

DROGAS, LEYES Y PALABRAS*

I. La despenalización: consensos y límites.

Como es bien sabido, uno de los tantos legados que debemos a la década de 1990 es la actual ley de estupefacientes (N° 23.737).

Tal como es también ampliamente sabido, el 25 de agosto de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso "Arriola", en el marco del cual se declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de marihuana para consumo personal.

Esa sentencia, mediante la cual la Corte "vuelve" al precedente "Bazterrica" (de 1986)¹, puede ser vista como un hito importante hacia la renuncia del Estado argentino a perseguir a los consumidores de cierto tipo de estupefacientes mediante la ley penal. Aunque no por ello en la fundación de un nuevo abordaje acerca de los conflictos y los problemas sociales asociados al consumo de drogas.

Para justificar esa revisión, la corte postula la doctrina según la cual "ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328:566). Y a continuación señala que han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del thema decidendum pueda ser considerado intempestivo. Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales." Y agrega diversas evidencias acerca del incremento del consumo de drogas y el narcotráfico en nuestro país.

* Alberto J. Volpi

¹ Tal como se afirman en el fallo Arriola, la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en "Colavini" (Fallos:300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en "Bazterrica" y "Capalbo", se apartó de tal doctrina (Fallos:308:1392); y en 1990, en "Montalvo" vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333), y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el Tribunal decide volver a "Bazterrica".

Al fracaso de la política de penalización de los consumidores, la Corte agrega una serie de argumentos jurídicos basados en que la reforma constitucional de 1994, al incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22), reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Lo cual supone un cambio profundo en el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

A casi tres años de aquella sentencia, sin embargo, el marco legal en materia de estupefacientes permanece sin cambios y la política de persecución hacia los consumidores de marihuana sólo se ha atenuado “de hecho” y de modo muy desperejo a lo largo del territorio nacional.

Esa situación de parálisis y baja calidad institucional, sin embargo, no puede atribuirse solamente a la falta de acuerdo en el marco del Poder Legislativo para el tratamiento de los diversos proyectos de reforma de la ley de estupefacientes; sino también –y primordialmente- a la mora del Poder Ejecutivo en el cumplimiento del mandato establecido por el art. 77 del Código Penal de la Nación, según se analiza en el apartado siguiente.

II. La “ley penal abierta” argentina, sus debilidades y sus oportunidades.

La ley de estupefacientes argentina no establece por sí misma una lista de las sustancias prohibidas, sino que se remite a lo que decida en esa materia el Poder Ejecutivo Nacional. Se trata de una “ley penal abierta”, en que los “tipos” penales dependen de un “complemento”.

En efecto, el art. 77 del Código Penal (aprobado por la ley 23.737) establece que “El término estupefacientes comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.”

Se supone que la ventaja de remitir la confección de ese listado al PEN (en lugar de hacerlo mediante la propia Ley) reside –precisamente- en la posibilidad de “actualizarlo”. Ya que se supone que es menos engorroso el trámite de un Decreto que el de una Ley; así como que existen en la rama ejecutiva los recursos necesarios para definir con presteza e inmediatez qué es un estupefaciente y qué no.

Al margen de las críticas que podrían efectuarse a ese sistema, en especial porque asigna una parte del trabajo de los legisladores al PEN, debe reconocerse su aparente

versatilidad. Y a partir de ella, una probabilidad mayor de mantener un razonable correlato entre la norma penal y la realidad social.

Al mismo tiempo, ese mecanismo normativo podría habilitar una discusión “caso por caso” de las sustancias actualmente prohibidas, intentando deslindar situaciones evidentemente disímiles.

Sin embargo, esas ventajas no se han aprovechado hasta ahora.

A pesar del mandato de actualizar periódicamente el listado de las sustancias prohibidas, la “lista” aprobada en el año 1991 por el Presidente Menem (Decreto 722/91) sólo fue modificada una vez. En 2010 y nada más que para incluir a la Ketamina, en base a una actuación de la Policía Federal Argentina (Expediente N° 010-2946/05) que encabeza el “visto” del Decreto 299/2010.

Ese único decreto modificadorio (que se dicta cinco años después de que la PFA advirtiera el uso y/o comercio de la Ketamina como estupefaciente) reproduce idéntica (o casi) la lista de Menem.

Mantiene la prohibición legal de la Coca (Hojas) Eritronxilon coca, la cocaína, la heroína y la marihuana. Pero en el caso de esta última con un sutil agregado; ya que mientras la lista de 1991 -glosada al Decreto 722- decía (y acaso siga diciendo²) “CANNABIS, (Marihuana) y SUS ACEITES RESINAS (Haschisch) Y SUS SEMILLAS. Cannabis sativa L”, la lista de CFK dice: “Cannabis y resinas de cannabis y extractos y tinturas de cannabis – Marihuana- Cáñamo índico y sus resinas (Haschisch) aceites y sus semillas”.³

Es decir, sin decir una palabra sobre el motivo del cambio, se agregan los extractos y las tinturas del cannabis; y se especifica -como variedad de la marihuana- el cáñamo índico (la otra especie o clase de planta de la que se obtiene el producto conocido como marihuana), que es menos común en esta región. Mencionando a su vez sus aceites y semillas, así como se reafirma la prohibición del Haschisch, que es –según creemos– básicamente la resina del cáñamo índico y que aparecía en el decreto de Menem, pero erróneamente catalogado como la resina de cannabis sativa.

El Decreto de Fernandez de Kirchner. – Aníbal D. Fernández. – Julio C. Alak. – Juan L. Manzur no analiza la vigencia o actualidad de la lista de Menem.

No lo hace, siquiera en el caso de la “Coca (Hojas) Eritronxilon coca” o *Erythroxylum coca*, la conocida planta ancestral de los incas, que ha sido ampliamente reivindicada en actos

²<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/6027/norma.htm> y http://www.anmat.gov.ar/webanmat/Legislacion/Medicamentos/Decreto_722-1991.pdf (coincidentes y consultados el día 05/05/2012).

³<http://legislacion.elderecho.com.ar/index.php?accion=8&record=4235> y <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/164826/norma.htm> (visitados el 05/05/2012).

oficiales, pero sigue figurando en la lista de drogas cuya tenencia y comercialización debería acarrear inconvenientes con la justicia.

La fuente “intelectual” de estas prohibiciones data de “los Listados producidos por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) de la organización de las Naciones Unidas, actualizados en su 11º Período Extraordinario de Sesiones celebrado en febrero de 1990”. Tal es la cita del decreto de Menem, incluida como única fuente de autoridad.

Esa lista es, en el caso de la coca, la marihuana y la mayoría de las restantes sustancias, una reproducción de la lista aprobada originalmente por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada –pero no en los aspectos que venimos considerando– por el Protocolo de 1972.

Desde que se creó la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE o “Junta”), órgano de aplicación del tratado, en 1961, se indican la coca y la marihuana como sustancias sujetas a fiscalización.

La convención no establece la prohibición total de su producción y uso, sino su fiscalización, ya que reconoce que “el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin”. Es por ello que los Estados parte se comprometen a adoptar “todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias: a) Para dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Convención en sus respectivos territorios; b) Para cooperar con los demás Estados en la ejecución de las disposiciones de la presente Convención, y c) Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Convención, 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 lista original, así como la por entonces recientemente actualizada que se mencionaba en el decreto de 1991 y la lista actualmente vigente o “lista Amarilla”⁴, se refieren a sustancias sujetas a fiscalización.

La Lista Amarilla es una enumeración permanentemente actualizada de estupefacientes que deben estar sujetos a fiscalización nacional e internacional, intercambio de información (etc.).

La actual Lista Amarilla habla de la marihuana en estos términos: CANNABIS y SU RESINA y los EXTRACTOS y las TINCTURAS DE CANNABIS, las sumidades, floridas o con fruto de la planta de cannabis (resina no extraída) la resina separada, en bruto o purificada,

⁴<http://www.incb.org/incb/es/index.html>,
http://www.incb.org/pdf/forms/yellow_list/50th_Edition/YellowList_50ed_Dec2011ES.pdf.

obtenida de la planta de cannabis” y de la coca: COCA (HOJA DE)La hoja del arbusto de coca (material de planta).

Aunque resulte reiterativo es necesario advertir que el tratado no impone prohibiciones absolutas para las sustancias, sino su control

Es así, que la convención dispone, por ejemplo: “*Artículo 26. EL ARBUSTO DE COCA Y LAS HOJAS DE COCA* 1. Las Partes que permitan el cultivo del arbusto de coca aplicarán al mismo y a las hojas de coca el sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera; pero, respecto del inciso 2 d de ese artículo, la obligación impuesta al Organismo allí aludido será solamente de tomar posesión material de la cosecha lo más pronto posible después del fin de la misma. 2. En la medida de lo posible, las Partes obligarán a arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruirán los que se cultiven ilícitamente. *Artículo 27 DISPOSICIONES SUPLEMENTARIAS REFERENTES A LAS HOJAS DE COCA EN GENERAL* 1. Las Partes podrán autorizar el uso de hojas de coca para la preparación de un agente saporífero que no contenga ningún alcaloide y, en la medida necesaria para dicho uso, autorizar la producción, importación, exportación, el comercio y la posesión de dichas hojas. 2. Las Partes suministrarán por separado previsiones (artículo 19) e información estadística (artículo 20) respecto de las hojas de coca para la preparación del agente saporífero, excepto en la medida en que las mismas hojas de coca se utilicen para la extracción de alcaloides y del agente saporífero y así se explique en la información estadística y en las previsiones.”⁵

La norma, en general, apunta a establecer reglas para la producción, comercio y uso “legalmente autorizados” de las drogas; aunque obliga a los Estados a sancionarlos cuando se efectúan fuera de la ley. Es así que el art. 36 (DISPOSICIONES PENALES) de la convención establece: “1. a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.”

En lo que atañe a los consumidores, ese mismo artículo dispone: “b) No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las Partes podrán en vez de declararlas

⁵⁵ Otras sustancias y cultivos merecen sus propias reglas; siendo la prohibición absoluta una facultad que los Estados se reservan.

culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 38.”

Y en lo que respecta al uso indebido, el *Artículo 38, establece* “MEDIDAS CONTRA EL USO INDEBIDO DE ESTUPEFACIENTES 1. Las Partes prestarán atención especial a la prevención del uso indebido de estupefacientes y a la pronta identificación, tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas, adoptarán todas las medidas posibles al efecto y coordinarán sus esfuerzos en ese sentido.2. Las Partes fomentarán, en la medida de lo posible, la formación de personal para el tratamiento, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de quienes hagan uso indebido de estupefacientes.3. Las Partes procurarán prestar asistencia a las personas cuyo trabajo así lo exija para que lleguen a conocer los problemas del uso indebido de estupefacientes y de su prevención y fomentarán asimismo ese conocimiento entre el público en general, si existe el peligro de que se difunda el uso indebido de estupefacientes.”

Esa normativa internacional se encuentra complementada por la CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS, Viena (Austria), del 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988, Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988, y ratificada por la República Argentina mediante la Ley 24.072, de 1991. Fuente citada por el Decreto de Menem.

Esa convención, que ratifica y “endurece” la convención de 1961, incluye la siguiente regla: Artículo 3 DELITOS Y SANCIONES. 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);

iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo,

la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;

v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;

iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

2. A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o 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.

3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.

b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.

c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento.

d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.

5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;

b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;

c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la cComi del delito;

d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;

e) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;

f) la victimización o utilización de menores de edad;

g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales;

h) una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.

6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.

7. Las Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos.

8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.

9. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas, conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico, para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que se encuentre en el territorio de dicha Parte, comparezca en el proceso penal correspondiente.

10. A los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho.

III. Despenalizar para controlar: un nuevo enfoque.

En la reciente Cumbre de las Américas, celebrada en Cartagena de Indias, Juan Manuel Santos, Presidente de Colombia dijo en su discurso inaugural: “Llegó el momento de analizar si lo que hacemos en materia de lucha antidrogas es lo mejor o buscamos una alternativa más efectiva y menos costosa”.

El presidente de Guatemala, Otto Pérez, había planteado antes, reiteradamente, la legalización de las drogas como una alternativa.

Obama respondió que “la legalización de las drogas no es la respuesta”, pero aceptó que es “completamente legítimo entablar una discusión sobre si las leyes que están ahora en vigor son leyes que quizá están causando más daños que beneficios en algunos campos”.

Santos dijo que “Colombia es el país que más ha sufrido en esta lucha contra las drogas y el narcotráfico. Hemos venido siendo exitosos gracias a Estados Unidos... con el Plan Colombia, que es la iniciativa más exitosa de los Estados Unidos, y es algo que en Colombia agradecemos enormemente y hemos sido relativamente exitosos en la lucha contra cada eslabón del narcotráfico... hasta el punto que hoy ofrecemos ayuda en ese sentido a otros países, sin embargo sabemos que nuestro éxito genera problemas en otros países...”.

Mientras Santos se mostró más abierto a un eventual debate sobre el asunto, el Presidente Barack Obama señaló “el narcotráfico se integra, tal como lo hace la economía, pero no podemos dejar de lado la oferta de América Latina y la demanda de los Estados Unidos. El pueblo estadounidense debe entender el costo que le cobra el narcotráfico a América y el Caribe, que socava la capacidad de los países...”

[FERNANDO H. CARDOSO, CÉSAR GAVIRIA Y ERNESTO ZEDILLO](#) lideran, junto a otras personalidades, la Comisión Global sobre Políticas de Drogas, que analiza la regulación vigente en torno de este tema.⁶

En un artículo publica con motivo de la mencionada cumbre interamericana, los ex presidentes se preguntaban:

⁶<http://www.globalcommissionondrugs.org>; **Promotores de un nuevo enfoque**

La Comisión Global sobre Políticas de Drogas es una iniciativa internacional independiente dedicada a promover un debate público sobre políticas de drogas más humanas y eficientes, ante el fracaso que, según sostiene la organización, ha supuesto la lucha de más de 40 años contra el narcotráfico. Fue creada en el 2010 por los expresidentes Cardoso, de Brasil; Gaviria, de Colombia, y Zedillo, de México, y entre sus miembros destacan personalidades como Mario Vargas Llosa, Kofi Annan, Javier Solana, Carlos Fuentes, LouiseArbour, George P. Shultz y Paul Volcker.

“¿Cuál es la mejor manera de enfrentar el problema de las drogas? Diferentes opciones están puestas hoy sobre la mesa. ¿Criminalizar al usuario o tratar a los dependientes como enfermos? ¿Defender una visión prohibicionista a ultranza o experimentar con diferentes formas de regulación y prevención?

En los últimos cuatro meses, la discusión ha avanzado más que en 40 años. Lo que parecía impensable está ahora siendo discutido a la luz del día. América Latina está hablando de drogas porque la realidad lo impone, pero también por el coraje político de líderes como los presidentes Juan Manuel, de Colombia; Otto Pérez Molina, de Guatemala, y Laura Chinchilla, de Costa Rica.

Los hechos son obstinados y hablan por sí mismos. La erradicación de la producción, la interdicción del tráfico y la criminalización del consumo -piedras angulares de la estrategia de la guerra contra las drogas liderada por Estados Unidos- no funcionan y tienen un costo altísimo en vidas humanas. Mientras haya demanda de narcóticos, habrá oferta. Los únicos beneficiarios del prohibicionismo son los narcotraficantes.

Cuarenta años de esfuerzos inmensos no han logrado reducir la producción ni el consumo de drogas ilícitas. En México y en Centroamérica la violencia y la corrupción asociadas al tráfico de drogas representan una amenaza para la seguridad ciudadana y la estabilidad democrática.

Frente a la ineficacia y las consecuencias desastrosas de la guerra contra las drogas tomamos la iniciativa hace cuatro años de crear una Comisión sobre Drogas y Democracia en América Latina. Nuestro punto de partida fue reconocer el fracaso de la estrategia prohibicionista y la urgencia de abrir un debate sobre políticas alternativas.

Nuestra Comisión formuló dos grandes recomendaciones: la primera, que debe ser de aplicación inmediata, es la de descriminalizar el consumo. No tiene ningún sentido encarcelar a quienes utilizan drogas, pero que no hacen daño a otros. Es cierto que el consumidor se hace un daño a sí mismo y, en ocasiones, a su familia, pero no es con castigos ni llevándolo a la marginalidad como vamos a ayudarlo.

La droga es un problema de salud pública. Los adictos deben ser tratados como enfermos, no como criminales. La criminalización es un obstáculo que dificulta el acceso al tratamiento y a la rehabilitación. Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Uruguay ya han dado pasos en esa dirección. Sin embargo, como la diferenciación legal entre consumo y tráfico no es clara, persisten los riesgos de corrupción y de discriminación de los más pobres.

El primer objetivo de las políticas antidrogas debe ser proteger a los jóvenes, impidiendo que se inicien en un consumo que puede llevarlos a la dependencia. Eso implica dar absoluta prioridad a iniciativas de prevención, tratamiento y reintegración social. Ese conjunto integrado de acciones es la manera más eficaz de reducir el consumo.

El poder represivo del Estado y la presión de la sociedad deben estar orientados a la lucha contra los narcotraficantes, sobre todo contra los más violentos y corruptores. Estos esfuerzos no deben estar destinados a perseguir a los enfermos.

La clave es la regulación

Nuestra segunda recomendación, más compleja, pero no menos importante desde el punto de vista de la paz y la seguridad ciudadana, es la discusión sobre los diferentes modelos de regulación de drogas como la marihuana, de manera similar a lo que ya se hace con el tabaco y con el alcohol. Estudios médicos de la más alta seriedad definen la marihuana como una sustancia de menor nocividad que el tabaco.

Regular no es lo mismo que legalizar. Este punto es fundamental. Regular es crear las condiciones para la imposición de todo tipo de restricciones y límites a la comercialización, publicidad y consumo del producto.

La reducción espectacular del consumo del tabaco en nuestros países demuestra que la prevención y la regulación son más eficientes que la prohibición para cambiar mentalidades y patrones de comportamiento.

La regulación, además, rompe el vínculo entre traficantes y consumidores. Teniendo en cuenta que la marihuana es la sustancia psicoactiva que más se consume en el mundo, su regulación acabaría con los enormes recursos que obtiene el crimen organizado en los mercados ilegales de la droga, fuente de su poder e influencia.

Felicitemos a los presidentes de Colombia, Guatemala y Costa Rica por haber puesto sobre la mesa diferentes alternativas, cuyo objetivo es la protección de la salud de las personas y la seguridad ciudadana.

La resonancia de sus argumentos terminó con el tabú que por tanto tiempo ha impedido la búsqueda de otros caminos. Por iniciativa de varios países, el tema de la droga fue incluido en la agenda de la Cumbre de las Américas. Esta reunión de jefes de Estado es una oportunidad histórica para avanzar en el debate.

Como el tema es complejo, no se puede esperar que la discusión lleve a soluciones únicas ni a acuerdos inmediatos. Las alternativas son múltiples y complementarias. En este momento lo más importante es que se produzca un debate serio y riguroso, que le permita a cada país formar su opinión y definir los caminos más adecuados a su realidad.

La experiencia de América Latina en la lucha contra el narcotráfico; las lecciones aprendidas por Europa, que ha implementado políticas de salud pública y de reducción de daños; los experimentos de varios estados americanos que han explorado el uso medicinal de la marihuana; la movilización de los sectores empresariales y de la comunidad científica; la expectativa de los jóvenes y su anhelo de paz... Todas estas experiencias apuntan en la dirección de políticas más humanas y eficaces.

Un cambio de paradigma, que contemple la represión a los narcotraficantes, pero que les dé prioridad al tratamiento, la rehabilitación y la prevención, es la mejor contribución que puede hacer América Latina, un continente que ha sufrido tanto con este problema, a una revisión global de la política sobre drogas.⁷

Esa mirada, novedosa, sensata y pacifista, se opone especialmente al paradigma de la “guerra contra las drogas”. Y obliga a abrir un debate acerca de la utilidad, en términos de gestión del conflicto y limitación de sus males, de la actual política en manejo del problema de las drogas.

IV. ¿Es posible despenalizar con la actual legislación?

La ley N° 23.737 estableció la penalización general de la tenencia, cultivo (etc.) de estupefacientes. Pero no estableció una lista de éstos, sino que remitió esa esa decisión al PEN.

A esa autoridad le compete, según el art. 77 del Código Penal, elaborar y actualizar periódicamente (por decreto) las listas de sustancias que considere susceptibles de producir dependencia física o psíquica.

Esa norma se vio complementada por el Decreto 722/91 de Menem. Que incluyó en su lista de drogas a ser perseguidas penalmente todas las sustancias que estaban sujetas a fiscalización por parte de las convenciones de 1961 y 1988, que no necesariamente obligaban a adoptar ese tipo de respuesta “extrema”.

A pesar del mandato de actualizar periódicamente el lista, el poder Ejecutivo sólo hizo un cambio en las listas, en 2010; y para incluir la ketamina.

Lo dicho permite advertir que existe una mora del Poder Ejecutivo en la actualización adecuada de ese listado.

Al mismo tiempo, debe reconocerse que la “remisión” efectuada por el Presidente Menem al lista de la Convención de 1961 como fuente del su listado complementario del art. 77 del Código Penal es una decisión voluntaria del Ejecutivo; que no se encuentra impuesta por los tratados internacionales comentados. Del mismo modo que ha sido también unilateral la decisión adoptada en 2010 de mantener dicho listado (casi) incólume.

⁷http://www.eltiempo.com/politica/las-drogas-un-debate-antes-impensable-esta-ahora-sobre-la-mesa_11517909-4

La ley argentina prohíbe la tenencia y cultivo de hoja de coca, de cannabis y otras sustancias sólo porque el Poder Ejecutivo Nacional ha omitido –desde 1991 a la fecha- actualizar el listado previsto por el art. 77 del Código Penal. O bien, porque ha considerado que estas sustancias deben continuar prohibidas.

En base a ello, es perfectamente posible y “legal” que, a través de un decreto presidencial, se avance en una política de despenalización de ciertas sustancias –en especial el cannabis y la hoja de coca-, simplemente revisando el listado aprobado por el Decreto 722 del ex presidente Menem que tácitamente fue ratificado y “mejorado” en 2010.

Esa despenalización, por supuesto, debiera estar acompañadas –en línea con las recomendaciones de la Comisión Global sobre Políticas de Drogas- con un regulación adecuada del comercio y venta de las sustancias; a través de lo cual se podría avanzar en las dos cuestiones planteadas por la Corte en “Arriola”.

Por un lado, comenzar a revertir los malos resultados de la política de “guerra a las drogas” en términos de uso indebido, economías clandestinas, daño institucional, etc. Por el otro, adecuar el derecho penal a los criterios de la Constitución.