

EDITORIAL

INTELIGENCIA O BARBARIE:

A PROPÓSITO DEL ACTO LEGISLATIVO No. 2 QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN PARA PROHIBIR EL CONSUMO DE DROGAS

JOSE M. BORRERO NAVIA

“En resumen, la historia enseña que ninguna droga desapareció o dejó de ser consumida durante el transcurso de su prohibición. Enseña también que, mientras subsista una prohibición, habrá una tendencia mucho mayor a consumos irracionales.”

Antonio Escohotado
Historia de las Drogas

Uno de los legados del régimen uribista fue la reforma del artículo 49 de la Constitución Nacional para prohibir el consumo de sustancias “estupefacientes y sicotrópicas” en el territorio nacional.¹ Calificado en su momento por el ministro del

¹ Acto Legislativo No. 2, publicado en el Diario Oficial el 21 de diciembre del 2009, mediante el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Nacional para establecer en Colombia la prohibición del porte y consumo de drogas. El texto introducido por la reforma es el siguiente:

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

interior como “histórico”, el *dictum* prohibicionista obtuvo jerarquía constitucional merced a la habilidad del régimen para avasallar, con la complicidad de sus pandillas parlamentarias, la jurisprudencia que desde 1994 había despenalizado² el consumo de la dosis personal. Se trata en efecto de una afrenta sin precedentes contra la Constitución, *de facto* y *de iure* contra la libertad personal y otros valores de nuestro sistema jurídico, solo comparable a aquella que en 1985 arrasó con los principios del derecho y con las instituciones enteras, incluyendo su sede y sus magistrados adentro.

Con la prohibición del consumo personal el régimen predicaba que llevaría la “guerra contra las drogas” hasta su último eslabón. Esta vez el canto de guerra llegó entonado en falsete por el paladín redentorista que fungía como vicepresidente. Una guerra que estaba perdida antes de la primera escaramuza, pero en la cual se persiste contra toda cordura; que reditúa exclusivamente a los señores de las guerras, incluidas las “justas” a que alude el premio Nobel de Paz; que a Colombia solo le deja los muertos: miles de ciudadanos, jueces, periodistas, magistrados, líderes políticos, candidatos presidenciales, ministros, procuradores; que arruina nuestro excepcional patrimonio ambiental y que ha coronado al crimen de éxito en la política, los negocios, las relaciones sociales y la mentalidad colectiva.

De la guerra de baja intensidad que ha postrado a Colombia en una crisis humanitaria, una de las más dramáticas del mundo contemporáneo, pasamos a una guerra abierta y declarada con el mayor despliegue de metralla y fusilería contra los fumadores de marihuana que suelen frecuentar parques, esquinas y también universidades. Sin olvidar a los bazuqueros ni tampoco a los niños pobres que inhalan gasolina y pegante bóxer en los semáforos, digo marihuana porque la cocaína y otros sucedáneos suelen consumirse en espacios menos permeables a las redadas y, en general, por ciudadanos libres de toda sospecha. De donde se infiere que el fundamento doctrinario de esta guerra contra el consumo será la intervención selectiva de la policía y, por ende, de la máquina penal.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

² Sentencia C 221 de mayo 5, 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria.

Dejando de lado el examen del impacto que la guerra contra el consumo tendrá en el mercado de las drogas, traducible a una elevación de sus precios con subsecuente incidencia en el índice nacional de la inflación y en los guarismos de la corrupción, en este punto podemos demostrar por enésima vez³ la falacia de los argumentos prohibicionistas sobre la maldad de las drogas y su estrecho vínculo con el delito:

La droga es mala porque es mala, es decir, porque así es definida en la ley (ahora también por la Constitución). Su maldad no es ontológica ni moral, sino declarada e impuesta por una decisión de Estado. Como representación contemporánea del mal, este no le es ni ajeno ni exterior, ni causado ni concedido, ni infectado ni participado; le es suyo *per se*, le es inmanente. En consecuencia, no se requiere demostrar las razones de su maldad, porque la droga resulta ser el fundamento de toda demostración del mal.⁴

Una representación del mal parece esencial en la dinámica de los estados prohibicionistas. No menos vital resulta para la buena marcha de sus negocios. Habiendo el diablo caído en desgracia, atrapado en cajetillas de fósforos y burlado por chiquillos en mascaradas navideñas, magro es el servicio que presta al Estado. Ergo, la puesta en escena de un sustituto ha sido tarea prioritaria en la modernidad. Porque un enemigo malo es un componente básico para garantizar las supervivencia de las instituciones punitivas y de los negocios; es esencial en las operaciones de la justicia criminal, de las fuerzas especiales de la policía, del extinto DAS, del sistema financiero; fundamental para los expertos en lavado de activos, la industria de la guerra, los estrategas militares made in USA, los predicadores y, en particular, para la industria cinematográfica que sucumbiría sin un enemigo malo bien definido contra quién dirigir toda la furia de sus héroes de celuloide.

La presunta relación causal entre droga y delincuencia es otra falacia para ocultar que la verdadera causa de este nexo es la misma prohibición. En otras palabras, no se prohíbe la droga por la relación entre droga y delito, sino, por el contrario, la relación existe porque se prohíbe la droga. El vínculo entre droga y delito es performativo, es decir, el mero enunciado de la prohibición implica la realidad de la

³ He publicado artículos y dictado conferencias sobre el tema desde 1986.

⁴ Francisco Garrido Peña, *La Droga como Representación Contemporánea del Mal*, Universidad de Jaén, Revista Gazeta de Antropología, N° 15, 1999. Texto 15-02. Fuente: http://www.ugr.es/~pwlac/G15_02Francisco_Garrido_Pena.html.

conducta prohibida.⁵ La prohibición es el crimen, porque ella procrea la variopinta gama de actividades delictivas que configuran el nicho criminal más exuberante de la sociedad contemporánea. Incuba los delitos y los multiplica como una cepa de bacterias. Poniendo las drogas fuera de la ley en la práctica, el Estado entrega su control a mafias o bandas ilegales que lo asumen como un ejercicio criminal contra los bienes y valores más preciados de la sociedad.

Convirtiendo al consumidor de sustancias psicoactivas en un desviado espiritual, léase enfermo mental, a quien solo le cabe el tratamiento médico, la prohibición pervierte el orden constitucional. “Bajo el tratamiento de ciertas conductas que se juzgan desviadas, como enfermedades, se esconde el más feroz poder represivo, tanto más censurable cuanto más se presenta como una actitud paternal (casi amorosa) frente al disidente. La reclusión en establecimientos psiquiátricos o similares, ha sido desde hace mucho un vitando mecanismo usado por los regímenes totalitarios para “curar” a los heterodoxos. Y las sociedades contemporáneas se han empeñado en tratar a los drogadictos como heterodoxos, pero heterodoxos enfermos a quienes hay que hacerles ver el mundo como lo ven los gobernantes.”⁶

¿Por qué, nos preguntamos, el consumidor de drogas ilícitas es un toxicómano (adicto a estupefacientes y sicotrópicos) mientras el usuario de drogas lícitas es solo un bebedor o un fumador? ¿Por qué el alcohol, las anfetaminas o los barbitúricos son artículos de alimentación o medicamentos, mientras la marihuana y la cocaína son productos criminales? Esta intolerable incoherencia es la premisa omnipresente en todas las políticas públicas entronizadas para justificar la prohibición. Su única ventaja, especialmente para el adicto colombiano, es que tan pronto este se percate de ella caerá en la cuenta de que para evitarse las molestias del tratamiento “voluntario” prescrito en el nuevo artículo 49 de la Constitución, podrá optar por las adicciones lícitas, una por una o de consuno: tomar trago para emborracharse como bestia y contramatar a la mujer (al marido si lo prefieren las feministas); fumar tabaco, solo tabaco, porque es un placer que pudre los pulmones; tragar carne de cerdos y pollos cebados con hormonas y antibióticos en campos de concentración animal hasta que las arterias se taponen y el hígado reviente; o también hacerse militante de un partido de gobierno para gozar como enano de la adicción a las “donaciones” millonarias del Agro Ingreso Seguro, a los chanchullos y “falsos positivos.”

⁵ Como lo ha indicado Escotado: “La realidad sociológica en materia de drogas es una consecuencia, y no una premisa, de su status legal.” *Historia de las Drogas*, Madrid, Alianza, 2004. Volumen 3.

⁶ Sentencia C 221 de mayo 5, 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

La cháchara salubrista solo apunta a descuadernar la Constitución para darle a los desmanes totalitarios vía libre hasta la órbita de la intimidad, donde tiene su hábitat el yo moral, un territorio que no puede ser colonizado por el Estado en ningún caso y por motivo alguno.⁷ Habiendo traducido sus excesos totalitarios en precepto constitucional, merced a oficios leguleyos y mangualas partidistas, el régimen uribista consiguió apuntalar en prejuicios e iniquidades la prevalencia del Estado y, por ende, de la ley. Por consiguiente, obtuvo carta blanca para coartar con ñoñerías redentoristas el ejercicio de la libertad moral y, de paso, ponerle zancadilla a las libertades públicas.

Si bien el ejercicio de la libertad no garantiza la salud, de hecho puede conducirnos a excesos, las personas fincamos en nuestra libre voluntad el itinerario de nuestras decisiones para elegir entre diversas opciones. La voluntad libre, entendida como fuerza o valor para decidir, es el fundamento de nuestra capacidad moral. Así mismo, es el fundamento de nuestra responsabilidad en los órdenes ético, jurídico y político.⁸

Aunque sea asediada por la incertidumbre o el azar, que en ocasiones pueden anularle con el mismo poder de un determinismo genético, geográfico o histórico, nuestra voluntad siempre consigue sortear los factores en contra aprendiendo a reconocer en cada caso el alcance de nuestras posibilidades y conjugando nuestras habilidades para cambiar circunstancias adversas y, en algunos casos, inclusive, vencer ciertos determinismos.

Esta reforma constitucional es injusta porque su contenido vulnera alevosamente los principios que gobiernan nuestra vida como sociedad democrática, tanto del derecho positivo como de la ética pública. En consecuencia, debe ser negada y desobedecida. De la existencia de leyes injustas surge la obligación moral de resistirlas y desobedecerlas.⁹ Caso en el cual resulta legítimo retomar la exhortación que Gustav Radbruch hizo a los juristas para que negasen a las leyes su carácter de tales cuando

⁷ Ello es especialmente cierto respecto del acecho de una moral apuntalada en prejuicios que pretendió homogeneizar la conducta sexual de las personas haciendo objeto de la intervención penal aquellos comportamientos que consideraba desviados. Mientras el adulterio masculino prosperaba secreta o abiertamente, la infidelidad de las mujeres era castigada sin piedad. Con una tarifa punitiva muy semejante eran castigados homosexuales y travestidos, por cuanto solo las perversiones patriarcales estaban permitidas. Libre de mojígerías el ciudadano puede ejercer el derecho a la diferencia también como derecho a las propias desviaciones.

⁸ José M. Borrero Navia, *Implicaciones éticas y políticas del consumo*, 2008, www.celambiental.org

⁹ He reflexionado en detalle sobre este tema en *DESAFÍOS ÉTICOS DE LA SOSTENIBILIDAD. Ensayo sobre la Justicia, la Moral y el Derecho en Tiempos de Crisis*, 2009, texto de una conferencia dictada en un seminario sobre Ética organizado por la Universidad Javeriana de Cali.

fueren contrarias a una moral humanitaria: las normas injustas deben desobedecerse porque no son leyes, es decir, el derecho injusto no debe obedecerse simplemente porque no es derecho.

El *dictum* prohibicionista tendrá vida efímera. Aunque la estrategia uribista fue esquivar la revisión de la Corte Constitucional mediante un Acto Legislativo que está eximido del control de constitucionalidad en su contenido material, sin embargo, es probable que el esguince resulte en una aparatosa caída en razón de los vicios formales o procedimentales que exhibe. En efecto, el Artículo 241-1 de la Carta Política dispone que la Corte Constitucional no tiene facultades para dirimir la constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. Su competencia se limita a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación. En este sentido, la Corte ha admitido que puede juzgar la constitucionalidad de un Acto Legislativo cuando dicho acto comprenda una sustitución de la Constitución, por cuanto ello constituiría un vicio por extralimitación de competencia del ente reformador, es decir, del Congreso. De conformidad con el artículo 374 de la Carta, la Constitución puede ser “reformada” por el Congreso, no derogada, ni subvertida o sustituida.

En la sentencia C-551 de 2003 la Corte afirmó que el poder de reforma de la Constitución se concreta en una competencia cuyo alcance no es ilimitado, por lo que no es posible la sustitución, derogación o subversión de la Constitución. Al respecto manifestó:

El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia. En la sentencia C-293-07 la Corte precisó con suma claridad la diferencia entre la reforma de la Carta y la sustitución de la misma. Una reforma aprobada por el Congreso de la República puede contradecir el contenido de normas constitucionales, incluso de manera drástica, según el Alto Tribunal, pues toda reforma implica

transformación. Sin embargo, esta potestad tiene un límite, pues el cambio introducido no puede ser tan radical que sustituya el modelo constitucional vigente o que conduzca a reemplazar “un eje definitorio de la identidad de la Constitución” por otro “opuesto o integralmente diferente.” La jurisprudencia constitucional se ha referido a probables sustituciones totales y parciales, indicando respecto de estas últimas que el ente reformador tampoco puede introducir sustituciones parciales.

La reforma introducida en el artículo 49 materializa un cambio radical en “un eje definitorio de la identidad de la Carta”, porque riñe de manera absoluta con los principios que la fundan, de manera especial con la salvaguardia del libre desarrollo de la persona humana como fundamento de nuestro ordenamiento político y jurídico. Esta libertad presupone la capacidad soberana de la persona para elegir entre diversas opciones sin presión ni intervención alguna por parte de agentes sociales o del Estado. En cada momento y en cada lugar las personas somos sujetos morales en el contexto de nuestras particulares circunstancias geográficas, históricas o genéticas. Este es un presupuesto ético que el Estado no puede ignorar. Cuando lo hace, como en esta reforma, nos despoja de nuestra libertad moral y, por ende, de nuestra dignidad.

So pretexto de evitar “indeseables desviaciones” y orientar la conducta de la persona hacia opciones aceptadas por razones religiosas, morales, ideológicas o de otro orden, los agentes sociales o el Estado no pueden arrogarse el derecho de presionar la voluntad de la persona para inclinarla a favor de tales razones. De hacerlo reinciden en la perversión propia de cualquier autoritarismo. Me refiero al sanguinario expediente autoritario de la exclusión, la discriminación, la inquisición, la persecución y el asesinato perpetrados desde siempre en nombre de la fe, la “normalidad”, la “razón”, el “orden”, la “verdad” y otros absolutos no menos hueros ni menos rimbombantes. Es explicable, por lo tanto, que sean los políticos más proclives al ejercicio de la barbarie, verbigracia Anslinger, Khomeini, Bush o Uribe, quienes apoyan con fervor la “cruzada prohibicionista contra las drogas.”

Si bien el Acto Legislativo no será objeto de un juicio de constitucionalidad en razón de su contenido material, este impedimento no es razón suficiente para eximirnos de comentar la inclusión del término estupefaciente en el texto reformativo. Es archisabido que se trata de un concepto ameba, es decir, impreciso e incierto. Toxicólogos de todo el mundo han *“coincido en declarar indefendible el concepto oficial de estupefaciente y el propio Comité de Peritos de la OMS se desentendió*

en relación a ese concepto por considerarlo científico. Nadie consiguió precisar en términos biológicos, neurológicos o psicológicos por qué ciertas sustancias eran llamadas estupefacientes y otras no."¹⁰ La inclusión en nuestra Constitución de semejante adefesio es una intolerable afrenta.

Otro escenario que también deberá sortear la reforma será el debate sobre la normalización o legalización de las drogas, para inscribirlas en una política pública que empiece por retirar su control de la máquina penal. El desmonte de la narcoideología debe pasar por la normalización o legalización. Sin embargo, a quienes adviertan que los riesgos de algunas de las sustancias psicoactivas no desaparecen con la legalización, les diremos que, en primer lugar, son mayores los peligros que acarrea la intromisión del Estado en el hábitat del yo moral. En segundo lugar, que la sociedad contemporánea es una sociedad de riesgos frente a los cuales solo es oponible la libertad de cada persona para decidir la asunción o no de los mismos.

La experiencia de los fracasos sistemáticos de la prohibición puede ser muy útil como presupuesto para orientar una política pública hacia la normalización de las drogas. En su vasta investigación, Escohotado¹¹ ha mostrado cómo *"la historia enseña que ninguna droga desapareció o dejó de ser consumida durante el transcurso de su prohibición. Enseña también que, mientras subsista una prohibición, habrá una tendencia mucho mayor a consumos irracionales."* Otra realidad cultural que los prohibicionistas pretenden ocultar es que tan pronto cesa el ejercicio del control estatal, o heterocontrol de las drogas, se instaura inmediatamente un sistema de autocontrol. No es sustentable históricamente, agrega Escohotado, que la disponibilidad de una droga aumente el número de consumidores. Por el contrario, la historia *muestra que disponer libremente de una droga (incluso promovida con mentiras, como sucedió prácticamente con todas en su lanzamiento) no crea conflictos sociales e individuales comparables a los que provocó y provoca su prohibición.*

Es reconfortante saber que el proyecto cultural para retirar el manejo de las drogas del control punitivo que ejerce la máquina penal, tanto como de la exclusión clínica del consumidor, viene siendo apoyado desde tiempo atrás por personalidades cimeras de la inteligencia humana. Desde Teofrasto y Galeno hasta Huxley y Bateson, pasando por Paracelso, Sydenham, Coleridge, James, Freud y muchos más, que han señalado el camino para construir un enfoque racional que se funde en el conocimiento de las drogas como expresiones de la naturaleza y la cultura humana.

¹⁰ Antonio Escohotado, *Historia de las Drogas...*

¹¹ Antonio Escohotado, *Historia de las Drogas...*