Glover, S, Girion, L. “Prescription drug-related deaths continue to rise in U.S.” *Los Angeles Times*. 29 March 2013. Web. 1 May 2013. <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-prescription-drugrelated-deaths-continue-to-rise-20130329,0,2980747.story>
- Hemp Basics. Natural Hemp products. “General Hemp Information General Hemp Information, Uses, Facts” <http://www.hempbasics.com/shop/hemp-information>
- Jason Reed. “Uk Cannabis Debate: October 12” *Leap uk*. <http://ukleap.org/uk-cannabis-debate-october-12th/>
- Jelsma, Martin y Thoumi, Francisco : “La normatividad internacional: soporte del paradigma prohibicionista” en Alfredo Rangel Suárez (ed.): *La batalla perdida contra las drogas: ¿Legalizar es la opción?*, Intermedio, Bogotá, 2008. http://rolim.com.br/2009/box_drogas/07.pdf
- Noble, Joy. “Le recours hypocrite à la peine de mort en Iran et en Chine mis en evidence par leurs politiques progressistes de réduction des risques” *Talkings Drugs* 26 de octubre 2015. <http://www.talkingdrugs.org/fr/le-recours-hypocrite-à-peine-de-mort-en-iran-et-en-chine-mis-en-évidence-par-leurs-politiques>

- Ortiz Lemos, Andrés. *Plan V*. 18 de noviembre del 2014
<http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/la-desnudez-del-sumak-kawsay>
- Paladines, Jorge Vicente. *The Seven Steps of Drug Policy Reform in Ecuador: Recent History and a Look toward the Future*. Washington Office for Latin America. WOLA. 10 junio 2015.
http://www.wola.org/commentary/los_siete_pasos_de_la_evolucion_de_la_reforma_de_drogas_en_ecuador
- Pinto, Mónica *El principio Pro Homine. Criterios Hermenéuticos y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos*.
- Rainer Arnold José Ignacio, et al. *El Principio De Proporcionalidad En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional*. Estudios constitucionales vol.10 no.1 Santiago 2012.
- Thoumi, F. *La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza*. Revista Nueva Sociedad. No.222. Julio-Agosto.2009 www.nuso.org
- Uprimny, Rodrigo. *Drogas, Derecho y Democracia*. Texto presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL. Mamacoca.
http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/uprimny_drogas_y_democracia.htm#_ftn1

Artículos científicos

- Brownstein M.J. *A brief history of opiates, opioid peptides, and opioid receptors*. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 1993; vol 90 (12)
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC46725/>
- Bushman Brad J., Haris M. Cooper. *Effects of alcohol on human aggression: an integrative research review*. Psychological Bulletin 1990, Vol, 107. 3, 341-354
- Crocq, Marc-Antoine. *Historical and Cultural Aspects of Man's Relationship with Addictive Drugs*. *Dialogues in Clinical Neuroscience* 9.4. 2007.
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3202501/>
- Hendricks, Peter; et al. *Psilocybin, psychological distress, and suicidality*. Journal of psychopharmacology. September 2015 vol. 29 no. 9 1041-1043.
<http://jop.sagepub.com/content/29/9/1041.full>
- Jerome, Lisa. *Psilocybin Investigator's Brochure March-April 2007*. MAPS
http://www.maps.org/research-archive/psilo/psilo_ib.pdf
- Khatchadourian, Raffi. "Secrets of Edgewood". *The New Yorker*. 21 de Diciembre 2012. <http://www.newyorker.com/news/news-desk/secrets-of-edgewood>
- Krebs TS, Johansen P-Ø (2013) *Psychedelics and Mental Health: A Population Study*. PLoS ONE 8(8): e63972. doi:10.1371/journal.pone.0063972
<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371%2Fjournal.pone.0063972>
- Loizaga-Velder Anja, Dipl-Psych. *A Psychotherapeutic View on the Therapeutic Effects of Ritual Ayahuasca Use in the Treatment of Addiction* MAPS Bulletin, Spring 2013.

- Lynn McCardle, Diana H. Fishbein. *The self reported effects of PCP on human aggression*. Addictive behaviors. Volume 14, Issue, 189, pp.464-472.
- Nutt, D., King, L.A., Saulsbury, W. y Blakemore, C. (2007) *Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse* Lancet Vol. 369 (9566) pp.1047-53.
- Randolph M. Nesse Et. al. *Psychoactive Drug Use in Evolutionary Perspective*. Science. Vol.278, 63. Octubre, 1997
- Rolles, Steve. “The truth behind the UNODC's leaked decriminalisation paper” *Transform*. 20/10/2015. <http://www.tdpf.org.uk/blog/truth-behind-unodcs-leaked-decriminalisation-paper>
- Romer, Daniel. *Adolescent Risk Taking, Impulsivity, and Brain Development: Implications for Prevention*. Developmental psychobiology 52.3 (2010): 263–276. PMC. Web. 13 Oct. 2015. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3445337/>
- Rosenblum A, Marsch LA, Joseph H, Portenoy RK. *Opioids and the Treatment of Chronic Pain: Controversies, Current Status, and Future Directions*. Experimental and clinical psychopharmacology. 2008;16(5):405-416. doi:10.1037/a0013628. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2711509/>
- Sachin N. Pradhan *Phencyclidine (PCP): Some human studies* Neuroscience & Biobehavioral Reviews Volume 8, Issue 4, Winter 1984, pp. 493-501.
- Stanton Peele. “A Moral Vision of Addiction. How People's Values Determine Whether They Become and Remain Addicts”. *Journal of Drug Issues*, Vol. 17(2) (1987): 187-215. <http://www.peele.net/lib/vision.html>
- Sullivan, R.J, Hagen, E.H. *Psychotropic substance-seeking: evolutionary pathology or adaptation*. Adiction. Vol. 97. No 4. 2002.
- Tammy Saah, *The evolutionary origins and significance of drug addiction*. Harm reduction Journal. Vol.2; 8, 2005
- Wells Bennett, John Walsh. *Marijuana Legalization is an Opportunity to Modernize International Drug Treaties*. WOLA. Octubre 2014. http://www.wola.org/sites/default/files/Drug%20Policy/CEPM-WOLA_October%202014.pdf
- Werb D., Rowell, G et al. *Effect of Drug Law Enforcement on Drug-related Violence: Evidence from a Scientific Review Urban Health Research Initiative*. British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, 2010. http://www.icsdp.org/Libraries/doc1/%20ICSDP-1_-_FINAL_1.sflb.ashx

Artículos de periódicos:

- “Does Marijuana Cause Brain Damage?” The truth on pot. <http://www.truthonpot.com/2012/11/02/does-marijuana-cause-brain-damage/>

Abc news. "Tapes Reveal Nixon's Prejudices Again"

<http://abcnews.go.com/GMA/story?id=126236&page=1>

Alan Yuhas. "Obama reduces sentences of 46 inmates convicted of nonviolent drug crimes." *The Guardian*. 13/07/2015. <http://www.theguardian.com/us-news/2015/jul/13/barack-obama-reduces-sentences-nonviolent-drug-crimes-prisoners>

Amelia Hill. "LSD could help alcoholics stop drinking, AA founder believed" *The Guardian* 23/08/2012. <http://www.theguardian.com/science/2012/aug/23/lsd-help-alcoholics-theory>

Barcott, Bruce; Sherer, Michael. "The great pot experiment" *Time magazine*. 14 de Mayo 2015. <http://time.com/3858353/the-great-pot-experiment/>

BBC News. "Brazil World Cup beer law signed by President Rousseff". 6 de Junio 2012. <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-18348012>

BBC News. 1974: Cannabis 'causes brain damage. 2/10/1974. http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/2/newsid_2540000/2540141.stm

Branson, Richard. War on drugs a trillion-dollar failure, Special to CNN December 7, 2012 <http://edition.cnn.com/2012/12/06/opinion/branson-end-war-on-drugs/>

Cbs news. "Dutch Ban Sale Of Hallucinogenic Mushrooms." October 2007. <http://www.cbsnews.com/news/dutch-ban-sale-of-hallucinogenic-mushrooms/>

CNN Expansión. "La SCJN da luz verde al uso recreativo de la marihuana" Miércoles, 04 de noviembre de 2015. <http://www.cnnexpansion.com/economia/2015/11/04/la-scjn-perfila-permitir-el-uso-recreativo-de-la-marihuana>

CNN Student Bureau. "Famous fried eggs Students debate effectiveness, accuracy of well-known anti-drug commercial." 6 Diciembre, 2000. <http://edition.cnn.com/fyi/interactive/news/brain/brain.on.drugs.html>

Cooper, Ryan. "Does heroin really kill? "A look at the science of overdoses". *The Week*. Septiembre 30, 2015. http://theweek.com/articles/580204/does-heroin-really-kill-look-science-overdoses?utm_source=links&utm_medium=website&utm_campaign=facebook

Debusmann, Bernd. "Obama and the failed war on drugs." *Reuters*. Washington 16 de Abril de 2012. <http://www.reuters.com/article/2012/04/16/us-column-debusmann-drugs-idUSBRE83F0ZR20120416>

Declaraciones de Diana Acosta. "Artículo 364 prohíbe la 'criminalización' de adicción a las drogas." *El Universo*. Junio, 2008. <http://www.eluniverso.com/2008/07/31/0001/8/EEB8DC4D7B8C45849AAC85BF9C9B32A0.html>

- García, Andrés. “Debate por el uso terapéutico de la marihuana.” *El Comercio*. 10/04/2015. <http://www.elcomercio.com/tendencias/debate-marihuana-cannabis-medicina-ecuador.html>
- Glover, S, Girion, L. “Prescription drug-related deaths continue to rise in U.S.” *Los Angeles Times*. 29 March 2013. Web. 1 May 2013. <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-prescription-drugrelated-deaths-continue-to-rise-20130329,0,2980747.story>
- Hetzer, Hannah. “Uruguay Unveils Details for World's First National Legal Marijuana Market” *The world post*. 05/06/2014. http://www.huffingtonpost.com/hannah-hetzer/uruguay-marijuana-market_b_5275735.html
- Ingraham, Chris. “Portugal decriminalised drugs 14 years ago – and now hardly anyone dies from overdosing” *Independent* 7 de junio 2015. <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/portugal-decriminalised-drugs-14-years-ago-and-now-hardly-anyone-dies-from-overdosing-10301780.html>
- Jason Reed. “Uk Cannabis Debate: October 12” *Leap. Uk*. 12 de octubre de 2015, <http://ukleap.org/uk-cannabis-debate-october-12th/>
- Johnson, Kevin; Raju Chebium. “Justice Dept. won't challenge state marijuana laws” *Usa Today*. <http://www.usatoday.com/story/news/nation/2013/08/29/justice-medical-marijuana-laws/2727605/>
- Newman, Tony. “Obama Says Treating Drug Use as a Criminal Problem is Counterproductive”. *Drug Policy Alliance*. Blog <http://www.drugpolicy.org/blog/obama-says-treating-drug-use-criminal-problem-counterproductive>.
- Nixon, R. The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3047>
- Noble, Joy. “El Éxito del Programa de Reducción de Daños de Malasia Resalta la Necesidad de Abordar El Estigma y el Estado de Violencia”. Traducido por Alicia Cristina Gallardo *Talking Drugs*. 28 de Octubre 2015. <http://www.talkingdrugs.org/es/el-éxito-del-programa-de-reducción-de-daños-de-malasia-resalta-la-necesidad-de-abordar-el-estigma-y>
- Nutt, David “The Superman pill deaths are the result of our illogical drugs policy” *The Guardian*. Lunes 5 de enero de 2015. http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/jan/05/superman-pill-ecstasy-pma-deaths-drugs-policy?CMP=fb_gu
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009) *High Commissioner calls for focus on human rights and harm reduction in international drug policy* Ginebra: Naciones Unidas http://www.ohchr.org/documents/Press/HC_human_rights_and_harm_reduction_drug_policy.pdf
- Poinar, George Jr. *Amber fossil links earliest grasses, dinosaurs and fungus used to produce LSD*. Oregon State University. 09/02/2015 <http://oregonstate.edu/ua/ncs/archives/2015/feb/amber-fossil-links-earliest-grasses-dinosaurs-and-fungus-used-produce-lsd>

- Raffi Khatchadourian. "Secrets of Edgewood." *The New Yorker*. 21 de Diciembre 2012. <http://www.newyorker.com/news/news-desk/secrets-of-edgewood>
- Sallah, Michael, *et. al.* "Stop and seize. Aggressive police take hundreds of millions of dollars from motorists not charged with crimes." *Washington Post*. 6 de septiembre de 2014. <http://www.washingtonpost.com/sf/investigative/2014/09/06/stop-and-seize/>
- Steve Rolles. "The truth behind the UNODC's leaked decriminalisation paper" *Transform*. 20/10/2015. <http://www.tdpf.org.uk/blog/truth-behind-unodcs-leaked-decriminalisation-paper>
- Vieira, Isabela; Vitor Abdala. "Brazil may decriminalize drug possession" *Agencia Brazil*. 11/08/2015. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/en/geral/noticia/2015-08/brazil-may-decriminalize-drug-possession>
- Vulliamy, Eduard. "HSBC has form: remember Mexico and laundered drug money" *The Guardian*. 15/02/2015. <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/15/hsbc-has-form-mexico-laundered-drug-money>
- Wall, Tim "8.74 Million Species on Earth". *Plants*. Discovery news. 23/08/2011. <http://news.discovery.com/earth/plants/874-million-species-on-earth-110823.htm>
- Weil, Jonathan. "Cocaine Cowboys Know Best Places to Bank" *Bloomberg View* 2/08/2012. <http://www.bloombergview.com/articles/2012-08-02/cocaine-cowboys-know-best-places-to-bank>
- Wing, Nick. "DEA Approves Study Of Psychedelic Drug MDMA In Treatment Of Seriously Ill Patients". *Huffington Post*. 18/03/2015. http://www.huffingtonpost.com/2015/03/18/dea-mdma-study_n_6888972.html
- Wired. "One Man's Desperate Quest to Cure His Son's Epilepsy With Weed" *Wired*, 2015. <http://www.wired.com/2015/07/medical-marijuana-epilepsy/>
- Young, Sandra. "Medical marijuana refugees: This was our only hope" *CNN*, 2014. <http://edition.cnn.com/2014/03/10/health/medical-marijuana-refugees/index.html>
- Zeese, Kevin. "Once-Secret "Nixon Tapes Show Why the U.S. Outlawed Pot" *AlterNet*. 20 de Marzo, 2002. http://www.alternet.org/story/12666/once-secret_%22nixon_tapes%22_show_why_the_u.s._outlawed_pot

Audiovisuales

Cocaine cowboys. Documental dirigido por Billy Corben.

Documental de The History Channel. *Hooked, Illegal Drugs And How They Got That Way*. <https://www.youtube.com/watch?v=I3MIQPoeNMU>

Documental de The Beckley Foundation, Heffer Institute *Neurons to Nirvana*. <https://mangu.tv/film/neurons-to-nirvana-understanding-psychedelic-medicines/>

Soechtig, Stephanie; Monroe, Mark. Documental *Fed Up*. Atlas Films. 2014

Johann Hari. “Everything you think you know about addiction is wrong”. *TED*
https://www.ted.com/talks/johann_hari_everything_you_think_you_know_about_addiction_is_wrong/transcript