Legislar no es suficiente: Regulación del cannabis y la pervivencia del discurso prohibicionista entre los operadores del sistema penal

Legislating is not enough
Regulation of cannabis and the survival of the prohibitionist discourse among the operators of the penal system

Diego Silva Forné[1]

Resumen: A partir de la experiencia de implementación del modelo uruguayo de regulación y control del cannabis, se caracteriza el discurso prohibicionista y se analiza su permanencia entre buena parte de los operadores del sistema de justicia penal. De allí se infieren algunas acciones a tener en cuenta por las iniciativas regulatorias en materia de drogas, más allá de los cambios legislativos.

Palabras clave: prohibicionismo, regulación del cannabis, sistema de justicia penal.

Abstract: *Based on the experience of implementing the Uruguayan cannabis regulation and control model, the prohibitionist discourse is characterized and its permanence among a large part of the criminal justice system operators is analyzed. From there are inferred some actions to be taken into account by regulatory initiatives on drugs, beyond legislative changes.*

Keywords: *prohibitionism, cannabis regulation, criminal justice system.*

Recibido: 13 de octubre de 2022
Aprobado: 15 de febrero de 2023

© 2023 Diego Silva Forné. Este artículo se distribuye bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

[1] Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. *Grupo de Estudios en Política Criminal* (Comisión Sectorial de Investigación Científica, UdelaR) - *Centro de Investigaciones y Estudios Penales del Uruguay "Dra. Adela Reta"* (CIEPUR), ORCID 0000-0002-1546-6378, dsilvaf2@gmail.com

I. La ley uruguaya de regulación y control del mercado de la marihuana

A. Cambio de paradigma en la legislación uruguaya sobre drogas

La Ley Nº 19.172, *de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana*, de 20 de diciembre de 2013[2], introduciría diferentes modificaciones al marco regulatorio uruguayo para las plantas y sustancias psicoactivas a las que se aplican las Convenciones de drogas de Naciones Unidas de 1961, 1971 y 1988. Estas modificaciones están expresamente orientadas a amparar los derechos de los consumidores de sustancias psicoactivas, sustentar una política de gestión de riesgos y reducción de daños en relación al uso de aquéllas y orientar la persecución penal hacia el crimen organizado. Estos son, por ende, los paradigmas en los cuales expresamente se enmarca dicha ley, constituyendo entonces los marcos rectores u orientadores de su interpretación y aplicación (Silva Forné, 2016).

En un marco legislativo con anclaje en el paradigma de gestión de riesgos y reducción de daños, se busca armonizar las disposiciones penales de la ley con el texto constitucional uruguayo, en particular, con los principios de dignidad humana, autonomía personal, igualdad y no discriminación, derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros (arts. 7, 8, 10, 72, 332 de la Constitución[3]), recogidos igualmente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros), convenciones que son derecho vigente en el territorio de la República Oriental del Uruguay.

Por ende, deviene perimida y superada, a la vez que inadmisible o prohibida, cualquier tipo de interpretación o aplicación del Decreto-ley Nº 14.294, de 31.10.1974 -la normativa *madre* en delitos de drogas, parcialmente vigente- y sus leyes modificativas, que se fundamente en los paradigmas antihumanistas y transpersonalistas en que se inspiró al momento de su dictado la citada norma, que orientaría a buena parte de la doctrina y jurisprudencia locales durante la dictadura cívico-militar en Uruguay y lamentablemente también después, con el restablecimiento del Estado de Derecho en 1985.

El nuevo marco legislativo, si se sustenta en la gestión de riesgos y reducción de daños, evidentemente se basa en el principio de autonomía personal consagrado por el art. 10 de la Carta uruguaya (similar al artículo 19 de la Constitución argentina). Ello hace que, en modo alguno, ni el intérprete ni el aplicador de la ley puedan, en aplicación de la referida legislación, imponer modelos paternalistas o perfeccionistas en relación al consumo de sustancias psicoactivas. Las personas adultas que consumen drogas lo hacen bajo su responsabilidad y no es un rol del Estado imponerles un modelo de vida virtuosa ni protegerlos contra sí mismos, por lo cual, quien consume sustancias psicoactivas no es *a priori* un "enfermo" que ha sucumbido al "flagelo" de las drogas; es y debe ser tratado como una persona adulta que consume sustancias psicoactivas, en el marco del particular vínculo o contacto que tenga con ellas.

Si fuere consumidor problemático -una proporción ínfima del universo de personas que consumen sustancias psicoactivas- los servicios de salud del Estado le ofrecerán las alternativas sanitarias a su alcance, para posibilitar que pueda decidir si quiere salir de esa situación. Para estos casos, la Ley Nº 19.529, de Salud Mental, de 24 de agosto de 2017, establece en su artículo 5: *"El consumo problemático de sustancias psicoactivas, en tanto su naturaleza es multidimensional, será abordado en el marco de las políticas de salud mental desde una perspectiva integral que incluya la reducción de riesgos y daños, la atención psicosocial, la integración educativa y laboral, la*

[2] La legislación uruguaya vigente, puede consultarse en la web oficial https://www.impo.com.uy.
[3] Puede consultarse en la web oficial https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion.

gestión del tiempo libre y el placer y la atención de los vínculos con referentes socio afectivos en los ámbitos familiar y comunitario".

B. La atipicidad de las conductas orientadas al consumo personal de sustancias psicoactivas

La Ley Nº 19.172, de 20.12.2013, vino a introducir un cambio radical en la legislación de drogas en general y en relación a la tenencia de drogas ilegales para consumo personal en particular, al modificar el segundo inciso del artículo 31 del Decreto-ley Nº 14.294. La redacción actual de este último, es la siguiente: *"Quedará exento de responsabilidad el que transportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere una cantidad destinada a su consumo personal, lo que será valorado por el juez conforme a las reglas de la sana crítica."*

En primer lugar, queda claro que en esta disposición se describen conductas *atípicas*, al disponer la exención de *responsabilidad* penal, en tanto estén destinadas al consumo personal.

En segundo lugar, la atipicidad no es solamente de la tenencia, como en la legislación anterior, sino que tanto *el transporte, la tenencia, el depósito, el almacenamiento o la posesión* de las plantas o sustancias a que refiere el art. 1º del Decreto-ley Nº 14.294, todas ellas son conductas lícitas, ajenas al sistema penal, en tanto estén destinadas al consumo personal en sus diferentes modalidades.

Ello no constituye una innovación de esta ley, sino que retoma la tradición antropocéntrica y liberal de la mejor doctrina oriental. En efecto, Adela Reta ya había sostenido en 1960, respecto de la tenencia de cualquier sustancia estupefaciente: "…si nos referimos al objeto jurídico de tutela, que es la Salud Pública, veríamos que […] quien la tiene para sí, jamás puede poner en peligro la Salud Pública" (Reta, 1960).

La supresión de todo adjetivo en relación a la cantidad de droga es un elemento decisivo, en tanto lo que va a determinar la atipicidad de las conductas es el destino previsto por la ley, no la entidad del volumen de sustancia o sustancias psicoactivas que se transporte, se tenga en su poder, se sea depositario, se almacene o se posea. Ello es evidente, en tanto el legislador considera lícito almacenar las drogas ilegales que el usuario consume; si se acopia o almacena -para tener la sustancia disponible y no tener que recurrir al traficante cada vez que se desee consumir- es obvio que se tratará de cantidades superiores a las que se consumen habitualmente en un breve período de tiempo.

En efecto, en relación con todas las plantas y sustancias psicoactivas contenidas en las listas de las convenciones de 1961 y 1971, la Ley Nº 19.172 suprime su caracterización cuantitativa en relación a la tenencia para consumo personal: la ley penal vigente ya no refiere ni a una cantidad "mínima" (como lo hacía el Decreto Ley Nº 14.294, de 1974), ni a una cantidad "razonable" (según la Ley Nº 17.016, de 1998). Actualmente, la atipicidad de la tenencia de estas sustancias pasa a estar dada por *el destino*, esto es, que es lícita toda tenencia destinada al consumo personal, el cual puede ser individual o compartido, en privado o en público.

Y el legislador también brinda una referencia en relación al almacenamiento de drogas, cuando en el marco de la regulación de la marihuana establece como presunción de destino lícito -como se explicará a continuación- el acopio de hasta 480 gramos anuales para los socios de los clubes de membresía y para cada uno de los consumidores habitantes del domicilio donde se lleva a cabo un cultivo doméstico, esto es, doce veces lo que un usuario del sistema de farmacias puede retirar en un mes, como se verá.

Al mismo tiempo, fiscales y jueces deberán valorar el destino de consumo personal del transporte, tenencia, depósito, almacenamiento o posesión de la sustancia o sustancias de que se trate, conforme con *las reglas de la sana crítica*, esto es, el principio general de valoración de la prueba. Y en aplicación del principio constitucional y convencional de *Presunción de Inocencia*, toda eventual imputación delictiva en este marco, *deberá probar* en base al acervo probatorio disponible en la causa, que el transporte, tenencia, depósito, almacenamiento o

posesión tenían *una finalidad distinta a la del consumo personal* en sus diferentes modalidades. La disposición es clara y precisa, no admite dos lecturas.

El Estado nada puede imponerle a la persona consumidora en relación a la sustancia o sustancias psicoactivas que tenga en su poder o almacene para su consumo personal, con lo cual nada tienen que contabilizar ni el policía ni el fiscal ni el juez en cuanto a qué cantidad de qué sustancia o sustancias tenga, sino exclusivamente -si correspondiere- verificar que las tenga *para su consumo personal, en cualquiera de sus modalidades*.

Y la aplicación de una figura delictiva al respecto solamente será posible -en virtud del Principio de Presunción de Inocencia, de fuente constitucional y convencional- si *se prueba* que la tenencia tenía un destino ilícito. Y éste habrá de ser en última instancia el de *traficar* con las sustancias, pues el bien jurídico colectivo Salud Pública solamente se ve afectado ante situaciones de *peligro común*.

Buena parte de los operadores del sistema penal en Uruguay desconocen o se niegan -con argumentos insostenibles, o inclusive, sin fundamentación alguna- a reconocer estos cambios.

Abandonando la fábula de un mundo sin drogas, teniendo presente con realismo que si el usuario desea consumir sustancias psicoactivas, aunque el régimen prohibicionista las hace ilegales igualmente aquél las va a intentar obtener, el propósito explícito de la ley al consagrar la licitud del almacenamiento de drogas ilegales para consumo personal, es reducir al mínimo el contacto de los usuarios con sus proveedores o *dealers*, teniendo en cuenta los riesgos que trae para la población, sobre todo para los y las jóvenes, vincularse con actividades que suelen estar controladas por el crimen organizado.

C. Vías legales de acceso al cannabis psicoactivo y presunciones de destino lícito

En relación específicamente al cannabis con fines adultos, la ley uruguaya establece tres vías de acceso lícito, al tiempo que paralelamente crea presunciones legales de destino lícito como mecanismos de garantía para los usuarios, frente a eventuales procedimientos policiales, fiscales o judiciales abusivos.

En primer lugar, se establece la licitud de la plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis psicoactivo con destino al consumo personal o compartido en el hogar (art. 3, lit. E), primera oración, Decreto-ley Nº 14.294 y modificativas). La atipicidad está dada por el cumplimiento del destino previsto por la ley y no por ajustarse a cantidad alguna de plantas o de productos cosechados, como erróneamente en algunos casos han entendido algunos operadores del sistema penal.

Paralelamente, la ley establece que se presume el destino lícito de la plantación, cultivo y cosecha domésticos de hasta seis plantas de marihuana y el producto de la recolección de la plantación de hasta un máximo de 480 gramos anuales por consumidor integrante de dicho domicilio (art. 3, lit. E), segunda oración, Decreto-ley Nº 14.294 y modificativas). Las plantas abarcadas por esta presunción serán plantas hembra en estado de floración, esto es, aquellas plantas que son idóneas para la obtención de producto con potencial psicoactivo (art. 3, lit. B), segundo inciso, Decreto-ley Nº 14.294 y modificativas).

En segundo lugar, es lícita la plantación, cultivo y cosecha de plantas de cannabis psicoactivo realizados por clubes de membresía, los que podrán tener un máximo de 45 socios y plantar hasta 99 plantas como las recién caracterizadas, pudiendo almacenar anualmente hasta 480 gramos de marihuana por socio (art. 3, lit. F), Decreto-ley Nº 14.294 y modificativas). Estos 480 gramos, desde luego, tienen que atravesar el proceso de secado de la planta, por el cual ésta pierde una gran cantidad de agua y por consiguiente el peso de la marihuana cuando se almacena, habrá de considerarse tras haber pasado por dicho procedimiento.

En tercer lugar, es lícita la plantación, cultivo y cosecha de cannabis psicoactivo con destino a su expendio a la población a través del sistema de farmacias, para lo cual los usuarios deben ser adultos y capaces, así como deberán cumplir previamente un acto de registro. Podrán retirar de las farmacias adheridas al sistema, hasta 40 gramos mensuales de cannabis psicoactivo (art. 3, lit. G), Decreto-ley Nº 14.294 y modificativas).

A su vez, la Ley Nº 19.847, de 20 de diciembre de 2019, incorporó como cuarta vía de acceso lícito al cannabis, la pertenencia a Asociaciones de Pacientes de Cannabis Medicinal. Esta disposición, sin embargo, no ha sido aún reglamentada, por lo cual no se ha aplicado hasta el momento.

La ley también establece una presunción de destino lícito para toda persona, usuario registrado o no, que transportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere hasta 40 gramos de marihuana (art. 31, tercer inciso, primera oración, Decreto-ley Nº 14.294 y modificativas). Se trata de una presunción simple por lo que, salvo que las autoridades tuviesen fehacientes elementos de juicio que probaren el destino ilícito de la marihuana -esto es, la comercialización o tráfico- debe entenderse que se tiene para consumo personal. La segunda oración de la disposición antes citada, establece a su vez presunciones de destino lícito aplicables a los cultivos domésticos y los clubes de membresía.

Si las autoridades públicas obrasen en contra de la presunción legal a favor de los consumidores sin tener fehacientes elementos de juicio que la hagan caer, estarían eventualmente incurriendo en responsabilidad penal según la conducta que en cada caso hubieren llevado a cabo: así, por ejemplo, delito de violación de domicilio, delito de violencia privada (coacciones), delito de abuso de funciones (prevaricación funcional), etc.

Esto quiere decir que el régimen uruguayo, prístinamente, no establece un sistema de control de drogas basado en cantidades tasadas, como erróneamente se ha entendido por algunos operadores del sistema de justicia penal, sino que *es el destino de las sustancias el que determina su licitud: el consumo personal en sus diferentes modalidades.* Ello no solo se encuentra plasmado con toda claridad en la ley, sino que expresamente constituye la voluntad del legislador recogida en diversos documentos que atestiguan la historia fidedigna de su sanción.

Como puede verse, se trata de reformas inspiradas en un paradigma de gestión de riesgos y reducción de daños, que se basa por ende en el principio de autonomía personal, que encuentra su límite en el daño a terceros sin su consentimiento. Este concepto, fundante del pensamiento liberal inherente al constitucionalismo del siglo XIX, característico del sistema democrático en forma sistemática ya desde hace un siglo y medio, sin embargo -paradójicamente, o no- suele ser dejado de lado, sin sustento normativo alguno, por buena parte de los operadores ejecutivos, fiscales y judiciales del sistema penal.

Por consiguiente, ninguna intervención de la justicia penal puede fundarse en una pretendida protección al consumidor de sí mismo o por llevar una vida no saludable o por dar un "mal ejemplo". Como acaba de verse, ese no es el rol ni del policía, ni del fiscal ni del juez. Sin embargo, el imaginario prohibicionista continúa omnipresente, motivando buena parte de las intervenciones de estos actores, como se verá. En ello tiene capital importancia la eficacia de este discurso, basado en la desinformación, el miedo y la estigmatización.

II. El discurso prohibicionista anclado en el sistema penal

A. Sustancias malignas y patologización de los usuarios

La *reificación* de las sustancias psicoactivas -quizás la falacia más trascendente y perdurable del prohibicionismo- oculta o impide visualizar los problemas que enfrenta cada persona que, en su coyuntura particular, recurre al uso de sustancias psicoactivas, desplazando hacia las sustancias un acientífico vínculo causal respecto de aquéllos.

Ello se hace recurriendo, como en las antiguas sanaciones mágicas, atribuyendo a las sustancias psicoactivas unas propiedades maléficas o peligrosas de por sí[4], con lo cual se opacan las decisiones vitales de la persona en cuestión dentro de su particular contexto, se desentiende el Estado de la ausencia de políticas públicas en relación a diversos problemas sociales y familiares, y se recurre a una suerte de *fetichismo negativo*, al calificar a algunas plantas y sustancias como "peligrosas" o como un "enemigo a combatir".

Cuando se logra tomar distancia de este omnipresente y alienado discurso, es fácil advertir que -como se dijo- la inmensa mayoría de las personas que consumen sustancias psicoactivas no tienen mayores problemas con su consumo. Esto no quiere decir en absoluto que tales sustancias sean inocuas, sino que en general sus consumidores manejan por sí y en forma no conflictiva, sus efectos y riesgos.

Véase que esta noción ya estaba presente en la Antigüedad; en efecto, en la Grecia clásica se sostenía que "La toxicidad de un fármaco es la proporción concreta entre dosis activa y dosis letal; por eso ninguna propiamente dicha pertenece a lo inocuo, o a lo sólo ponzoñoso. Como dirá mucho más tarde Paracelso, *sola dosis facit venenum*. […] La sustancia misma es el don de los contrarios, y el exceso resulta consustancial a todas por su propia virtud terapéutica, que es curar amenazando al organismo, como puede curar el fuego una herida al desinfectarla, o como solución a algún mal el bisturí del cirujano. Se trata de un concepto preciso y profundo, totalmente científico" (Escohotado, 2008).

Paradigmática resulta a su vez en tal sentido, ahora en el siglo XIX, la obra de Thomas De Quincey. Después de consumir regularmente opio durante años, en forma mesurada, lo que le generaba bienestar, aptitud para el trabajo y el descanso, una tragedia personal lo vuelca a abandonar ese autocontrol y consumirlo en forma excesiva; es este abuso el que le provocará graves sufrimientos, hasta que finalmente logra volver a un consumo medido y controlado (De Quincey, 1822).

El advenimiento del discurso moralista-religioso contra el alcohol en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XIX, luego extendido a otras sustancias psicoactivas, cobra impulso decisivo al ser adoptado como política de Estado conforme intereses políticos y económicos. Promovido después a nivel internacional por este país en distintos instrumentos multilaterales hasta culminar siendo adoptado a nivel universal por Naciones Unidas a su instancia, su instrumentalización a través de la política global de "guerra a las drogas", ha constituido una de las más violentas iniciativas -y de las más irracionales- a que se ha visto arrastrada la Humanidad (Silva Forné, 2018).

Pese al fracaso estrepitoso de esta dramática cruzada, la ilusión generada por el discurso prohibicionista ha funcionado plenamente, eclipsando buena parte del razonamiento jurídico, sanitario y científico en general, al patologizar todo consumo de sustancias psicoactivas (las ilegales) a partir de aquella pequeña parcela de consumidores vulnerables que terminan siendo captados por el sistema penal, la psiquiatría o las salas de emergencias.

Allí es donde estos usuarios problemáticos, cuyos problemas previos no encontraron solución con sus consumos, suelen evidenciar las consecuencias sociales, físicas y psíquicas de su abuso, cargando entonces con la asignación de un estigma que luego se hace extensivo discursivamente a todos los demás consumidores: el "drogadicto", el "toxicómano", el "adicto", el "enfermo". Desde luego, el estigma recae sobre los consumidores de drogas ilegales, no respecto de los consumidores de drogas legales, pese a que estas sustancias se encuentran directa y probadamente vinculadas con las principales causas de morbi-

[4] Este primitivo punto de vista había sido descartado ya en la Grecia clásica: "*Phármakon* significa remedio y tóxico; no una cosa *u* otra, sino las dos (…) El genio griego comprendió que ciertas sustancias participaban de ambos estatutos, por lo cual no cabía considerarlas sólo benignas o sólo dañinas. De ahí que en Homero la misma palabra nombre las pócimas benéficas de Helena y Agamede, tanto como las mezclas malignas de Circe" (Escohotado, 2008).

mortalidad de la población (mientras que el impacto de las drogas ilegales en este plano es abrumadoramente menor).

Los consumidores problemáticos de drogas ilegales pasan así a integrar la vidriera terrible que se exhibe como muestra de lo que sucede a quienes caen en esa "enfermedad" de la cual hay que "salvarlos", enarbolando para ello un discurso (médico, judicial, policial) de "cruzada" contra las "toxicomanías", de fuerte impronta moral y religiosa que además, contra toda lógica, se aplica a la totalidad del universo de consumidores. De tal forma, se descarta y queda en la penumbra la multiplicidad de factores sociales, sanitarios, económicos, culturales y demás, que se encuentran detrás de la historia de vida particular de cada uno de esos consumidores problemáticos de sustancias psicoactivas.

La multidimensionalidad de esa difícil situación, se invisibiliza a través de la reduccionista demonización de las sustancias ilegalizadas y la estigmatización del usuario, desentendiéndose de la complejidad y desviando la atención de ésta, inherente a lo humano.

Ignorar la complejidad es una estrategia muy funcional al poder, pues a través del discurso reduccionista del prohibicionismo, en síntesis:

a) el Estado se inhibe de atender las razones de fondo -profundas, complejas, costosas- que se encuentran detrás de las situaciones de consumo problemático de sustancias psicoactivas;
b) se extienden discursivamente los "efectos" del consumo problemático a todo el universo de usuarios de sustancias psicoactivas, lo que permite patologizarlos a ellos mientras se incluye en la cotidianeidad a los consumidores de drogas legales, las probadamente más dañosas para la salud, con el correlativo impacto en el imaginario colectivo, los mecanismos de respuesta de los sistemas de salud, la academia y los operadores policiales, fiscales y judiciales, entre otros;
c) le brinda indirectamente al Estado una poderosa herramienta para ejercer control sobre aquellos sectores de la sociedad que le pueden resultar "conflictivos" o a los cuales el poder quiere estigmatizar;
d) policializa la intervención estatal -en claro desmedro de las políticas sociales-, lo que a su vez potencia el narcotráfico en manos del crimen organizado, como se ha dicho con acierto, pretendiendo "apagar fuego echando combustible";
e) ello permite a las autoridades ejecutivas ocupar en forma permanente los medios masivos de comunicación, con "eficaces operativos" y "exitosas incautaciones" o reprimiendo ocasionalmente la criminalidad violenta vinculada al narcotráfico, dejando en la penumbra la corrupción pública y privada y la criminalidad económica y financiera que posibilitan tan formidable negocio;
f) se exhibe la violencia que la propia prohibición genera, como si fuera consecuencia de la existencia de consumidores, los que pasan a encontrarse bajo una situación de permanente sospecha;
g) inclusive se llega a la generación de un espectáculo público con la destrucción de lo incautado, cual la quema de brujas en la hoguera, con lo cual culmina la reificación de las sustancias demonizadas y se fortalece la identificación de la actuación estatal frente al "problema de las drogas", con el empleo de la fuerza.

Frente a este tipo de respuestas, ante tanta retórica falaz y construcciones simbólicas degradantes o violentas, los juristas estamos obligados a volver al marco constitucional.

Las personas que consumen sustancias psicoactivas (el ejemplo más grave y paradigmático, es el del alcohol) son quienes adoptan sus propias decisiones vitales. Si éstas aparejan riesgos para su salud, las políticas públicas deben ofrecerles tanto información basada en

evidencia científica como alternativas, si desearen introducir cambios en su curso de vida, ya sea en lo individual como desde lo familiar y social.

Dichas personas, en tanto adultas y capaces, serán responsables si dañaren o pusieren en peligro a terceros sin su consentimiento. Si hubieren cometido algún delito, serán sancionados por la conducta cometida; pero la sanción estará fundada en el acto cometido, no basando el reproche en sus hábitos de vida ni en el consumo de la sustancia psicoactiva que fuere.

B. Límites a la intervención penal

> La ley uruguaya, entonces, significó un quiebre respecto del anterior modelo de control de las drogas. Parte de la base de que el consumo de sustancias psicoactivas es una actividad amparada en las normas constitucionales y que la ley tiene que establecer mecanismos de garantía para tutelar ese derecho. Al mismo tiempo, reconoce que los esfuerzos sanitarios del Estado deben estar dirigidos a los consumidores problemáticos, a través de un enfoque de gestión de riesgos y reducción de daños, así como dispone desarrollar políticas educativas y preventivas orientadas hacia toda la comunidad y abarcando todas las sustancias psicoactivas, legales e ilegales.

Con ese nuevo marco normativo, el rol del Derecho Penal queda acotado por dos órdenes de consideraciones:

a. si el consumo de drogas es un derecho de las personas adultas y capaces, los actos que lleven a cabo para proveerse de las sustancias que deseen consumir, deben quedar fuera de la intervención penal. El centro para la posible imputación de figuras penales deja de estar determinado por la posesión de cantidades cualesquiera de drogas, ya que ahora la ley no habla de cantidades, sino que el destino del consumo personal, ya sea individual o colectivo, es determinante de su atipicidad.
b. Y si la ley está específica y expresamente orientada a reducir la incidencia del narcotráfico y del crimen organizado, las conductas que no estén teleológicamente vinculadas al tráfico, también deben permanecer ajenas a la justicia penal. Ello resulta evidente partiendo del bien jurídico tutelado. Los delitos de drogas deben estar orientados por el fin de proceder a la puesta en circulación indiscriminada de las sustancias, pues solamente de esa manera se pone en peligro la Salud Pública, a través de la generación de un peligro común (Silva Forné, 2018).

Sin embargo, la aplicación del nuevo marco normativo ha encontrado numerosos escollos en la actuación de los distintos operadores del sistema penal. En mérito al carácter de esta contribución nos referiremos aquí brevemente a la actuación de fiscales y jueces.

C. Las resistencias en los operadores del sistema de justicia penal

Continúa siendo muy trabajoso en Uruguay el ajuste de las prácticas fiscales y las decisiones judiciales a los nuevos paradigmas que establece la Ley Nº 19.172, que conforma junto con el texto constitucional, el nuevo marco normativo en materia de sustancias psicoactivas. Convivimos aun con buena parte del accionar de estos actores en relación con los delitos de drogas, anclado en un paradigma higienista-patologizante que ya ha sido abandonado por las Ciencias de la Salud y el Derecho sanitario desde hace décadas.

Constituye un estancamiento muy significativo, por cuanto -explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, meditada o irreflexivamente- gran parte de los fiscales y jueces penales, continúan enarbolando o aceptando acríticamente el discurso medicalizante y "de cruzada" en el cual se sustentaba la interpretación jurisprudencial que se hacía de

estas normas, conforme el modelo de razonamiento y fundamentación que el Consejo de Estado de la dictadura había explicitado durante la aprobación del Decreto-ley Nº 14.294, de 31.10.1974, en el marco de la "doctrina de la seguridad nacional" (Silva Forné, 2016).

Las principales disfunciones que se derivan hoy de este posicionamiento, son:

- *Considerar el consumo de drogas como una enfermedad*. La legislación vigente en Uruguay ya no permite patologizar al consumidor de drogas ilegales. Adoptar un paradigma de gestión de riesgos y reducción de daños implica reconocer en cada consumidor una persona que toma decisiones por sí misma, a la cual el Estado debe brindar información basada en evidencia científica para que adopte decisiones informadas sobre sus consumos, aspirando a que pueda gestionar los riesgos inherentes a éstos, así como reducir los eventuales daños a que se pueda exponer.

  Y si el usuario de sustancias psicoactivas pierde o no alcanza ese autocontrol, el Estado le debe brindar apoyo si éste lo requiere, atendiendo a la multifactorialidad que está presente frente a un caso de consumo problemático.

  En este marco, al Derecho Penal no le corresponde intervenir en la salud privada del consumidor con el pretexto de que lo hace para salvaguardar el bien jurídico Salud Pública. La tutela penal de la Salud Pública exige la existencia de conductas que generen situaciones de peligro común, las que solamente pueden producirse, tratándose de drogas ilegales, en un contexto de tráfico. Y ese contexto de tráfico, *debe ser probado*, no presupuesto o imaginado.

- *Buscar imputaciones en base a la sospecha: la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de los usuarios de drogas.* Otro aspecto gravísimo a considerar lo constituye la permanente violación del Principio de Presunción de Inocencia en la actuación de numerosos fiscales y jueces ante situaciones que involucran drogas. Esta forma de actuar, violatoria de la ley, la Constitución y las convenciones internacionales de Derechos Humanos, continúa instalada en la praxis del sistema penal.

  Cualquier imputación delictiva en materia de drogas solamente podrá sustentarse en tanto *se haya probado* que el destino de la o las sustancias, era ilícito. Ya no es posible sustentar una imputación delictiva en base a los criterios morales e higienistas que deducían que la tenencia de drogas es ilegal si superare una cantidad incierta que el juez o fiscal hayan considerado superior a lo que *a su juicio* una persona podía consumir. Dicha forma de imputación hoy es inadmisible, en tanto los usuarios de sustancias psicoactivas no están obligados a llevar consigo solamente una cantidad destinada a consumos próximos en el tiempo. Pueden ser depositarios, almacenar y transportar, en tanto dichas sustancias estén destinadas a su consumo personal, en sus distintas modalidades (individual, compartida, en privado, en público, en el hogar). Si bien resulta preferible, esta conclusión no necesita previsión legislativa: así, la justicia colombiana ha deducido de los principios constitucionales la licitud de la llamada "dosis de aprovisionamiento" (Restrepo Parra, 2019).

- *Desconocer el bien jurídico tutelado en los delitos de drogas y su modalidad de afectación en tanto bien jurídico colectivo.* Resulta muy preocupante a la vez, el grave desconocimiento que se observa respecto de conceptos y elementos esenciales del Derecho Penal. No es posible sustentar imputación delictiva alguna si no se ha dañado o puesto en peligro algún bien jurídico, conforme el Principio de Lesividad. La afectación al bien jurídico tutelado es la que da contenido a la antijuricidad material; sin ella, no existe delito.

Tampoco puede ignorarse que la Salud Pública es un bien jurídico colectivo y solamente se verá afectada penalmente si la conducta típica emplea un *medio de común peligro*; si la conducta típica se desenvuelve en privado o en una situación donde no existe riesgo de difusión, se podrá estar afectando la salud privada de las personas intervinientes, pero no se ha puesto en peligro la Salud Pública.

Pese a este desalentador panorama, es importante destacar que también existen otras visiones y prácticas entre los operadores del sistema de justicia uruguayo en relación a los delitos de drogas, aún minoritarias pero abriéndose camino, respetuosas del derecho vigente.

III. Legislar no es suficiente

Apenas mediante esta breve aproximación, puede verse que avanzar hacia modelos regulatorios de control de las drogas no se agota ni mucho menos con la actividad legislativa. Tal es únicamente el principio del camino.

En efecto, el anquilosamiento de las estructuras estatales, la necesidad de autojustificar su existencia por parte de determinadas agencias, los poderosos intereses económicos en juego, el poder político y electoral del discurso punitivista, entre otros factores, transforman en una carrera de obstáculos el cambio hacia un modelo jushumanista, basado en un paradigma de gestión de riesgos y reducción de daños.

En ese marco, alcanzar la plena aplicación de un marco legislativo no prohibicionista con el horizonte de la regulación, comenzando por el cannabis, requiere enfrentar estos escollos. Sintetizando esquemáticamente algunos aportes previos (Silva Forné, 2018a, 2018b, 2019, 2020, 2021), advertimos como ineludibles -en lo que hemos podido advertir desde nuestra actuación disciplinar- las siguientes iniciativas:

- *Desmontar la demonización de las drogas y trabajar en base a evidencia científica.* Si bien el régimen convencional internacional establece que los únicos usos lícitos de las sustancias contenidas en las listas de las convenciones de 1961 y 1971 serían los terapéuticos y científicos, de *facto* se ha impedido u obstaculizado la labor investigativa en la materia, al amparo del discurso higienista sobre tales sustancias. Es decir que históricamente el régimen convencional ha bloqueado la obtención de evidencia científica en relación con las sustancias controladas por el modelo prohibicionista, y cuando ésta de todas formas se ha producido, ha sido denostada u ocultada[5]. A la luz de este tipo de prácticas, puede verse cómo la licitud de los usos médicos o para investigación científica amparados por el régimen convencional internacional, en los hechos es falaz, ya que el propio sistema de control a través de sus oficinas burocráticas lo obstaculiza. Los Estados que quieran avanzar en este sentido, deben contrarrestar estas prácticas de control paternalista-policializante.
- *Enfrentar las estructuras político administrativas imbricadas en el discurso de la prohibición.* Los diversos y numerosos órganos y cargos internacionales y nacionales que constituyen la burocracia prohibicionista, tienen evidentes intereses en el mantenimiento del *status quo*. Estos grupos de interés eluden el debate abierto o generan todo tipo de trabas burocráticas al análisis académico y científico que pueda poner en riesgo sus posiciones de poder; la Declaración de la UNGASS 2016 es el último ejemplo patente de ello.

[5] Véanse ejemplos de esta forma de proceder a lo largo del siglo XX, en Escohotado (2008) y en Thoumi (2015).

- *Cambiar las prácticas policiales y judiciales.* Debe iniciarse paralelamente la capacitación de los operadores del sistema de justicia penal, a efectos de que ajusten su actuación al nuevo modelo legislativo que se apruebe. Las resistencias de jueces, fiscales y policías a aceptar nuevos paradigmas en materia de drogas son enormes, fruto de décadas de enarbolar y aplicar un discurso prohibicionista de carácter bélico. La introducción de cambios legislativos corre serios riesgos de fracasar si paralelamente no se capacita a los operadores judiciales y policiales en el nuevo modelo que se introduzca.

  En el plano judicial, es necesario que se adopte una lectura de los delitos de drogas conforme una perspectiva de Derechos Humanos, respetuosa del principio de autonomía personal y desterrando toda visión moralizante en la materia; a su vez, que se logre cambiar aquella tendencia jurisprudencial que ve en todo consumidor un traficante en potencia, y que en muchos casos deduce acríticamente imputaciones delictivas de la mera tenencia de drogas, sin tener ningún elemento de juicio que indique que la o las sustancias se tenían con un destino ilícito.

  En el plano ejecutivo, los gobiernos deberán estar atentos a que se logren cambiar definitivamente las prácticas policiales, desterrando procedimientos abusivos o corruptos, actitudes corporativas, así como intervenciones ilegales en la vida privada de las personas respecto de actos que no afectan a terceros.
- *Cambiar las prácticas sanitarias.* Deberá atenderse a que la corporación médica asuma los nuevos paradigmas que le impone la legislación sanitaria contemporánea, respetuosa de las decisiones individuales, también en materia de drogas ilegales. Ello implica el abandono del rol de médico beneficiente así como la visión reificadora de las sustancias, que dejan de lado las opciones personales y las historias de vida de los consumidores. En el marco de una política sanitaria de gestión de riesgos y reducción de daños, debe ofrecerse a los usuarios problemáticos de sustancias psicoactivas alternativas no abstencionistas, pues de lo contrario -particularmente quienes pertenecen a los sectores más vulnerables de la sociedad- se verán expulsados de los sistemas de salud.
- *Ajustar el marco legislativo al nuevo paradigma.* Deben abandonarse las normas sustentadas en concepciones paternalistas o morales, por inconstitucionales. Los caminos para ello son dos: o su derogación -la que suele encontrar el obstáculo de parlamentos conservadores, dominados por legisladores todavía profundamente imbricados en el discurso paternalista-prohibicionista- o la interpretación *pro-hómine* de las normas, tarea que nos corresponde a los académicos, como productores de insumos racionales para los operadores judiciales.

  Ejemplo de tareas pendientes en tal sentido, lo son las numerosas disposiciones penales o administrativas existentes en varios países que reprimen el consumo de drogas ilícitas en público: el fundamento de tales prohibiciones es *moralizante*. Si estuviera fundado en consideraciones sanitarias, habría que prohibir el consumo de bebidas alcohólicas, tabaco, analgésicos controlados o psicofármacos en público, pues estas sustancias están mucho más vinculadas a la morbimortalidad de la población que el consumo de drogas ilegales. Estas prohibiciones presuponen una comunidad de individuos despojados de conciencia y voluntad, de tal suerte que el presenciar el consumo de drogas ilegales los conduciría fatalmente a su propio consumo o generaría el peligro de que en sus mentes surgiera la iniciativa de hacerlo. Como puede fácilmente advertirse, esta visión determinista desprecia toda concepción antropológica que considere al género humano como dotado de libertad y entendimiento,

de autonomía y capacidad de decidir, pilares éstos del sistema democrático; como en el arcaico positivismo criminológico, se concibe a las personas como sujetos peligrosos -de auto o hetero agresión- y carentes de libertad de elegir.

También son inconstitucionales las previsiones legislativas que requieren la *inequivocidad* del destino de consumo personal en la tenencia de drogas (Silva Forné, 2017), pues allí se consagra una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del indagado, violatoria por ende del *Principio de Presunción de Inocencia*, de fuente convencional internacional y recogido en los textos constitucionales occidentales. Es la autoridad judicial la que *deberá probar* en cada caso y en forma fehaciente, que la tenencia de drogas ilegales estaba destinada a un fin ilícito.

Tampoco resulta admisible que un encausado por delitos de drogas sea compelido a realizar un tratamiento de deshabituación, por cuanto el consumo de drogas, aún problemático, forma parte de su ámbito de autodeterminación, inclusive cuando esta práctica perjudique su salud privada. Se trata no solamente de una imposición paternalista inconstitucional, sino además de una condena moral por la elección de un plan de vida.

- *Escuchar a la sociedad civil.* No hay cambio posible en políticas de drogas en el cual la sociedad civil no asuma un papel protagónico e impulse a la clase política a comprometerse con aquél. Al respecto resultan significativas las reformas legislativas producidas en varios Estados recientemente respecto de los usos terapéuticos del cannabis, a partir de la movilización de colectivos de familiares de pacientes de diversas dolencias.

En definitiva, y ante un panorama inacabado y en permanente cambio, las experiencias que se vienen desarrollando en el mundo intentando caminos alternativos al enfoque punitivo frente a las drogas, ambientan expectativas de modelos de control más racionales y menos reñidos con la libre elección de planes de vida de las personas y el respeto debido a sus derechos fundamentales.

Sin embargo, debe evitarse la mistificación de la ley y tener presente que no hay cambio legislativo eficaz posible, si no viene acompañado por políticas públicas respaldadas en evidencia científica, coherentes, mantenidas en el tiempo, que alcancen al conjunto de la población y estén dotadas de un adecuado soporte técnico y presupuestal.

Referencias bibliográficas

De Quincey, T., *Confesiones de un opiómano inglé*s (*Confessions of an English opium-eater*, Londres, 1822; traducción de Daniela Gutiérrez), Libros del Zorzal, 2006.
Escohotado, A. (2008), *Historia General de las Drogas completada por el apéndice Fenomenología de las drogas*, 8ª edición revisada, actualizada y ampliada, Espasa Calpe.
Restrepo Parra, A. (2019), "Jurisprudencia de la Corte Suprema y vicisitudes de la dosis de aprovisionamiento en Colombia", *Revista de Derecho Penal* Nº 27, Fundación de Cultura Universitaria.
Reta, A. (1960), *Derecho Penal. Segundo Curso,* Tomo II, Centro Estudiantes de Derecho-Montevideo.
Silva Forné, D. (2021), *Sobre la aplicación reciente de la Ley Nº 19.172, de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana*, Grupo de Estudios en Política Criminal (CSIC - UdelaR), https://psicoactividades.ei.udelar.edu.uy/novedades/.
Silva Forné, D. (2020), Balance de la experiencia regulatoria uruguaya del cannabis y elementos para reflexionar a partir de ella, respecto de la regulación proyectada en México, en Flores I. (Ed.), *4.20. Momento de regular el cannabis y revisar la política de drogas (en México y el mundo)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Silva Forné, D. (2019), Aplicación de la ley por los operadores judiciales. Cannabis y libertades ciudadanas, *Seminario Internacional A cinco años de la aprobación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana*, Friedrich Ebert Stiftung-Uruguay.
Silva Forné, D. (2018a), *Regulación de la Marihuana*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología Sección Granada - Ed. Dykinson.
Silva Forné, D. (2018b), Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas, en De la Cuesta Aguado, P. /Ruiz Rodríguez, L. /Acale Sánchez, M. *et al.* (Coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan Mª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch.
Silva Forné, D. (2017), Sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal. La solución del derecho uruguayo. Régimen del cannabis, *Jurisprudencia de Casación Penal. Justicia Federal. Nº 10*, Hammurabi.
Silva Forné, D. (2016), *Drogas y Derecho Penal en el Uruguay: Tolerancia. Prohibición. Regulación*, Fundación de Cultura Universitaria.
Thoumi, F. (2015), *Debates y paradigmas de las políticas de drogas en el mundo y los desafíos para Colombia*, Academia Colombiana de Ciencias Económicas; http://franciscothoumi.com/.