



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES**

**CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES**

**MAESTRÍA EN INVESTIGACIONES SOCIALES Y HUMANÍSTICAS**

**TESIS**

**SEXO Y DROGAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO  
INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS**

**PRESENTA**

**Pamela Ruiz Flores López**

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN INVESTIGACIONES  
SOCIALES Y HUMANÍSTICAS**

**TUTOR**

**Mtro. José Luis Eloy Morales Brand**

**COMITÉ TUTORAL**

**Dr. José Manuel López Libreros**

**Dra. Beatriz Caiuby Labate**

**Aguascalientes, Ags., junio de 2016**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES

Asunto: Voto Aprobatorio.

**DR. DANIEL EUDAVE MUÑOZ**  
**DECANO DEL CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES**  
**P R E S E N T E**

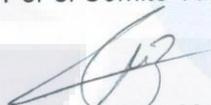
Estimado Señor Decano:

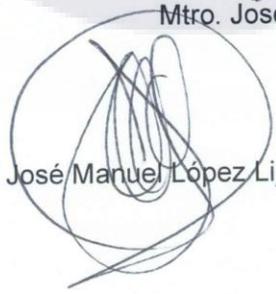
Hacemos de su conocimiento que la estudiante **PAMELA RUIZ FLORES LÓPEZ** con ID **101800** de la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas, realizó la tesis titulada: **“Sexo y drogas: una aproximación desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos en las Américas”** y con fundamento en el Artículo 175, Apartado II del Reglamento General de Docencia, nos permitimos emitir el **VOTO APROBATORIO**. La tesis incorpora los elementos teóricos y metodológicos que le permiten ser defendida en el examen de grado reglamentario, por ello se solicita que se proceda a los trámites correspondientes para la presentación de dicho examen.

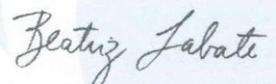
Ponemos lo anterior a su digna consideración y sin otro particular por el momento, nos permitimos enviarle un cordial saludo.

**ATENTAMENTE**  
**“SE LUMEN PROFERRE”**  
**Aguascalientes, Ags., 19 de mayo de 2016.**

Por el Comité Tutorial

  
Mtro. José Luis Eloy Morales Brand

  
Dr. José Manuel López Libreros

  
Dra. Beatriz Caiuby Labate

c.c.p. Archivo.

Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas  
Av. Universidad 940. Aguascalientes, Ags. México. Tel. +52 (449) 910 84 90. [misyh@correo.uaa.mx](mailto:misyh@correo.uaa.mx)



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES

CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES  
Y HUMANIDADES

**ASUNTO: AUTORIZACIÓN DE TESIS  
DEC. CCS y H./Posgrados OF. N° 2416**

**LIC. PAMELA RUIZ FLORES LÓPEZ,  
ALUMNA DE LA MAESTRÍA EN INVESTIGACIONES SOCIALES Y HUMANÍSTICAS,  
P R E S E N T E.**

Con base en lo que establece el Reglamento de Docencia en el artículo 173, le informo que se autoriza el Tema de Tesis: **“SEXO Y DROGAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS”**. Así mismo se le designa como asesor al **MTRO. JOSÉ LUIS ELOY MORALES BRAND**. A fin de asignarle fecha para la verificación del Examen de Grado para la obtención del título de la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas, deberá cumplir con lo establecido en los artículos 161, 162, 174 y 175.

Con el objeto de dar cumplimiento a este reglamento el paso siguiente será autorizar la impresión de su tesis, toda vez que presente la carta de liberación y/o acuerdo señalado en la Fracc. II del artículo 175.

Sin más por el momento, aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E

Aguascalientes, Ags., 3 de Junio de 2016

“SE LUMEN PROFERRE”

**DR. DANIEL EUDAVE MUÑOZ**

**DECANO**

c.c.p.- DRA. MARÍA EUGENIA PATIÑO LÓPEZ.- Secretaria Técnica de la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas  
c.c.p.- DR. LUCIANO RAMÍREZ HURTADO.- Secretario de Investigación y Posgrado del CCSyH  
c.c.p.- Archivo

ggl ✍



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES

CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES  
Y HUMANIDADES

**ASUNTO: CONCLUSIÓN DE TESIS**  
**DEC. CCS y H. OF. N° 2417/2016**

**DRA. GUADALUPE RUIZ CUELLAR,**  
**DIRECTOR GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADOS,**  
**P R E S E N T E**

Por medio del presente me permito comunicarle a usted que el documento final de la tesis titulado **"SEXO Y DROGAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS"** de la **C. PAMELA RUIZ FLORES LÓPEZ** egresada de la **MAESTRÍA EN INVESTIGACIONES SOCIALES Y HUMANÍSTICAS**, respeta las normas y lineamientos establecidos institucionalmente para su elaboración y su autor cuenta con el voto aprobatorio de su tutor y comité tutorial.

Sin más por el momento aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo..

**A T E N T A M E N T E**  
**Aguascalientes, Ags., 20 de Mayo de 2016**  
**"SE LUMEN PROFERRE"**

**DR. DANIEL EUDAVE MUÑOZ**  
**DECANO DEL CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES**

- c.c.p.- DR. LUCIANO RAMÍREZ HURTADO.- Secretario de Investigación y Posgrado del CCSyH.- Atte.
- c.c.p.- DRA. MARIA EUGENIA PATIÑO LÓPEZ.- Secretaria Técnica de la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas.- Atte.
- c.c.p.- C.P. MAFRÍA ESTHER RANGEL JIMÉNEZ.- Jefa del Depto. de Control Escolar.- Atte.
- c.c.p.- LIC. PAMELA RUIZ FLORES LÓPEZ.- Egresada de la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas.- Atte.
- c.c.p.- Archivo Decanato

ggl

**DICTAMEN DE REVISIÓN DE LA TESIS / TRABAJO PRÁCTICO**

DATOS DEL ESTUDIANTE	
NOMBRE: PAMELA RUIZ FLORES LÓPEZ	ID (No. de Registro): 101800
PROGRAMA: Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas	ÁREA: Racionalidad, Lenguaje y Filosofía política.
TUTOR: Mtro. José Luis Eloy Morales Brand	
Comité Tutorial: Dr. José Manuel López Libreros Dra. Beatriz Caiuby Labate	
TESIS ( X )	TRABAJO PRÁCTICO ( )
OBJETIVO: Análisis, crítica y comparación de los principios, normas y procedimientos contenidos en los principales instrumentos del derecho internacional que tienen injerencia tanto en los derechos sexuales y reproductivos, así como en los derechos de los consumidores de drogas en las Américas, y en especial, los casos de México, Estados Unidos, Brasil, Argentina y Uruguay.	
DICTAMEN	
CUMPLE CON CRÉDITOS ACADÉMICOS:	( X )
CONGRUENCIAS CON LAS LGAC DEL PROGRAMA:	( X )
CONGRUENCIA CON LOS CUERPOS ACADÉMICOS:	( X )
CUMPLE CON LAS NORMAS OPERATIVAS:	( X )
COINCIDENCIA DEL OBJETIVO CON EL REGISTRO:	( X )

Aguascalientes, Ags. a 24 de Mayo de 2016

**FIRMAS**

  
Dr. Enrique Luján Salazar  
CONSEJERO ACADÉMICO DEL ÁREA

  
Dra. María Eugenia Patiño López  
SECRETARIA TÉCNICA DEL POSGRADO

  
Dr. Luciano Ramírez Hurtado  
SECRETARIO DE INVESTIGACIÓN  
Y POSGRADO

## Agradecimientos

A mis papás y hermanos, quienes nunca dudaron que este trabajo iba a ser concluido exitosamente

A mis papás y hermanos, quienes dieron su apoyo incondicional cuando más era necesario

A mis papás y hermanos, por su paciencia y amor

A mis abuelos y tíos por las buenas intenciones

A mis amigos, quienes tuvieron la prudencia de escucharme hablar de este trabajo con una frecuencia perturbadora

A mi comité tutorial, por la franqueza, la guía, las propuestas y el conocimiento

A mis profesores por la inspiración

A Israel, por todo lo anterior

Al Conacyt y la Universidad Autónoma de Aguascalientes, especialmente a la coordinación de la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas

A la vida que me dio la oportunidad de concluir un estudio de esta magnitud

A las generaciones que vienen



## Índice

<b>Índice de Tablas</b> .....	3
<b>Resumen</b> .....	4
<b>Abstract</b> .....	5
<b>Introducción</b> .....	7
<b>Capítulo 1: Puntos de encuentro entre la sexualidad y el consumo de drogas</b> .....	11
<i>1.1 Discurso moral y de salud en la sexualidad y el consumo de drogas</i> .....	11
<i>1.2 Poder e intervención del Estado en el consumo de drogas y la sexualidad</i> .....	21
<b>Capítulo 2: Derechos humanos y su relación con la sexualidad y el consumo de drogas</b> .....	26
<i>2.1 Breve historia y descripción de los Derechos Humanos</i> .....	26
<i>2.2 Derechos Humanos y sexualidad. Derechos Humanos y consumo de drogas</i> .....	31
<i>2.3 Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Derecho substancial en la defensa de los derechos relativos al consumo de drogas y sexualidad</i> .....	38
<b>Capítulo 3: El Pacto de San José. Derechos Sexuales y Reproductivos, y derechos relacionados al consumo de drogas.</b> .....	42
<i>3.1 Generales del Pacto</i> .....	42
<i>3.2 Derechos relacionados a la sexualidad y derechos relacionados al consumo de drogas en el Pacto de San José.</i> .....	43
<i>3.3 Control de convencionalidad en México. Un ejemplo de aplicación de disposiciones internacionales en materia de Derechos Humanos</i> .....	51
<b>Capítulo 4: Argentina, Brasil, Estados Unidos, Uruguay y México. Derecho comparado de su derecho constitucional y federal referente a sexualidad y drogas.</b> .....	58
<i>4.1 Argentina</i> .....	59
<i>4.1.1 Generales</i> .....	59
<i>4.1.2 Relativos a drogas</i> .....	60
<i>4.1.3 Relativos a sexualidad</i> .....	68
<i>4.2 Brasil</i> .....	72
<i>4.2.1 Generales</i> .....	72

4.2.2 <i>Relativos a drogas</i> .....	73
4.2.3 <i>Relativo a sexualidad</i> .....	78
4.3 <i>Estados Unidos</i> .....	82
4.3.1 <i>Generales</i> .....	82
4.3.2 <i>Relativos a drogas</i> .....	83
4.3.3 <i>Relativos a sexualidad</i> .....	90
4.4 <i>Uruguay</i> .....	95
4.4.1 <i>Generales</i> .....	95
4.4.2 <i>Relativos a drogas</i> .....	96
4.4.3 <i>Relativos a sexualidad</i> .....	100
4.5 <i>México</i> .....	106
4.5.1 <i>Generales</i> .....	106
4.5.2 <i>Relativos a drogas</i> .....	107
4.5.3 <i>Relativos a sexualidad</i> .....	116
<b>Capítulo 5. A modo de conclusión. Batallas ganadas, retos futuros y Derechos Humanos en sexualidad y drogas en el continente Americano.</b> .....	123
5.1 <i>Diferencias y efectividad. Discusión de Resultados.</i> .....	123
5.2 <i>Conclusiones</i> .....	129
<b>Glosario</b> .....	134
<b>Bibliografía</b> .....	136
<b>Anexos</b> .....	144

## Índice de Tablas

<i>Tabla 1: Penas Federales al Tráfico para Programas I, II, III, IV y V (excepto marihuana).....</i>	158
<i>Tabla 2: Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato.....</i>	161
<i>Tabla 3: Comparación en normatividad de drogas.....</i>	161
<i>Tabla 4: Comparación de normatividad, sexualidad.....</i>	169



## Resumen

Comportamientos relacionados con la sexualidad y las drogas, en mayor o menor medida, han sido históricamente regulados, prohibidos o criminalizados por el Estado. Por mucho tiempo el tema de la sexualidad estuvo restringido y orientado a sólo uno de sus resultados posibles; la reproducción. Ya ha pasado más de medio siglo desde que el tema de la sexualidad ha sido abordado por los científicos sociales como una búsqueda histórica de un concepto en cambio constante. Actualmente la sexualidad es abordada por el derecho de manera casi general como un asunto cultural, y la normatividad ha roto algunos de los principales obstáculos en materia de Derechos Sexuales y Reproductivos. En contraste, el consumo de determinadas drogas sigue siendo tema tabú, mientras que las legislaciones prohibicionistas son mayoría a nivel mundial. Se encuentra en este estudio que la defensa de ambos derechos tiene como punto de encuentro la autonomía de la persona; y como nacimiento a su prohibición y criminalización discursos morales y de salud que no solo ignoran evidencia científica, sino que violan distintos Derechos Humanos. Tomando como punto de partida el Pacto de San José, esta investigación realiza un ejercicio de derecho comparado entre cinco países firmantes del Pacto: Argentina, Brasil, Estados Unidos, Uruguay y México, buscando en selecta normatividad federal escrita si se da cumplimiento a lo firmado en el Pacto, en referencia a los derechos otorgados que guardan relación con la sexualidad y las drogas. El trabajo, adicionalmente, al señalar la brecha entre los avances en los Derechos Sexuales y Reproductivos y aquellos relacionados con las drogas, busca concluir sobre la inclusión del Estado y los avances internacionales en Derechos Humanos en dichos temas con el objetivo de contribuir a la manera en que el Estado maneja actualmente ambos fenómenos.

## **Abstract**

Different behaviors related to sexuality and drugs, to a greater or lesser extent, have historically been regulated, prohibited or criminalized by the state. For a long time the issue of sexuality was restricted and oriented to only one of its possible outcomes; reproduction. It's been over half a century since the issue has been approached by social scientists as a historical search of a constantly changing concept. Currently sexuality is addressed by the law almost universally as a cultural issue, and regulations has broken some of the main obstacles on Sexual and Reproductive Rights. In contrast, consumption of certain drugs remains a taboo subject, while most countries worldwide are prohibitionists. This study found that both rights have a similar defense with a foundation in the autonomy of the person; and as an origin to their prohibition and criminalization, speeches of moral and health that not only ignore scientific evidence, but violate several human rights. Taking as its starting point the Pact of San José, this research presents an exercise in comparative law of five signatories Pact countries: Argentina, Brazil, United States, Uruguay and Mexico, looking at selected federal regulations, with the objective of analyze if compliance is given to the signed in the Covenant, referring to the granted rights associated with sexuality and drugs. This study, additionally, noting the gap between advances in Sexual and Reproductive Rights and those related to drugs, seek to conclude on the inclusion of state and international developments in Human Rights in these issues with the aim of contributing to the way in which the state currently handles both phenomena.



Las palabras son puentes.  
También son trampas, jaulas, pozos.  
Octavio Paz, *Carta de Creencia*.

## Introducción

Durante mi primer trabajo en investigación, una frase de mi entonces jefa comenzó el camino que culmina en el resultado que en sus manos se encuentra. Su comentario, casualmente dado un día normal de trabajo entre semana, aludía a una comparación entre la lucha de los derechos de la comunidad Lésbica, Gay, Bisexual, Transexual y *Queer* (LGBTQ por sus siglas en inglés), en conjunto con los derechos sexuales y reproductivos, con aquellos derechos aún no reconocidos pero asignados ya por algunos estudiosos (incluyendo a ella misma) a la comunidad consumidora de drogas. La idea era que varios de los derechos de los individuos eran vulnerados en ambas áreas, a pesar de que algunas de las batallas ganadas en los derechos sexuales podrían ser análogamente aplicadas a los derechos de los consumidores de drogas (véase capítulo 1 y 2).

Aún neófita en el campo de investigación, en un primer momento no me vino a la mente una forma factible en la que dicha comparación pudiera ser hecha, aunque entendí el espíritu de su comentario: derechos individuales ganados e ignorados en ambas comunidades. La forma absoluta que esta investigación finalmente tomó, llegó un par de años después, cuando fue una decisión absoluta que habría de cursar la Maestría en Investigaciones Sociales y Humanísticas y la elaboración de un proyecto fue inminente. No tuve necesidad de pensar dos veces al decidir que este sería el tema que desarrollaría, tanto por su propensión a los Derechos Humanos, como por conjuntar los Derechos Sexuales y Reproductivos y estudios sobre Políticas de Drogas, los cuales habían sido mi pan de cada día en los últimos años, y una descubierta nueva pasión en la investigación.

Con una educación de licenciatura en derecho, y una predilección por el tema de los Derechos Humanos, las piezas finalmente se acomodaron; el tema aquí presentado realiza a nivel de Estados Americanos, elegidos por singularidades a explicarse en capítulos posteriores, un sencillo estudio a su legislación escrita en materia de derecho penal y derecho a la salud. En estas áreas, en un intento humilde de comparación de derecho (véase Apéndice Metodológico), se tomó como punta de partida el Pacto de San José, del cual son los países elegidos firmantes, identificando inicialmente los derechos ahí establecidos que guardan relación con los derechos sexuales y reproductivos, y los derechos relacionados a los consumidores de drogas ilegales, aún no reconocidos explícitamente en el Pacto de San José.

En una segunda instancia, se hizo la revisión a la legislación federal en materia penal y de salud de los países elegidos, buscando que estos derechos fueran estipulados a ese nivel.

En este trabajo, se presenta además un vínculo que justifica la relevancia de la comparación de estos derechos, justificación desarrollada a lo largo de los dos primeros capítulos y donde, a falta de una denominación oficial, se propone una designación personal a los derechos relacionados a los consumidores de drogas, mismos que a la par de los derechos sexuales y reproductivos son primero localizados en el Pacto, y luego puestos en comparación en los documentos legislativos de los países.

Así bien, los países elegidos (Argentina, Brasil, Estados Unidos, Uruguay y México), proporcionaron nuevas luces, distintas a las características que definieron su lugar en este estudio, como en muchas ocasiones sucede cuando un objetivo amplio es perseguido. Esta investigación, en su pretensión de encontrar, por un lado, las discrepancias que los Estados elegidos tuvieran en su legislación en relación con el Pacto de San José; y por otro, de encontrar en las legislaciones analizadas, maneras novedosas y adecuadas de tratar los temas de sexualidad y drogas, se encontró además con los beneficios de la comparación de derecho.

A saber, aspectos específicos de los países elegidos que daban distintas luces sobre la sexualidad y las drogas, muy de acuerdo a lo establecido en los primeros dos capítulos sobre sexualidad y drogas, sobre la manera en que aspectos específicos de estos temas pasaron no solo a la inmoralidad, sino a la ilegalidad y al delito.

Adicionalmente, la inclusión de los Derechos Humanos en la investigación y el ligero vistazo al Derecho Internacional Público, por medio del Pacto de San José, brinda una perspectiva sobre cómo abordarse los Derechos Sexuales y Reproductivos, y cómo implementar Políticas de Drogas más efectivas, desde una reconceptualización del problema; desde el tabú que rodea a las drogas y la sexualidad, hasta la imprecisión de conceptos en la ley.

En resumen, la pregunta central de esta investigación es: ¿Por qué los Estados de México, Estados Unidos, Brasil, Argentina y Uruguay han avanzado más su normatividad en materia de Derechos Sexuales y Reproductivos que en materia de consumo de drogas? Para poder responder coherentemente a la misma, los primeros tres capítulos se ocupan en introducir la relación utilizada en este estudio y que trasciende el carácter expansivo de los Derechos Humanos.

Así bien, el primer capítulo hace el cruce entre la problemática dada a la sexualidad y al consumo de drogas. Para poder realizar lo anterior, se utilizan argumentos que van desde la concepción histórica de ambos fenómenos, hasta el avance en política y cultura que llevó directamente a la criminalización de ambos y a la prohibición arbitraria de ciertas conductas o consumos ya sea a nivel moral, o represivo por medio del sistema de salud y la legislación penal.

El segundo capítulo rescata lo visto en el apartado anterior y se centra en los argumentos dados por los Derechos Humanos para defender la libertad en el consumo de sustancias, el respeto por derechos relacionados con la proporcionalidad de las penas y la descriminalización de determinadas conductas, así como aquellos fenómenos relacionados a la sexualidad, como la discriminación por motivo de orientación sexual, las prohibiciones a las libertades sexuales, y consecuentemente las violaciones a los derechos reproductivos. Este apartado concluye, por un lado, una defensa casi idéntica a derechos relacionados con ambos fenómenos por parte de los Derechos Humanos, y por otro, una confirmación del avance mayor de los Derechos Sexuales y Reproductivos sobre los derechos relacionados a las drogas. En este capítulo se propone además un catálogo de derechos relacionados a las drogas, integrando algunas concepciones de asociaciones civiles que buscan la defensa de dichos derechos, así como varios estudios al respecto de la prohibición y las políticas de drogas. Adicionalmente, dicho catálogo es utilizado en adelante dentro de la investigación para facilitar la comparación entre el avance de dichos derechos en las legislaciones elegidas, y los derechos ya desglosados y bien identificados en torno a la sexualidad.

El Pacto de San José es abordado en el capítulo tercero, haciendo una relación entre su texto y la manera en que ya sea de forma textual o implícita, este protege los Derechos Sexuales y Reproductivos. Se ven algunas restricciones que el mismo Pacto contempla a estos derechos y se termina el apartado con un ejemplo de integración del Pacto a una legislación nacional de un país firmante. Lo anterior por medio de la explicación del control de convencionalidad en el caso mexicano.

Finalmente, el cuarto y quinto capítulo se ocupan de la mención, en un inicio de la legislación en los cinco países elegidos, para en el capítulo final hacer mención de los avances, semejanzas y diferencias entre esta legislación. Se responde en el capítulo final a las preguntas de si efectivamente los derechos relacionados con la sexualidad tienen mayor

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

entrada en el derecho actual, partiendo de los Derechos Humanos contenidos en el Pacto de San José, y, a partir de esta respuesta, se busca finalmente entender por qué algunos de los obstáculos ya librados en el campo de la sexualidad no lo son aún en el campo del consumo de drogas, siendo que ambos son defendidos principalmente de la misma manera y haciendo un énfasis total en el libre desarrollo de la personalidad. La hipótesis de este trabajo se resuelve en que: los Estados analizados presentan una normatividad más avanzada en materia de Derechos Sexuales y Reproductivos que en materia de derechos de consumo de drogas, puesto que existe una relación entre el consumo de drogas y la criminalidad que ha sido perpetuada y apoyada por la política pública y el discurso científico influyente en la normatividad (Richards, 1982); esta relación con la criminalidad no existe actualmente con tal fuerza en el caso de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Sin que este estudio sea exhaustivo, tiene ante usted el resultado de una investigación que fue realizada en el contexto de los estudios sociales y humanísticos llevados a cabo en la maestría, y que se une a los esfuerzos de conjugar dos temas de amplio interés general en la actualidad, tomados por lo que al menos en opinión de la autora, es una de las más grandes fronteras entre limitaciones y políticas basadas en viejas creencias, y un paso más al fondo de las cosas en la historia de la búsqueda del conocimiento de la humanidad.

# TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

## Capítulo 1: Puntos de encuentro entre la sexualidad y el consumo de drogas

### 1.1 Discurso moral y de salud en la sexualidad y el consumo de drogas

A primera vista los puntos de encuentro entre la sexualidad vista como un fenómeno regulado por el Estado, o bien, como instrumento de poder, y el consumo de ciertas drogas, designadas como ilegales (puesto que existen algunas otras drogas que comúnmente no van con esta denominación) no comparten un punto en común si lo que quiere es hacerse un comparativo entre ambas, sea el campo que sea, fuera de que ambos son temas controversiales que por distintos motivos están presentes hoy en debates de índole moral, política o de salud.

No es la intención dejar esa similitud de fuera, puesto que un primer acercamiento al tema viene directamente del hecho de que ambos siguen siendo cuestiones debatidas, con distintos grados de importancia en el presente. Sin embargo, la comparativa que se hará de estos temas buscará las causas de fondo que los unen de manera implícita y resultando en el hecho de que ambos sean controversiales; existen elementos en común entre la sexualidad y el consumo de drogas que son precisamente los que pueden hacerlos objetos de debates que tocan las áreas de la moral y la salud de una sola vez. El que aquí será tomado en cuenta con mayor énfasis, es el papel que el Estado tiene al momento de regular estas conductas. Para tratar de explicar de manera más amplia, por qué son temas de similitud en la comparación jurídica, se comenzará con un análisis breve a la moralidad que ambos temas atañe.

Partiendo de lo establecido por Habermas, se entiende que la realidad es construida socialmente, haciendo de lo desviado una cualidad atribuida y no intrínseca, y apoyada por medio del lenguaje, es decir, por medio de distintos discursos que someten a las percepciones que generalmente son de la voluntad de quien ejerce el poder en intento de colonización sustanciada no solo por normas sociales, sino por normas formales del derecho (Morales, 2010).

La sexualidad<sup>1</sup>, en principio, ha sido un tema problematizado desde la antigüedad. Claro es que dicha problematización ha sido distinta a la dada más adelante por el

---

<sup>1</sup> De acuerdo con Foucault (2003), el término sexualidad apareció a principios del siglo XIX, y ha sido relacionado con distintos campos de conocimiento, que van desde mecanismos biológicos de la reproducción,

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Cristianismo entre otra variedad de discursos religiosos o de otra índole, pero finalmente existe testimonio de que desde la antigüedad el tema fue central en la descripción de la templanza y la salud (Foucault, 2003). No es una sorpresa que las acepciones dadas hoy a la sexualidad, en la antigüedad no tenían distintas implicaciones, alcances e interpretaciones. En su Historia de la Sexualidad 2, Foucault (2003) sigue el rastro de percepción de las *aphrodisias*<sup>2</sup>, las cuales no encajan totalmente con nuestra concepción actual de la sexualidad, sobre todo en lo referente al catálogo de conductas prohibidas y sus distintas maneras de penalización, pero que ya desde aquél entonces eran cuestiones de la filosofía al momento de hablar del control de sí mismo – la templanza –, reflejado directamente en el control de los deseos, y las conductas adecuadas para poder hacer de las prácticas de las *aphrodisias* una experiencia buena para la salud, que no nos debilite, ni nos lleve a caer totalmente en su práctica, como un exceso dañino al igual que cualquier otro – como la comida o el ejercicio –.

Cabe señalar puntualmente, que las prácticas de las *aphrodisias* no tenían un código que catalogara alguna conducta de antinatural, ni daban demasiados detalles sobre la manera en la que debía de llevarse a cabo el acto, como el Cristianismo haría más adelante. Muy al contrario de esto, los textos que hacen referencia al respecto tenían menos intervención en las maneras en las que el acto debería ser realizado, es decir, en las recomendaciones hechas al respecto no había una búsqueda profunda de la naturaleza del acto, ni se le daba la importancia que hubo más adelante, sino que era más bien una técnica, o bien, una recomendación que se hacía en pos de la búsqueda de la templanza y de no caer en los excesos, los cuáles podían bien ser en las *aphrodisias* como en los alimentos, siendo el último de los casos mucho más llevado a los textos de recomendaciones y técnicas que el primero.

A pesar de la existencia de estas claras diferencias entre la forma en la que se problematizaría moralmente más adelante la cuestión de la sexualidad, lo importante en el análisis anterior es saber que “la moral sexual del cristianismo y la del paganismo forman un

---

hasta variantes de comportamiento a nivel individual o social; a la vez, con el conjunto de reglas y normas apoyadas por la tradición, instituciones religiosas, judiciales, pedagógicas o médicas, y también como a las percepciones del individuo sobre su valor y su conducta, sus deberes, sus placeres, sentimientos, sensaciones y sueños.

<sup>2</sup> Definidas por el autor como “las obras” o los actos de Afrodita, en los que se busca cierta forma de placer. De cualquier manera, recuerda que esta no tiene que ser una definición demasiado rigurosa, pues cabe recordar que el término como de sexualidad como lo conocemos no era empleado durante la antigüedad.

continuo” (Foucault, 2003, p. 15). Foucault se pregunta en distintos momentos por qué es que la sexualidad terminó constituyendo un problema moral, por qué la preocupación en su intensidad y sus formas. La respuesta a estas preguntas puede tomar muchos tintes. El de Foucault, desde luego, hace referencia a la idea de la *verdad* histórica, misma que en el resto de su trabajo se dio a la tarea de problematizar como una *historia de la verdad*.

Otros autores, como Marcuse, relacionan la problematización moral de la sexualidad directamente con el nacimiento de la civilización, en donde la postergación de los deseos, y por lo tanto, del deseo último que es el sexo, marca la pauta entre los grupos humanos descontrolados y entregados a sus instintos y aquél en que se constituyó una civilización ordenada (Marcuse, 1983). Nuevamente, es importante anotar que dicha problematización, independientemente de su origen u orígenes, ha sido cambiante y ha sido insertada, como se ha visto, en la forma de un tema moral que no se constituyó así desde el inicio.

Aquí parece conveniente pasar al tema del consumo de drogas insertado también en una problematización moral, de manera que el punto de encuentro entre este y la sexualidad sea lo más claro posible.

Primeramente, una definición al uso de drogas. De acuerdo a Romaní (2008), se entiende por uso de drogas al:

*“...fenómeno de la incorporación al organismo humano de unas sustancias químicas, con unas características farmacológicas que actúan sobre todo a nivel psicotrópico, pero cuyas consecuencias, funciones, efectos, y significados son el producto de las definiciones sociales, culturales, económicas y políticas que las diferentes formaciones sociales (grupos, colectivos e individuos) elaboran, negocian y/o disputan en el marco histórico en el que se sitúan sus prácticas”*  
(p. 302).

Esta definición en particular es tomada, puesto que inclusiva del aspecto cultural que conlleva el consumir drogas. El consumo de drogas no puede ser dissociado de su contexto (Romaní, 2008), y esta idea en particular buscará hacer varios puntos en los siguientes apartados. Como se dijo antes, a lo largo de este trabajo el término “drogas” se refiere a las sustancias delimitadas como ilegales, o que tienen esa connotación en conjunto y no a otras

drogas insertadas en el contexto como drogas denominadas por su nombre y raramente llamadas drogas – como es el caso del alcohol y el tabaco –.

Prácticamente no hay sociedad en la que no exista o haya existido consumo de drogas. Uno de los orígenes que se le dan a este consumo viene del hecho denominado “autoatención”<sup>3</sup>, mismo que es aspecto de especial importancia en los procesos de salud/enfermedad/atención (ídem). El carácter moral dado al consumo puede ser rastreado al momento en el que la atención de la salud se homogeneizó a instituciones y prácticas profesionales, entre otros temas de índole religiosa, pues es necesario volver a articular la importancia cultural que tiene el consumo de drogas, es decir, el consumo de drogas no ha sido dado a lo largo de la historia con el mero hecho de curar padecimientos, sino que ha tenido muchas significaciones y contextos.

Asimismo, el nacimiento en la moral al uso de drogas puede ser rastreado al momento en que surge la cuestión de si las personas tienen el derecho de usar drogas denominadas como peligrosas desde un punto de vista de moralismo jurídico. Existe en las sociedades un derecho que tiene cada ciudadano para llevar a cabo su vida de la manera que mejor le parezca, siempre y cuando no afecte a otros. En este sentido, no puede ser prohibido el someterse a peligrosos deportes, fumar, o bien, consumir drogas ilegales. Sin embargo, existen seis argumentos en contra de la libertad de usar drogas y que están basadas en argumentos morales (Smith, 2002). Son los siguientes:

1. El uso de drogas daña a otros
2. El uso de drogas daña a la persona que las consume
3. El uso de drogas es inmoral incluso cuando no es dañino
4. Argumento desde la teoría Kantiana de deberes hacia uno mismo
5. Argumentos desde el ideal de la excelencia humana
6. Argumento desde la manera tradicional de vivir de la comunidad y la mayoría de los valores.

---

<sup>3</sup> De acuerdo a Romaní (2008), la autoatención es “el hecho de que en todo grupo social se dan con cierta frecuencia y continuidad episodios de daños, padecimientos o enfermedades, y ante esto surge la necesidad del individuo y su entorno inmediato de establecer acciones para resolver estos problemas” (p. 302).

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Sobre el primero se dirá que se refiere, sencillamente, a que el uso de drogas de manera indirecta dañará a otros, sobre todo cuando la persona que las ingiere tiene bajo su responsabilidad a otros. Moralmente, esto constituye un problema, por lo que los abogados a favor de este argumento consideran que la ley debe intervenir en este daño hecho a otras personas. Una manera de contrariar este argumento, es que mientras el comportamiento, en caso de que se diera necesariamente de forma dañina, es un comportamiento moral, no es un comportamiento criminal (ídem).

El segundo de los argumentos, sobre el daño que las drogas pueden promover en la persona que las consume, señala que al momento de criminalizar un comportamiento que aquí es visto como inmoral, bajo la razón de que no sólo no es un crimen, sino que la criminalización responde al modelo de Estado paternalista, en el que es el gobierno el que tiene una mejor opción de vida para sus ciudadanos, independientemente de lo que la razón de estos les indique. Siguiendo esta lógica, el uso del tabaco y otras drogas ilegales debería ser penalizado también, pero se ve que ese no es el caso (ídem).

El argumento sobre el uso de drogas siendo inmoral, incluso cuando no causa daño, es un argumento que apela directamente al moralismo legal<sup>4</sup> (ídem). En este sentido, el Estado habría de prohibir cualquier conducta inmoral, inclusive cuando no contravenga los intereses públicos de orden y seguridad ni causen daño a alguien. Desde luego, este es un argumento que ha sido usado con anterioridad, cuando las leyes llegaron a prohibir conductas cuyo daño estaba puesto en cuestión, tan sólo por el hecho de haberlas considerado inmorales, como lo fue el caso de la homosexualidad, y en actuales tiempos, la prostitución.

El cuarto argumento, que hace alusión a la teoría Kantiana de los deberes hacia uno mismo puede ser definido por medio del siguiente razonamiento:

- a. Tenemos el derecho a respetar nuestra propia racionalidad y autonomía
- b. El uso de drogas deteriora nuestra racionalidad y autonomía
- c. Por lo tanto, el uso de drogas es moralmente incorrecto (Smith, 2002: 238, traducción propia).

---

<sup>4</sup> Se entiende por moralismo jurídico los “distintos mundos morales, y el ámbito público, donde esos mundos confluyen y conviven” (Delgado, 2014).

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Este argumento puede ser fácilmente cuestionado, cuando en primer lugar se pone en crisis la idea de racionalidad y autonomía, como deberes para nosotros mismos. Tal parece que esta autonomía habría de ser precisamente la que dé pauta a la manera en la que cada persona respeta y sigue los deberes hacia sí mismo. Asimismo, la racionalidad y un estado preferible de conciencia sobre otros, incluyendo los estados alterados de conciencia, es un debate actualmente llevado en el que estudiosos en el tema cuestionan la falta de apertura en el concepto (i.e. Labate). Además, el argumento no hace diferencia entre drogas legales o ilegales, por lo que no tendría sentido que fuera aplicado sólo a algunas de ellas. Finalmente, parece que el argumento hace referencia sólo a un uso problemático de drogas, por lo que no habría manera de hacer ilegal una práctica en la que el uso de drogas no lleve a comprometer la autonomía o el raciocinio de su consumidor.

El quinto argumento, alega al ideal de la excelencia humana, y está fuertemente relacionado con el perfeccionamiento en la legalidad (Smith, 2002). La mejor contraparte que puede darse a este argumento es que la idea de excelencia humana varía de una persona a otra y, en opinión de la autora, este argumento también puede ser aplicado a la idea que Kant sostiene sobre razón y autonomía.

Finalmente, el sexto argumento sobre los valores mayoritarios de la comunidad y la manera tradicional de vivir tiene un punto fuerte en su contra: presupone que los valores de la mayoría y la tradición son los adecuados (ídem).

Los anteriores argumentos a favor de la criminalización del uso de drogas desde un punto de vista moral, conlleva a otro gran tema cuando hablamos de moralidad y drogas, puesto que muchos de estos argumentos han llevado a un fenómeno que vienen dándose desde el siglo antepasado: la prohibición.

La prohibición como tal en Estados Unidos, protagonista – mas no único participante – en la consolidación internacional del mismo, comenzó a finales del siglo XIX. De acuerdo a Labate y Rodrigues (2014) la construcción histórica del prohibicionismo se dio:

*“...por la articulación entre distintos niveles de acción presentes en movimientos sociales moralistas, en las estrategias diplomáticas de la potencia internacional emergente, en los intereses de la clase médica en reglamentar su monopolio sobre la prescripción de drogas en las tácticas políticas de control*

*de grupos inmigrantes y/o minoritarios asociados a drogas y hábitos considerados inmorales...” (s/p).*

Esta última característica, referente a los comportamientos inmorales, fue apoyada al momento en que el consumo de determinadas sustancias se relacionó con algunas características étnicas, que, al encontrarse con los discursos xenófobos, fue justificado y demonizado.

El prohibicionismo que de aquí nació, y su relación con discursos higienistas (a mencionarse más adelante) remarco, no fue una situación dada enteramente y exclusivamente en Estados Unidos. El marco moral que ha acompañado al consumo de determinadas sustancias ha encontrado buen sustento y eco en distintas prácticas xenofóbicas en distintos Estados. México, por dar un ejemplo, conjugó en su haber varios discursos higienistas y valores antidrogas para configurar su base a la prohibición, a la vez que diversos conceptos de orden y evolución de razas, sociedades y degradación física y moral (Labate y Rodrigues, 2014, s/p)

Desde luego, el prohibicionismo y su base moral tienen una raíz religiosa de fondo, en donde el intoxicarse con algunos psicoactivos era visto como algo inmoral. Este nivel, que como se dijo antes, está asociado al racismo y la xenofobia, constituye el nivel más básico para consolidar políticas y prácticas prohibicionistas, y es a partir de aquí que distintos grupos pueden ser catalogados como una amenaza a la seguridad moral (ibídem).

Siguiendo por esta línea, los autores Labate y Rodrigues (2014) señalan las tres dimensiones que incluye el nivel moral de la prohibición:

- 1) rechazo moral al uso de psicoactivos;
- 2) racismo y xenofobia asociados a estereotipos de consumo de psicoactivos;
- 3) cultura de castigo, con fondo religioso, que demanda punición a los criminales o desviados morales, viéndolos como amenaza a las costumbres y al orden social (ibídem).

Puede verse en lo anterior, además de ciertas similitudes entre la manera en que lo “desviado” es tratado tanto en el tema de consumo de drogas, cómo en el abordaje de la sexualidad – no en la antigüedad, sino en el cristianismo – existe una manera “correcta” de

llevarla a cabo, de la misma manera en que hay drogas morales, que pueden ser consumidas sin cargas jurídicas o sociales y que no responden a los argumentos antes dados de una legalidad moralista.

Ahora bien, la sexualidad como parte del discurso de salud, también es una problematización hecha desde la antigüedad, en la que la pregunta no era tanto qué actos y qué placeres podían realizarse, sino la fuerza con la que la persona se deja llevar por esos placeres y el momento adecuado para llevarlos a cabo en pos del beneficio corporal. Una de las acepciones que actualmente se le da a la sexualidad, es aquella que habla del establecimiento de reglas y normas que se apoyan en instituciones religiosas, médicas, judiciales y pedagógicas (Foucault, 2003) por lo que el discurso de salud no sólo forma parte de la definición de la sexualidad, sino que también constituye los organismos de poder que la sostienen en sus significados históricos.

Durante la antigüedad, cabe decir que el discurso de salud estuvo impreso en la regulación de las prácticas de la sexualidad, incluso antes de hacer un juicio completamente moral. Las recomendaciones o técnicas que eran parte de los textos al respecto en la época, evocaban más bien a un dónde y a un cuándo realizar las *aphrodisias* de manera que constituyeran la mejor opción para perfeccionar la salud y el cuerpo.

Como se dijo antes, existió una relación analógica entre el consumo de alimentos y el consumo de *aphrodisias*, puesto que sobre ambas existían distintas recomendaciones para hacer uso de la templanza – cualidad del hombre sabio – al momento de reprimir los placeres como una prueba de control sobre sí mismo y sabiduría (Foucault, 2003).

Sin embargo, no parece que estas recomendaciones, incluso desde el punto de vista del discurso de salud, tuvieran alguna cualidad punitiva. A pesar de que hoy pueda argumentarse que los sistemas de salud no tienen una práctica punitiva per se, es un hecho que existe un sistema Estatal preocupado y encargado de la salud de sus ciudadanos, cuyo origen podríamos ver en la necesidad que tiene el Estado de trabajadores sanos y fuertes que colaboren al sistema de producción, o a la idea algo vaga de un desarrollo por medio del trabajo. Dichas preocupaciones son reflejadas en distintas políticas restrictivas en el tema de salud, con implicaciones que veremos más adelante.

Foucault señala en distintos puntos de su trabajo la importancia que tienen los discursos de salud para soportar otro tipo de estructuras, tales como la ideología, o las

prácticas discursivas que permiten la formación de saberes. Así bien, es posible decir que el discurso de salud dado a la sexualidad es sin duda también un discurso de poder que la regula y marca las pautas en las que actualmente puede legislarse al respecto de manera correcta o concorde a la salud.

En este esquema del discurso de salud, muchos de los alegatos que apoyaban la creación de saberes morales e incluso políticos han sido desentrañados y llevados a grandes modificaciones. La sexualidad vista ya no como un designio inherente a la naturaleza humana “impresa en el sexo biológico, sino como la construcción de un permanente proceso cultural” (Palazzi, s/a, p. 41) ha llegado a cambios que varían lo histórico y lo cultural, y que consecuentemente tienen repercusiones en el tema de salud. Las formas específicas en que este tema de salud ha sido llevado a la práctica,<sup>5</sup> es también un tema que será abordado más adelante cuando se hable de normatividades específicas y sus justificantes.

Con lo anterior dicho, puede notarse que el discurso de salud inmerso en su actividad o consumo es mucho más aparente y fácil de señalar. Como se dijo al momento de marcar el nivel moral relacionado al consumo de drogas, hubo una vinculación de hábitos farmacológicos con etnias y sociedades específicas, siendo que sólo las drogas que los médicos occidentales señalaban eran aquellas que eran moral y legalmente aceptadas (Labate y Rodrigues, 2014).

La participación de la actividad profesional - que incluye a mandatarios gubernamentales de los temas de salud, así como a los legisladores y mismos médicos y otro personal de los organismos de salud - en la configuración de un discurso de salud que viniera a reprimir el consumo de determinadas drogas es sustancial al momento de entender en qué momento y por qué algunas sustancias se consideraron inadecuadas y otras no, a pesar de que sus efectos en el cuerpo no fueran tan disociados. Desde luego, a pesar de que actualmente existe una mayoría casi total en la práctica del prohibicionismo a nivel mundial, la formación de dichas restricciones y la clasificación de sustancias ha dependido en gran medida del tipo de sistema y régimen político en donde las prácticas se han llevado a cabo.

Es necesario retomar el tema de la autoatención. En las sociedades en que no existían instituciones o especialistas, este era el único medio de atención ante los padecimientos. Al

---

<sup>5</sup> La “práctica” puede sonar a que el discurso es algo intangible sin consecuencias, hasta que es llevado a otra esfera. No es la intención señalar eso, sino los elementos materiales de dicho discurso al momento de designarlo como política o legislación específica.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

momento en que estas instituciones se constituyen, las soluciones que se aportan son heterónomas y desde afuera. Los problemas son resueltos desde una perspectiva profesional, que a la vez contribuye al control social, ya que intervenir desde afuera siempre constituye una manera de control social, desde el chamán hasta el médico (Romaní, 2008). Todo proceso de atención contiene aspectos de gestión, así como aspectos ideológicos, que personifican representaciones, valores, el conjunto de legitimaciones, e incluso los modos de organización institucional envolventes de esas gestiones (ídem). Este proceso de atención, en su estructura, es claramente análogo a un sistema político.

La ciencia, en última instancia, es la que legitima todo el discurso de salud, misma que es la que permite haya una intervención a la esfera individual por medio de las agencias responsables de los servicios de salud. Por lo tanto, es de principal importancia señalar que al momento en que la asistencia médica cobra sentido, se desarrollan a la par un conjunto de técnicas y rituales aplicados, cargados de sistemas normativos (ídem). Así, en el caso de las drogas, el discurso de salud que enmarca la prohibición, está cargado de una ideología y de un sistema normativo impregnado en sus últimas instancias, que sobrepasa o acompaña la designación científica que le da autenticidad.

La *seguridad sanitaria* como ha sido designada por Labate y Rodrigues (2014), se refiere a ese conjunto de regímenes y tratados que conllevan al control de drogas, fuera de una esfera moral, debido a que constituyen una amenaza a la salud colectiva e individual. Curiosamente, el paso de control de diversas sustancias, en algunos países como Estados Unidos, México y Brasil, antecedió a la conclusión del proceso definitivo de prohibición, por lo que “la declaración formal de ilegalidad, lanzó productores, comerciantes y usuarios de elegidos psicoactivos a las sombras de la criminalidad” (Labate y Rodrigues, 2014, s/p), lo que conllevó a iniciar en el proceso de prohibición una criminalidad inmediata y una lucha por territorios, sustancias – ahora ilegales – y mercados.

Al revisar los anteriores trabajos, todos de una importancia fundamental para nuevas maneras de concebir la sexualidad, pero sobre todo en la manera en la que podemos concebir el uso de drogas (ídem) puede concluirse que el discurso de salud o sanitario está inmerso en ambos temas. Las implicaciones que el mismo ha tenido en ambos campos han sido variadas pero en ambos ha contribuido para una reglamentación que, fuera de los aspectos morales o no punitivos, han llegado al campo del derecho y al de la intervención del Estado.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Siguiendo por esta línea, son justificados nuevamente estos dos puntos en común como puntos de primera categoría al momento de hablar de los controles sociales llevados a cabo por ambos ámbitos. A continuación, se hablará en específico de la intervención del Estado en ambos casos.

### *1.2 Poder e intervención del Estado en el consumo de drogas y la sexualidad*

Al hablar de poder se elige mencionar la perspectiva de Michel Foucault. Seguramente sería un aspecto que no le agradaría mucho al filósofo e historiador, quien nunca quiso enmarcarse en un tema estático; mucho menos pensar que sus ideas podrían ser tomadas como una referencia respecto al poder. Más allá de ello, siempre señaló cuando tuvo la oportunidad, que su finalidad era más la de hacer una historia de la verdad que una del poder. En sus palabras, una de sus grandes finalidades era

*“...mostrar en particular cómo puede formarse en el siglo XIX, un cierto saber del hombre, de la individualidad, del individuo normal o anormal, dentro o fuera de la regla; saber éste que, en verdad, nació de las prácticas de control y vigilancia”*(Foucault, 2008, p.3).

Al atenerse a la propuesta de conocimiento anterior, se puede decir que Foucault se propuso hacer una historia de la verdad, poniendo en crisis muchos de los paradigmas – algunos de los cuales corresponden al derecho – de entre los cuales los conceptos de anormal y normal saltan a la vista inmediatamente. Las justificaciones vistas antes, desde lo moral a lo sanitario, han dado una apología a las prácticas del Estado, las cuales, en el supuesto afán de seguir los valores más adecuados e intrínsecos a la humanidad – a su naturaleza –, así como a la correcta designación del hombre en su “normalidad”, apartaron y condenaron lo anormal, llevando a cabo una serie de prácticas restrictivas. No por nada, aún en la actualidad, existen una serie de medidas del Estado donde todavía se identifica al pecado con el delito, en una postura desarrollada en la premodernidad (Ferrajoli, 2009).

Al limitarse a decir que existen leyes en la naturaleza, y adentrarse en un concepto Nietzscheano sobre cómo el conocimiento ha sido inventado, se puede llegar a la idea de que

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

sólo puede haber una “relación de violencia, dominación, poder y fuerza, una relación de violación” (Foucault, 2008, p. 9) al momento en que relacionamos cualquier cualidad restrictiva del Estado.

Sin embargo, tanto la filosofía de Foucault como el argumento que este trabajo busca seguir, refiere deshacerse un poco de la idea de que el Estado es el único y principal encarnador de esta fuerza llena de “maldad” que prohíbe alcanzar la *verdad* y que a la vez reprime. Las relaciones de verdad, en realidad, nacen precisamente de las condiciones políticas y económicas de existencia del sujeto, a las que muchos ven como un obstáculo o un velo.

Al llevar lo anterior al terreno de la sexualidad y al consumo de drogas, se razona que las prácticas del Estado tienen su raíz represiva de ambos fenómenos en, desde luego, una práctica del poder. Las formas jurídicas a las que Foucault apela, las dota de la cualidad que la misma ciencia se atribuye; ese círculo de valoración y creación de verdades. Es decir, llanamente, que las prácticas represivas del Estado son para las dos prácticas base de este estudio, carentes de una base total en lo moral y en el ámbito de la salud para ser llevadas a cabo. Ambas responden a elementos mucho más entrañados del poder, inscritos en prácticas políticas, económicas y culturales que se validan a sí mismas.

El Estado tiene una larga historia influyendo en ambos aspectos. No será materia de este capítulo entrar a las maneras específicas en que el Estado ha intervenido en los cuerpos por motivo de asuntos morales en el pasado, a pesar de que algunas de estas limitaciones contuvieran penas jurídicas formalizadas – por ponerlo de alguna manera –. Lo anterior, puesto que el punto que interesa es el momento actual de la intervención del Estado y sus últimas justificaciones para controlar en los dos fenómenos que aquí atañen.

A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, los gobiernos comenzaron a tener graves problemas respecto a sus poblaciones y territorios – crecimiento demográfico y control gubernamental –, lo que los llevó a encarar nuevos desafíos de crecimiento y orden, mismos que fueron también análisis de Michel Foucault (Labate y Rodrigues, 2014). En su estudio, el autor encontró nuevas maneras en las que el Estado controlaba por medio de la combinación entre inversiones sobre el cuerpo de los individuos, los cuales debían ser aptos para el trabajo, y el conjunto o población (ídem). El objetivo, de acuerdo a los autores, era:

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

*“...ofrecer un adicional de vida, es decir, un adicional de salud para el cuerpo productivo que habría de ser vigoroso para la extenuante labor fabril pero obediente a las leyes y la lógica de la exploración del trabajo.” (ídem, s/p).*

La *biopolítica*, como Foucault llamó a este conjunto de intervenciones, contribuyó, junto a otras tantas, de manera importante a la implementación de reformas institucionales y a avances en programas médicos sociales, aumentados por proyectos de corte urbanístico y de salubridad de los espacios públicos y viviendas. Al hacer un análisis de las distintas sociedades que analizaron este espectro biopolítico, y relacionarlo con la manera en que Latinoamérica se conformó, el autor concluye que no hay mucha diferencia entre las maneras en las que se disciplina el cuerpo individual, el cuerpo social y la manera en que la modernidad se estableció en América Latina (ibídem).

En este ámbito biopolítico de regulación, tanto la sexualidad como el consumo de drogas son inscritos en ese adiestramiento o disciplina del cuerpo, con el control de drogas entrando tardíamente en la elaboración de normativas nacionales e internacionales a partir de finales del siglo XIX. Y, en ese sentido, las regulaciones que se le siguen dando, y las que el Estado sigue encarando, responden a esta misma lógica.

Ahora bien, en el siglo XX tanto los actos sexuales, estéticos y existenciales encontraron una mayor amplitud al momento de reconocer los derechos sobre la libre disposición del cuerpo. Los derechos concernientes a la libertad religiosa o sexual, de pensamiento y expresión, de opinión o crítica, de usos de sí mismo, del mismo cuerpo, y de la mente, son todos frutos de libertades en la autonomía y la auto-determinación de la persona. En este sentido, la manera en la que el Estado regula estos ámbitos, tiene mucho qué ver en este campo de derechos. Como perfectamente es expresado por Carneiro (2004):

*“La emancipación del cuerpo y la mente de todas las autoridades presupone el derecho al autocontrol de la fecundidad (anticoncepción, aborto), estados de ánimo (drogas), afectos (opciones sexuales, formas de familia), creencias y convicciones (opinión y expresión) y, cada vez más, la propia herencia genética, cuya expropiación está en marcha para las empresas de biotecnología” (ídem: s/p, traducción propia).*

La libertad, o este tipo específico de libertad, responde pues a un mismo derecho que es liberado, dado a las personas para decidir y actuar sobre su cuerpo. Tres teorías han sido las que han ayudado a que este camino se vea cada vez más avanzado: el materialismo histórico, el existencialismo y el feminismo, en donde dejó de verse a la humanidad como una especie natural, sino como un ser de devenires históricos, en donde el cuerpo ya no es una cosa, sino más bien una situación.

Llegar a dichas teorías, también, parte de un principio en el que esas conductas no deben ser criminalizadas mientras no dañen a otros (argumentos que ya fueron discutidos en el apartado anterior), sino que sus bases morales deben ser interpretadas de una manera menos utilitarista (Richards, 1984) en la que los principios de descriminalización estén más en armonía con la idea del derecho a la privacidad y a una elevada concepción de la libertad. Dichos principios pueden ser encontrados en los Derechos Humanos.

La teoría garantista que Luigi Ferrajoli desarrolla en su obra *Derecho y razón* (2009) apela además a la idea de que si el derecho penal ha sido creado para casos extremos, la mera desobediencia, en la que no hay un daño a tercero, no debe ser penada. Los vicios o la maldad de ánimo nadie está interesado en penarlos. Como señala el jurista en la obra antes citada, respecto a la limitación de la intervención penal:

*“...[el] ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; [...] equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido”* (Ferrajoli, 2009: 481).

Con lo anterior, el autor continúa haciendo hincapié en que la identidad del ciudadano, así sea considerada desviada por el Estado, debe ser respetada, siempre que constituye parte de la dignidad personal, y provee igualdad a los ciudadanos diferenciables no sólo por sus actos, sino por sus ideas y opiniones específicas de diversidad personal (ibídem).

En el siguiente capítulo, se discutirá la importancia que tienen estos principios de Derechos Humanos tanto en la relación de la sexualidad con el Estado, como de las drogas, y se sondeará la idea de que el desarrollo amplio de estos principios puede llevar

a sopesar las limitaciones adecuadas de ambos fenómenos en la sociedad actual de derecho.



## **Capítulo 2: Derechos humanos y su relación con la sexualidad y el consumo de drogas**

El presente capítulo contiene una descripción histórica sobre el nacimiento de los denominados Derechos Humanos, que abarca desde sus inicios hasta la relación que guardan con los temas que en este trabajo ocupan: la sexualidad y las drogas. El objetivo fijo de esta enumeración es, tras haber hecho un primer acercamiento al fenómeno de la sexualidad y las drogas en el derecho, saber cuál es el camino que ha tomado frente a estos temas la perspectiva de los Derechos Humanos. Dicho en otras palabras, se busca en este capítulo, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, una defensa que sobrepase las restricciones arbitrarias basadas en el discurso moral y de salud, que han tenido fuertes repercusiones en el respeto a determinados Derechos Humanos, como se verá más adelante.

Dicha perspectiva, además de mostrar nuevos horizontes en cuanto a lo creído sobre ambos fenómenos, resulta de principal importancia al momento de realizar nuestro ejercicio de comparación de derecho, puesto que será esta mirada la unificadora en soluciones y retos.

Ha de saberse, que al un país haber firmado un tratado internacional con respecto a los Derechos Humanos, se encuentra sometido a lo ahí expresado (a menos que haya hecho declaraciones que lo eximan de algunos artículos). Por lo tanto, al hablar de la perspectiva o mirada de los Derechos Humanos, se tiene suscrita una responsabilidad de los países firmante de adecuar sus políticas y legislaciones a lo aquí establecido como un catálogo de principios que formen el resto de sus normatividades. En el apartado sobre el Pacto de San José, así como en el análisis de los países del continente americano, se harán algunos puntos más referentes a la obligatoriedad del Pacto y a su lugar en las distintas legislaciones locales.

### *2.1 Breve historia y descripción de los Derechos Humanos*

Los Derechos Humanos aparecen como el centro de dos luchas fundamentales: la revolución francesa y la independencia estadounidense. Con la entrada en vigor oficial en 1945 tras una devastadora segunda guerra mundial que inspira a una organización del nuevo

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

mundo, la ONU se consolida como el principal organismo que les dará forma y los definirá (De Schutter, 2014).

En particular, se encuentra en el artículo 55 que da forma a esta organización, la promoción directa de los Derechos Humanos, cuya creación (de acuerdo al artículo 56) estará a cargo de los miembros ahí delimitados.

La tarea de crear un catálogo de Derechos Humanos constituyó entonces un primer reto. El grupo, liderado por Eleanor Roosevelt y Renè Cassin, entre otros, incluyó a miembros de distintas nacionalidades en una tarea monumental, llevada a cabo gracias a los esfuerzos reconocidos de Roosevelt de conformar una comisión en la que toda opinión fuera escuchada. Por su lado, John P. Humphrey, parte también de esta comisión, hizo un recorrido por la manera en que los Derechos Humanos (aún no definidos como tal) se protegían en todo el mundo, y buscó denominadores en común. De aquí puede concluirse entonces que los Derechos Humanos son un híbrido entre el derecho local y el internacional (ídem).

Dichos derechos son tanto de naturaleza política como civil y tienen su división más clásica precisamente como Derechos económicos, sociales y culturales por un lado y los civiles y políticos por el otro. Fue hasta el año 2008 que se creó un puente entre ambos tipos de derechos (ídem).

Para el 16 de diciembre del año de 1966, sin embargo, apenas habían sido trazados los convenios civiles y políticos y los económicos y sociales, que contaban con distintos procedimientos, pero fueron aprobados en la misma fecha y ratificados por los países firmantes al mismo tiempo con pocas excepciones (como el caso de los EEUU).

En el año de 1976, 167 países formaban parte del convenio de Derechos civiles y políticos. Para 1979 se creó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer, con ratificación - hasta el año 2013 - de 187 países. En el año 1999 fueron permitidas las denuncias individuales de violaciones a los Derechos Humanos, marcando una pauta importante en la manera en la que dichos asuntos habrían de demandarse y perseguirse.

En total, la ONU cuenta con los siguientes tratados como sus principales (Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006):

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Sin embargo, no son estos los únicos tratados que existen referentes a los Derechos Humanos. De manera regional, los países se han agrupado para formar pactos concernientes al mismo propósito. Dos fuertes ejemplos de esto son los tratados del Council of Europe y el Pacto de San José llevado a cabo por la Organización de los Estados Americanos (OEA) para el continente Americano, mismo del que se hablará más a fondo adelante, siendo el principal tratado que conforma este trabajo y el respectivo ejercicio de comparación.

Existen consecuencias al momento de considerar estos tratados de Derechos Humanos como leyes positivas, no sólo a nivel de los países, sino en las normas de los Derechos Humanos y sus subcategorías. Esto será discutido más adelante. Por el momento, se describirán algunas de las características de los Derechos Humanos desde la perspectiva de su creación y de las modernas teorías neo-Kantianas que dan forma a la perspectiva de autonomía que este trabajo seguirá en adelante.

El reconocido jurista de Derechos Sexuales y catedrático de la New York University, David A.J. Richards considera que las ideas y los autores que primero dieron forma a lo que hoy conocemos como Derechos Humanos fueron Locke, Rousseau y Kant, quienes, de manera progresiva, definieron una manera de pensar en las implicaciones morales de la personalidad humana. En estos tiempos, teoristas de similar estudio deontológico sobre la moral (como John Rawls y Alan Gewirth) permiten entender estos conceptos como una alternativa a una visión utilitarista. Estos autores interesados en la teoría moral neo-Kantiana han tenido el atino de explicar los conceptos de Derechos Humanos a partir de una interpretación basada en la autonomía de la persona que permite tratar a los individuos como iguales (ídem).

Dos principios se desprenden de esta concepción:

1. Autonomía: Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, la autonomía se refiere al rango de capacidades que permiten a una persona desarrollarse. De

manera crucial, el respeto que los Derechos Humanos le refieren a la autonomía de la persona, se relaciona con la atención a la racionalidad implícita en esta autonomía; es decir, la autonomía de razonar de cada persona de acuerdo a su catálogo de principios.

2. Tratar a las personas como iguales: Una vez más, al hablar de Derechos Humanos y la manera en que concibe tratar a las personas como iguales, vemos que lo que principalmente se protege son las capacidades para autonomía vistas como de igual valía. El teórico utilitarista John Stuart Mill tenía su propia versión de este trato como iguales a las personas; siendo la visión utilitarista una en la que los placeres y los dolores de los individuos son puestos todos en consideración, se interpreta entonces que dicho criterio conlleva a la igualdad. Sin embargo, la perspectiva neo-Kantiana de los Derechos Humanos ve un claro error en esta percepción, puesto que el individuo no está constituido totalmente por el placer o el dolor. Existe, en cambio, una personalidad moral que va más allá de eso y que debe ser tomada en cuenta al momento de tratar al individuo en términos de personalidad, como iguales. Cuando Richards (ídem) amplía estos dos conceptos claves del neo-Kantianismo y de la teoría de los Derechos Humanos que la sigue, descubre que no es una casualidad que de Kant, a Rawls y a Gerwirth se llegue de hecho a una teoría anti-utilitarista. En términos conclusivos, la igualdad bajo esta perspectiva es el presente respeto por la autonomía de la persona por medio de la garantía de un mínimo de condiciones que permitan que la misma se lleve a cabo.

Como se mencionó antes, dos autores continúan lo que podría llamarse la teoría neo-Kantiana de la que derivan concepciones de los Derechos Humanos: John Rawls y Alan Gerwirth. De acuerdo a lo dicho por Richards (ídem), las aportaciones de ambos autores en la teoría moderna serían las siguientes:

En primer lugar, John Rawls se guía por una visión contractualista que explica los Derechos Humanos y su instauración en la ley constitucional de América. Por medio de esta teoría, explica los principios de autonomía y de igualdad y expresa que la visión moral básica de la misma es que las instituciones humanas y las relaciones deben basarse en una preocupación de similar medida en cuando a la autonomía personal, así como en la

interpretación basada en la autonomía de las personas que lleva a tratarlas como iguales. Asimismo, piensa en una posición original de libertad que además conlleva a una teoría de la justicia en la que dicha posición original ayuda a lidiar con los conflictos sobre determinados bienes y considera un específico grupo de principios que regularán estos conflictos.

Dichos “bienes generales” serían adaptados a las condiciones que todos los seres humanos desean como manera de realizar los planes de su vida. Siguiendo a Richards, este grupo de bienes incluirían el respeto a sí mismo, así como la autoestima, relacionados ambos con la idea de autonomía. De esta manera, el respeto a sí mismo, además de ser pensado como un bien indispensable para la realización de las aspiraciones personales, es también un bien general de principal importancia.

Rawls al hablar de su teoría contractualista da un peso especial, como puede ser visto, a la idea de autonomía, a la autonomía como un bien general de principal importancia; a la igualdad, llevada a la práctica a partir de la posición original de los individuos.

Por su lado, Alan Gewirth retoma la idea de la universalidad inscrita en la teoría Kantiana, viendo cómo los bienes que la mayoría de la gente considere necesarios para personas en su misma situación responden a una concepción contractual ideal en la que dichos bienes son universalizados.

Tanto Rawls como Gerwith presentan un acercamiento deontológico, en donde la idea de un bien moral no es definida teleológicamente en términos de maximizar los bienes, sino al contrario, se centran en determinados principios que, basados en la autonomía, tratan a las personas como iguales. La gran diferencia entre ambos se encuentra en que mientras ambos están de acuerdo en un mínimo social y económico, uno cree que es por medio de la universalización de los principios, mientras otro cree que es por medio del contrato social. Lo rescatable, sin duda, es cómo este mínimo establecido por ambos tiene una fuerte conexión con la manera en que los Derechos Humanos son vistos y llevados a la práctica en estos días.

## 2.2 Derechos Humanos y sexualidad. Derechos Humanos y consumo de drogas

Es preciso en este punto del trabajo delimitar lo que se entiende por Derechos Sexuales y Reproductivos así como los derechos relacionados con las drogas, puesto que de aquí en adelante serán estas dos definiciones clave para el desarrollo del trabajo. En principio, se han tomado definiciones amplias respecto a ambos temas, en un afán de abarcar lo más posible en cuanto a los derechos concernientes a la sexualidad y las drogas. Así bien, la primera definición que da forma a este trabajo, los derechos sexuales y reproductivos son aquellos derechos que:

*“hacen referencia al derecho humano reconocido a expresar la propia sexualidad sin discriminación por motivos de orientación sexual. El derecho a la sexualidad reconoce el derecho a la libertad de orientación sexual de las personas y su diversidad, ya sea esta heterosexual, homosexual (lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero) (LGBT) así como la protección de esos derechos. El derecho a la no discriminación es la base del derecho a la sexualidad, pero está estrechamente relacionado con el ejercicio y la protección de otros derechos humanos fundamentales. Junto a los principios que se recogen en la legislación internacional sobre derechos humanos los derechos sexuales y el derecho a la sexualidad también aparecen reflejados en las declaraciones de la ONU sobre los derechos reproductivos y salud reproductiva” (OMS, 2002).*

En el caso de los derechos asociados al consumo de drogas, nos encontramos con algo mucho menos particular y específico, pero que puede ser delimitado de la siguiente manera, desde la perspectiva en la que son defendidos por una Asociación vocera de la causa, el Transnational Institute:

*“En lo que respecta a las drogas, nuestra postura es muy clara: el control de estupefacientes debería respetar los derechos humanos (...) Somos partidarios de descriminalizar el uso, la tenencia para uso personal y los delitos menores*

*de tráfico. Defendemos los enfoques de reducción de daños y abogamos por diferenciar entre sustancias en función de consideraciones de salud.*

*También apoyamos el principio de la proporcionalidad; un principio que debería ser evidente en todo caso pero que se perdió con el proceso de intensificación de la guerra contra las drogas: todas las personas implicadas en el mercado ilícito de las drogas –ya sean campesinos, comerciantes o usuarios– están plenamente amparadas por los derechos humanos” (Jensema, 2013).*

Con el fin de llevar este trabajo de manera sistemática, así como de más adelante referir a específicos derechos relacionados a las drogas, se ofrece una modesta categorización, con base en la definición anterior, sobre lo que constituyen los antes mencionados:

1. Derecho al consumo (descriminalización del uso)
2. Derecho a tenencia (descriminalización de la posesión)
3. Descriminalización del tráfico menor
4. Proporcionalidad de las penas al mercado ilícito de las drogas
5. Uso ritual descriminalizado
6. Diferenciación en las penas de acuerdo a una categorización adecuada de las sustancias ilícitas

En el capítulo anterior se explicó el punto en común que presentan la sexualidad y el consumo de drogas en las concepciones morales y de salud. En este apartado, se encuentra una explicación directamente relacionada con ellos cuando se hace referencia a los Derechos Humanos. Principalmente habrá que ocuparse de responder a las siguientes preguntas clave:

- ¿Por qué los Derechos Humanos protegen la sexualidad y tienen injerencia en el fenómeno de las drogas?
- ¿Cuáles son los retos que tienen los Derechos Humanos al proteger la sexualidad?
- ¿Cuáles son los retos que tienen los Derechos Humanos en cuanto al fenómeno de las drogas?

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Sin un afán de responder sistemáticamente a las preguntas anteriores, habrán de tomarse en cuenta, al momento de desarrollar los argumentos aquí presentados, y sobre todo, sus conclusiones.

La ley criminal descansa sobre el enforzamiento de la moral pública (Richards, 1982). Al momento en que muchos de los estudiosos de políticas de drogas defienden su injerencia en los Derechos Humanos, se percibe una casi inevitable referencia a la sexualidad como punto de encuentro. Primeramente, porque existen conductas consideradas inmorales cuya criminalización no tiene base legítima. Dichas conductas, como lo son las relaciones homosexuales consensuales entre adultos, han pasado la prueba y cuentan ahora con una protección de esta criminalización infundamentada (Sánchez-Moreno, 2014). Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la penalización del uso personal y de la posesión de drogas.

De acuerdo al Informe mundial correspondiente al año 2014 del Human Rights Watch, el que aún no se encuentre despenalizado este consumo y posesión conforma una falta directa al respeto a la autonomía humana y a los derechos a la privacidad que forman parte de lo establecido por los Derechos Humanos. Prohibir el uso de drogas es desde luego una arbitraria limitación al derecho a la privacidad, como se dijo antes. Especialmente, en los casos en los que se prohíbe a las personas que lo hagan en sus hogares, el derecho protegido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de ONU es violado. Bajo esta perspectiva, parece que la restricción y el castigo tienen más que ver con la persona que con sus acciones. Dos caminos les esperan a los consumidores de drogas: el primero es como un adicto, y el segundo, como un criminal (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014). El perseguir a los consumidores de drogas no parece ser de interés social, sino más bien encarar un caso de autonomía en la que el Estado no tiene – o no debería tener – intervención.

Asimismo, es un hecho que los consumidores de drogas se enfrentan a una situación de exclusión social y vulnerabilidad que deja poco espacio al respeto de sus derechos como ciudadanos (Arana y Germán, 2005). Muchas de las ocasiones en que estos problemas pretenden encontrar una solución desde un punto de vista que discrimina, la respuesta navega en las aguas del aislamiento social de esa población. Agregando a esto la separación insalvable que existe en algunos lugares entre la red de atención a drogodependientes y la red de salud mental, los casos de patología dual se escapa totalmente para los casos de personas

que la presentan. Lo anterior cobra una importancia mayor cuando se remarca que el porcentaje en las cárceles de personas con problemas mentales y con consumo problemático es muy superior al resto de la población. El porqué de este fenómeno puede ser explicado con una crítica directa a la prohibición, pues si el objetivo de una encarcelación es reformar a alguien con un tipo de consumo, el encarcelamiento en realidad lo que puede lograr es en un consumidor desarrollar un consumo problemático (ídem).

En este mismo tema, las condiciones de las cárceles dispuestas para los ofensores de delitos de drogas son desfavorables, sobre todo en Latinoamérica, en donde las encarcelaciones en masa se han venido dando. Las penas que estos reclusos reciben, además, son en su integridad desproporcionadas para los crímenes cometidos. El rechazo existente para que algunas alternativas a la prisión sean realmente consideradas son en realidad la causa a esta encarcelamiento en masa, violando los tratados de Derechos Humanos de forma directa cuando son sometidos a tratos inhumanos, crueles y degradantes (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014).

Además de esto, el dinero destinado a las políticas de drogas por los países parece ir dirigido a la creación de cárceles y no a la prevención. Al encarcelar a tal cantidad de criminales de drogas no violentos, el dinero en las cárceles es mayormente aprovechado. El aprisionamiento de estas personas cuenta tanto con un tanto represivo como con una nueva vulnerabilidad a enfermedades como el VIH o el SIDA.

Los crímenes relacionados a las drogas son considerados en algunos países, como Indonesia, como un crimen grave. Dicha categorización parece severa e inadecuada, y la pena de muerte que puede devenir de esta, sería, en mayor caso, una violación terrible a los derechos del encarcelado (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014).

Por otro lado, las operaciones militares promovidas principalmente por la hegemonía estadounidense en cuanto a la represión en la producción y distribución de drogas constituye una fuerte violación a los Derechos Humanos al momento de su realización (Brochu y Zambrana, 2005). La reducción de la regulación penal a estos fenómenos implicaría costos mucho menores para los Derechos Humanos, puesto que es la criminalización la que incrementa de manera drástica la rentabilidad de los mercados de drogas ilícitas y a la par conlleva a que grupos de organización criminal tengan una operación violenta y corrupta. Maneras alternativas de regular este mercado daría a los gobiernos la posibilidad de reducir

el poder de estos grupos y frenaría a la par las acciones gubernamentales que violan los Derechos Humanos con la bandera de estar siguiendo la llamada Guerra a las Drogas (Sánchez-Moreno, 2014).

Asimismo, el tratamiento y cuidado de los consumidores problemáticos deberá ser llevado a cabo de manera que se respeten los Derechos Humanos, de forma que las penas no sean excesivas ni se caiga en la violación a ciudadanos que han sido contra su voluntad en violación de sus derechos dentro de centros de detención de drogas. De acuerdo al Informe Mundial del Human Rights Watch del año 2011, existen algunos ejemplos claros de violaciones a los derechos Humanos en centros de rehabilitación, en los que los internos son golpeados, azotados y llevados a choques eléctricos en su detención (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014). De igual manera, a las personas que tienen una necesidad médica legítima de medicamentos controlados (i.e. morfina o metadona) deberá dárseles un acceso controlado a ellas (Sánchez-Moreno, 2014).

Aunque en teoría existe ya una protección a partir de las convenciones de drogas, en la práctica vemos una diferencia sustancial entre estas y los tratados con referencia a los Derechos Humanos. En primer lugar, desde que estas convenciones prohíben el uso privado de algunas sustancias, su derecho a que no se interfiera en su vida privada familia u hogar, es vulnerado, así como el derecho a no ser discriminado (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014). Lo anterior se verá con mayor puntualidad cuando se analice a detalle el Pacto de San José.

Estos tratados, en el nombre del derecho a la salud, condonan las acciones gubernamentales que buscan cumplir su obligación de prevenir una epidemia. Sin embargo, nos encontramos con que en realidad vulneran el derecho a la salud, siendo que las personas que pudieran necesitar tratamiento por el consumo de drogas se abstienen de buscarlo por miedo a ser arrestados o porque dicha ayuda finalmente les sería negada. A pesar de esto, no parece haber en los documentos oficiales de la ONU palabra al respecto o a la reducción de daños o medidas preventivas (ídem).

Los Derechos Sexuales y Reproductivos suelen estar relacionados principalmente con la defensa del Derecho a la Salud consagrado inicialmente en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2006). Sin embargo, son también parte de una defensa mucho mayor,

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

puesto que la identidad sexual ha pasado a ser el derecho de una persona comparable incluso con la libertad de expresión (Madrazo, 2010).

La identidad de género, al igual que la raza, la cultura y la situación económica de las personas conforman su identidad, y dicha identidad, en el espíritu de los Derechos Humanos, debe ser celebrada y reconocida. Dicho reconocimiento conlleva a la creación de normatividades y políticas que respondan de manera más adecuada a las necesidades particulares de las identidades y a su manera específica de concebir el placer y el dolor (West, 2000).

Existen estándares variantes de una cultura a otra de una aparente sexualidad legitimada, en donde una evaluación hacia la procreación, la intimidad, el consentimiento, el desarrollo personal y el deber religioso cobran distintos significados. Desde luego, aquellos que se encuentran al fondo en esa jerarquía de conductas aceptadas, generalmente sufren de una violación a sus derechos, desde el abuso hasta la discriminación. Los programas de salud suelen pasar por alto sus demandas y necesidades, mientras que su papel estigmatizado en la sociedad los lleva a sufrir de severas formas de represión. La pregunta sobre si las políticas o los estándares hacia la sexualidad legitimada tienen una base sólida persiste y falta de un escrutinio mayor que lleve a conocer si realmente existen sanciones basadas en un daño real o simplemente en la diferencia (Miller y Vance, 2004).

La idea de la desviación o de lo desviado en temas de sexualidad, como se comentó con anterioridad, constituye un estigma que viola los derechos fundamentales de las personas y que, en una doble discriminación, es relacionada con grupos raciales desfavorecidos. Al identificar el daño mayor que esta discriminación y estándares de valoración tienen, se puede claramente encontrar en la cúspide de estos daños a las intervenciones del Estado, sobre todo en lo referente al derecho penal (ídem).

A pesar de que los Derechos Sexuales y Reproductivos tienen ya un lugar en la discusión de los Derechos Humanos, es momento en que no se ha tocado la manera en que las propias personas, pertenecientes a minorías sexuales, perciben, valoran y necesitan intervención del Estado (West, 2000; Miller y Vance, 2004). Adicionalmente, la lucha por la liberación sexual es tan amplia, que no sólo comprende las necesidades de los desfavorecidos, sino incluso de aquellos que son privilegiados por su identidad. Lo anterior, puede restar alcance a las políticas ya existentes sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, aun cuando se refiera a un

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

ámbito de Derechos Humanos en el que ellos no son sólo una manera de luchar, sino también un ámbito en el que se debe luchar (Miller y Vance, 2004). Son las diferencias las que deben ser tomadas en cuenta al momento de legislar a favor de las minorías sexuales (Bartlett, 1994).

Aún en las Naciones Unidas y en los tratados referentes a los Derechos Sexuales, los términos empleados carecen de claridad, problema que también se presenta, por ejemplo, en los tratados concernientes a políticas de drogas en los que la categorización de sustancias suele ser no muy clara para los legisladores (Lee y Antin, 2011).

Las diversas sexualidades siguen sin una correcta protección de su derecho a la salud, sobre todo en lo concerniente al VIH y al SIDA. Todavía existe una injerencia de mentalidades religiosas en las leyes, sobre todo, como se dijo antes, en el derecho penal. De igual manera, existe una tensión entre los voceros de la lucha hacia la equidad, y aquellos que se encuentran en la lucha hacia una libertad avanzada concerniente a la sexualidad (Miller y Vance, 2004).

En conclusión, al menos en cuanto a los Derechos Sexuales y Reproductivos se refiere, es sabido que ya existe un marco de defensa por medio de los Derechos Humanos, y la liga existente entre unos y otros, al menos, parece ser medianamente clara. Al analizar el Pacto de San José, se verá que a pesar de gozar con una protección específica, incluso un tratado internacional puede contradecir algunos de los principios básicos de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Más allá de eso, la poca claridad y los retos que continúan son los ya enumerados arriba, que podrían resumirse en una inclusión aún mayor a las conversaciones de las minorías sexuales y dejar la idea de que se han traspasado todas las barreras discriminatorias o que violan la dignidad del ser humano.

Puede apreciarse en este capítulo una primera conclusión referente a los objetivos primordiales del trabajo. Más adelante, en el ejercicio de derecho comparado y comenzando por el análisis del Pacto de San José, los puntos en común dentro de los Derechos Humanos en temas de sexualidad y de drogas serán explotados. Sin embargo, desde ahora es importante señalar que las similitudes entre la forma en que ambos temas pueden contar con algún tipo de protección por medio de los Derechos Humanos es clara, así como las denominaciones actuales muestran que por un lado se cuenta con retos avanzados, y por el otro, retos iniciales, de reconocimiento.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Las modificaciones a las políticas de drogas con un marco en los Derechos Humanos son un tema ampliamente apoyado, sobre todo por ONG's y asociaciones afines. La sexualidad tiene su lugar y su protección en los Derechos Sexuales y Reproductivos; lo que le falta, podría ser descrito por algunos como de casi igual importancia que su reconocimiento: darle voz a los sujetos de estos derechos, a las minorías degradadas. En un futuro en el que parece que no habrá vuelta atrás para reconocer dentro de los Derechos Humanos de manera más específica el consumo y determinadas políticas de drogas, parece que el caso de los Derechos Sexuales y Reproductivos puede ser de mucho ayuda para un mejor planteamiento. En sus retos ya superados, puede encontrarse respuesta a los retos iniciales que enfrentan las drogas, en sus dificultades, un ejemplo de cómo opera actualmente el derecho internacional, y de cómo la protección de los Derechos Humanos requiere de mayor protagonismo.

### *2.3 Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Derecho substancial en la defensa de los derechos relativos al consumo de drogas y sexualidad*

Más allá de la forma institucional que pueda adoptar en los distintos ordenamientos, ya sea como derecho fundamental o como un principio informador del orden jurídico, en el derecho comparado y en el Pacto de San José, se ha entendido que el libre desarrollo de la personalidad otorga la posibilidad a cada individuo de determinar por sí mismo su proyecto vital, sin que el Estado pueda interferir en esas decisiones, salvo para salvaguardar derechos similares de las demás personas.

La Suprema Corte de Justicia mexicana, por ejemplo, ha considerado que la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el que todo individuo puede elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral,

así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009).

Sin embargo, dicha aproximación al concepto del libre desarrollo de la personalidad, sobre todo centrándola absolutamente en los documentos jurídicos, puede ser limitada, puesto que la personalidad es un concepto complejo, ya que no sólo confluyen en ella factores jurídicos, sino elementos éticos y psicológicos (Villalobos, 2012: 63).

No obstante, podemos decir que este derecho otorga al individuo, sea quien sea, un derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes. De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, definida ésta por el Diccionario de la Real Academia Española, como la singularización, el distintivo de la persona. Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo.

Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público (Poder Judicial de la Federación, México, 2009).

La primera implementación de este derecho a la doctrina jurídica se dio en Alemania, país que lo incorporó a su derecho constitucional como un derecho fundamental autónomo desde 1949, llevando a este país a ser el más desarrollado en la materia y aportando las primeras pautas definatorias a este concepto (Villalobos, 2012).

Dentro de la normatividad mexicana, el desarrollo de la personalidad, se encuentra tutelado en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución y que éstas no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que la misma establece, así como que “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”, la cual, como base y fundamento de los Derechos Fundamentales a proteger, estriban esencialmente en las disposiciones contempladas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto de San José.

La relevancia en el reconocimiento de este derecho estriba en que, sin el reconocimiento del Estado, la personalidad del individuo no puede ser totalmente desarrollada. Partiendo del punto de vista del interaccionismo simbólico, corriente iniciada por George Mead, en la que se establece que las conductas (o cualquier conducta) son resultado de una etiquetación social, instituyendo lo desviado y lo correcto en una especie de consenso general, la elección de una persona por un proyecto de vida o metas particulares, al encuadrar en una conducta no aceptada, e incluso, criminal, pueden ver limitada su libertad (Morales, 2010).

Esto es de especial relevancia en la presente investigación, puesto que las conductas partes de los dos fenómenos que atañen (sexualidad y consumo de drogas), estando en el espectro moral, han sido fuertemente etiquetadas como desviadas, y en su caso, delictivas, a la par que apoyadas por los discursos represivos de salud y morales, que derivan en restricciones penales o de otra índole.

La creencia de que sólo factores biológicos atañen a determinadas conductas, dejando de lado las aportaciones del interaccionismo simbólico, han ayudado a que dichas restricciones sean no solo intrusivas, sino totalmente equivocadas, e incluso perjudiciales; un ejemplo de lo anterior es la creencia de que casi todo consumidor de drogas es un adicto, y que dicha adicción responde específicamente a factores biológicos y químicos en relación tanto con la misma droga (demonizada), o con la persona, un absoluto enfermo (Weinberg, 2008).

De esta misma manera, se creyó no solo en el discurso científico, sino en el conocimiento popular, que el homosexualismo era, además de una conducta desviada de acuerdo al consenso general, una enfermedad, dotando, cuando bien les iba, a dichos enfermos de una compasión a su situación (i.e. Del Rio, 2010). Actualmente, en el intento de acallar una conducta entendida como desviada, se tienen instituciones que no solo fallan en empoderar a los adictos (ídem), sino que incluso castiga conductas que poco tienen que ver con un verdadero mal hecho a un tercero, o bien, a la sociedad. Si la pérdida del autocontrol es

definita por algunos como aquél rasgo distintivo de la adicción (i.e. Weinberg, 2010), entonces es equiparable un “desarrollo” obligado, coactivo.

El etiquetamiento a determinadas conductas y su efecto estigmatizante tiene un fuerte efecto en el campo del derecho penal, sobre todo si dentro de las mismas bases del interaccionismo simbólico se entiende que:

- 1) Los comportamientos delictivos no son diferentes a otros comportamientos sociales
- 2) Los procesos de etiquetamiento son producto de una realidad socialmente construida, en el que lo relevante es cómo el sujeto es tratado y visto (Morales, 2010: 169).

La relevancia de lo anterior se vuelve a remarcar: mientras un comportamiento sea visto como desviado, peligroso o dañino por el derecho penal, producto de un proceso de etiquetamiento, la personalidad del individuo pasa a una categoría reductiva de criminal, o en algunos casos de desviado o enfermo al cuidado extremo del Estado.

Al proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el sesgo al momento de castigar determinados comportamientos es reducido, cuando menos. De aquí la importancia en la protección de dicho derecho, y del reconocimiento en los documentos de derecho internacional público. En el capítulo siguiente, se verá en específico el documento analizado en este trabajo: el Pacto de San José, así como en su escritura, los derechos protegidos que guardan relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad aquí definido. A partir de esta señalización, más adelante se verá su cumplimiento e influencia en la normatividad escrita de los países analizados.

## **Capítulo 3: El Pacto de San José. Derechos Sexuales y Reproductivos, y derechos relacionados al consumo de drogas.**

### *3.1 Generales del Pacto*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José fue llevada a cabo con el propósito de lograr una consolidación al régimen de libertad personal y de justicia social en los países miembros de la OEA, basándose en los derechos fundamentales del hombre, es decir, en los Derechos Humanos. De acuerdo a la página oficial de la OEA (2015) y al preámbulo del documento, el Pacto constituye una manera de reafirmar principios que previamente han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales.

Asimismo, se entiende en el preámbulo del Pacto que los derechos esenciales del hombre no son producto de la legislación nacional de cualquier Estado, sino que son atributos de la persona humana, lo que requiere su protección internacional. En pos de esta creencia, y tras la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria en Buenos Aires, Argentina, en el año de 1967, donde una incorporación a la Carta de la Organización fue aprobada, dando mayor amplitud a las normas sobre derechos económicos, sociales y educacionales, se determinó que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara desde estructura, hasta competencia y procedimiento de los órganos encargados de la materia de Derechos Humanos (ídem).

Siendo así, se instituyó el Pacto, el cual está constituido por un preámbulo, del cual se han sintetizado los principales puntos; una primera parte, sobre los deberes del Estado y los derechos protegidos; una segunda que habla sobre los medios de la protección; y una tercera sobre disposiciones generales y transitorias.

A pesar de que la constitución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la par que los pormenores de su funcionamiento son parte fundamental del Pacto, este trabajo está centrado principalmente en los primeros dos apartados, tratando de lograr de manera

puntual una interpretación del Pacto en la que puedan sintetizarse los derechos relacionados con la sexualidad y las drogas. Dicha tarea, es material del siguiente apartado.

### *3.2 Derechos relacionados a la sexualidad y derechos relacionados al consumo de drogas en el Pacto de San José.*

El presente apartado sigue la siguiente temática: inicialmente se hace un recuento lineal y ascendente de los derechos contenidos en el Pacto de San José que protegen, limitan o guarden alguna relación con la sexualidad o las drogas; después, se realiza una breve interpretación referente a posibles inconsistencias en el mismo Pacto dentro de los derechos previamente enumerados. Finalmente se concluye sobre el análisis hecho al Pacto, para así dar paso al recuento de las legislaciones nacionales en el siguiente capítulo.

Así bien, en el Capítulo I, de la primera parte del Pacto, se encuentra en el Artículo 1 la obligación de respetar los derechos. El primer párrafo de este artículo dice a la letra:

*1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (OEA, 1968).*

Este primer artículo marca la pauta que regirá el resto del Pacto: la protección que brinda este instrumento internacional no se regirá por algún motivo que discrimine. El artículo hace énfasis a que no se podrá discriminar por sexo, entendiendo esto como una igualdad de sexos ante el Pacto. Si bien, explícitamente no está dicho que esto corresponda directamente a un Derecho Sexual y Reproductivo, se puede concluir que al hacer la mención de no discriminación por razón de sexo, se está ateniendo al Derecho Sexual específico de igualdad sexual, mismo que fue mencionado al inicio de este trabajo, y que definido por la OMS establece que “*el derecho a la no discriminación es la base del derecho a la*

*sexualidad*”. Por tanto, se puede entender que en un primer momento, el Pacto protege el Derecho Sexual a la no discriminación.

Dentro de este mismo artículo, si bien no se encuentra una mención específica a, ya sea, los consumidores de drogas, a los portadores de drogas (no comerciantes), a los traficantes menores o incluso a los presos con penas desproporcionales con crímenes relacionados a las drogas, sí se encuentra la mención de no discriminación por “motivos de raza”. Desde luego, esta no es una mención a las drogas de forma directa, pero puede ser aplicado a algunos casos en los que los crímenes asociados a las drogas suelen identificarse con una raza específica, bastando esto para una detención arbitraria (Arana y Germán, 2005; Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014; Labate y Rodrigues, 2014). Por tanto, el que se haga una mención a la no discriminación por motivo de raza, debe ser tomado como una manera de protección relacionada al fenómeno de las drogas.

De manera un tanto más vaga, el Artículo 1 hace mención a la no discriminación por motivos de “otra índole” y “posición económica”, en las cuales se encuadra otro tipo de detenciones arbitrarias ya sea para consumidores, portadores, e incluso minorías no relacionadas al consumo, porte o tráfico de drogas, pero que por estereotipos entrañados en las policías locales, resultan víctimas de detenciones e incluso penas formales.

En el Artículo 4 del Capítulo III sobre Derechos Civiles y Políticos, se encuentra el siguiente texto sobre el Derecho a la Vida:

*5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (OEA, 1968).*

Explícitamente, el quinto párrafo antes mencionado prohíbe la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez. Como se dijo al momento de definir los Derechos Sexuales y Reproductivos de acuerdo a lo dicho por la OMS, los Derechos Sexuales están íntimamente relacionados a la protección de una Salud Reproductiva. De acuerdo a la página oficial de la OMS (2015) en su apartado sobre Salud Reproductiva, dentro de la misma puede identificarse directamente la propuesta de reducción de mortalidad en recién nacidos. Desde luego, cuando se habla de mujeres en estado de gravidez, no hay referencia a recién nacidos.

La manera en que ese Derecho correspondiente a la Salud Reproductiva es aplicable, por tanto, cuando se busca que la mujer en estado de gravidez cuente con los cuidados y atenciones necesarios para reducir la mortalidad de los recién nacidos.

En este mismo Capítulo, el Artículo 5 sobre el Derecho a la Integridad Personal, establece que *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”* (ídem). Si bien, la proporcionalidad de las penas es tocada más adelante en el Pacto, este primer párrafo es importante de señalar en la hacer referencia a las ya mencionadas ocasiones en que las prácticas de las fuerzas policíacas, sin que esté dictada una pena formal, atentan contra la integridad física, psíquica y moral del individuo. Dicha práctica puede ser observada en muchas pericias; una vez más en este estudio se referirá directamente a las prácticas relacionadas con las drogas, en donde en un alto grado, se encuentran prácticas restrictivas que violan este derecho fundamental (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014; CUIPHD, 2012). El segundo párrafo de este Artículo, a su vez hace mención directa a la dignidad humana, misma que en muchos casos de detenciones por delitos de drogas es dejada totalmente de lado, tomando al traficante, al presunto adicto, al usuario, como un ser sin dignidad: un ser que puede matarse sin enfrentar responsabilidad moral o incluso legal (Medeiros, 2015) el cual si no resulta catalogado como adicto, lo hará como delincuente (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014).

El Artículo 6 del mismo Capítulo y apartado, sobre la Prohibición de la esclavitud y servidumbre, dice a la letra: *“1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”*. Una vez más se encuentra una protección directa a la mujer, parte de los Derechos Sexuales y Reproductivos, en donde se encuentra la igualdad de sexos. Al hacer una mención específica a la trata de mujeres se busca proteger con mayor énfasis la situación particular de la mujer en los casos de esclavitud o servidumbre, es decir, a la forma de sufrimiento específico del género<sup>6</sup>, y por lo tanto, una protección adecuada a los principios establecidos en los Derechos Sexuales y Reproductivos.

---

<sup>6</sup> La forma en la que la mujer enfrenta el placer y el sufrimiento constituyen algo distinto (West, 2000). Los delitos, por tanto, cuando tienen la modalidad de ir contra la mujer, han de ser tratados en sus respectivas características, repercusiones y prevenciones.

El Artículo 7 de este mismo Capítulo sobre el Derecho a la Libertad Personal establece en su tercer párrafo que: “3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios*”. Esto encuadra con una situación frecuente en los delitos relacionados a las drogas, en donde el encarcelamiento suele estar fundado en una serie de arbitrariedades, sobre todo de las fuerzas policíacas, que responden a fundamentos raciales e incluso de clases (Arana y Germán, 2005; Labate y Rodrigues, 2014; CUPiHD, 2012).

A continuación, se encuentra en el Artículo 11 del mismo Capítulo, que a la letra dice:

*Artículo 11 -- Protección de la honra y de la dignidad*

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Se ha decidido incluir todo el texto del Artículo, puesto que tiene especial relevancia cuando se habla del derecho de usuarios de drogas a consumirlas. De igual manera, como se vio antes, el derecho a la dignidad es el que da pauta a la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, mismo que toca las esferas en la defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos y de todas las esferas de defensa antes señaladas en la propuesta de derechos relacionados a las drogas (desde la autodeterminación, hasta el completar la forma de vida específica de la persona).

Especialmente, la injerencia arbitraria a la vida privada, es un punto de alto debate (Boiteux, Chernicharo y Alves, 2014); el consumo de drogas ilegales es parte de ese ámbito de la vida privada. No constituye un delito en prácticamente ninguna legislación, y desde luego no lo es en alguno de los cinco países del continente Americano que se analizan en Capítulos adelante. Por otro lado, la posesión de drogas, aunque constituye un delito, se trata de un delito que como se habló antes, al no tener daño a terceros no es siquiera prevenible con la pena.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Hay una clara referencia a las injerencias arbitrarias, materia diaria en las detenciones que guardan alguna relación con las drogas. En México la guerra a las drogas constituyó una serie de violaciones a este derecho durante el sexenio de Felipe Calderón (Labate y Rodrigues, 2014).

Más adelante en este mismo apartado, se verán algunas de las justificaciones que el mismo Pacto provee a las autoridades para poder tener esta injerencia en la esfera privada en el caso de las drogas, y se hará una breve reflexión sobre la norma que pudiera prevalecer en este caso de aparente contradicción.

Siguiendo en este Capítulo, el Artículo 13 establece el derecho a la Libertad de pensamiento y de expresión. Dice lo siguiente:

*Artículo 13 -- Libertad de pensamiento y de expresión*

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

A pesar de que el artículo anterior se refiere principalmente a la divulgación de ideas por distintos medios, existen algunos estudiosos del derecho que relacionan esta libertad con la libertad sexual y específicamente con un Derecho Sexual de igualdad ante la ley de la comunidad LGBTQ al momento de adquirir el derecho a contraer matrimonio, entre otros tipos de libertad de expresión (Madrazo, 2010). Lo anterior, al considerar que el matrimonio constituye, además de una serie de derechos y obligaciones para sus contrayentes, una idea que busca difundirse por medio de un procedimiento legal y que representa más allá de los lazos jurídicos que el contrato provee. La analogía hecha por Madrazo (2010) es que de ser estos lazos los únicos que se buscaran por parte de la comunidad LGBTQ en el caso mexicano, la Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal habría bastado para considerar una situación de igualdad. Sin embargo, ha sido necesario permitir expresamente la figura del matrimonio, constituyendo esto una libertad de expresión.

El Artículo 17 sobre Protección a la Familia, enuncia en sus párrafos tercero y cuarto:

3. *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

4. *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*

Primeramente, en el cuarto párrafo se encuentra una mención implícita contra los matrimonios forzados, los cuales, de acuerdo a la situación geográfica y social suelen ocurrir en perjuicio de la mujer (West, 2000). En el cuarto párrafo, también se habla de la igualdad de los cónyuges durante el matrimonio, protegiendo ahí el Derecho Sexual de igualdad.

El Artículo 18, sobre el Derecho al Nombre, señala que *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”*. La vinculación de este artículo a un Derecho Sexual es amplia. Sin embargo, por motivos de espacio, este trabajo se limita a señalar que dada la naturaleza extensiva de los Derechos Sexuales, en donde deben cubrirse las necesidades implícitas de las personas, incluyendo la identidad sexual, este Artículo puede significar no sólo una reafirmación del derecho a la libertad sexual, en donde el miembro de la comunidad transexual cambie su nombre a uno más adecuado a su sexo o identidad, sino que pudiera ser la pauta para más adelante hacer modificaciones a documentos legales en donde el sexo de las personas pueda ser modificado. Como bien señala Madrazo (2010), ya no sólo es la sexualidad fluida y modificable, sino inclusive caracteres sexuales que antes eran considerados dados sin oportunidad a cambio por la naturaleza.

Finalmente, y remarcando también el primer Artículo del Pacto, se menciona el Artículo 24 sobre el Derecho de Igualdad ante la ley, y en el cual se remarca que no existirá razón alguna de discriminación frente a la ley. Desde luego esto encuadra con lo establecido en los Derechos Sexuales y en casos relacionados a las drogas de no discriminación.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Dado lo anterior por sentado, cabe señalar que el Pacto cuenta con algunas contradicciones a sí mismo, mismas que han podido resultar en pos de una ambigüedad o confusión de términos, en una protección escueta de los derechos fundamentales. De manera breve, se analizarán algunos de estos ejemplos, y que en relación con los Derechos Sexuales y los derechos relacionados a las drogas, pudieran ser de alguna relevancia:

1. En el Artículo 12, párrafo tercero sobre libertad de conciencia y religión, se dice que *“La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”*. La limitación aquí hecha basándose en la moral pública representa un problema, especialmente cuando se habla de religiones que hacen uso de plantas que no son ilegales – mas su sustancia lo es – pero que son consideradas públicamente como, más allá de un problema de salud, “malignas”. El Pacto no ofrece una definición de moral pública que pueda ser llevada a la práctica, y brinda un poder discrecional a los países firmantes al momento de acatar el Artículo, sometiéndolo a la moral de las mayorías, que como se ha dicho anteriormente, nunca debe ser tomada como una verdad absoluta y mucho menos razón para desvincular a un grupo de un derecho fundamental.
2. De igual manera, el Artículo 13 sobre Libertad de pensamiento y expresión, señala que si bien la previa censura no debe ser permitida por el Estado, las responsabilidades ulteriores sí, y deben ser fijadas en la ley para asegurar, entre otros elementos como la salud, el orden público y la seguridad nacional, la moral pública. Esto representa un grave problema, cuando se analiza que los criterios que han llevado a determinadas drogas a la ilegalidad, así como a no sólo censurar sino a prohibir conductas relativas a la sexualidad tienen que ver con criterios morales (véase Capítulo 1). Este párrafo y esa limitación en específico, desde luego pueden ser usados para en el caso de la libertad de expresión llevar a responsabilidades posteriores, en este caso, la expresión del matrimonio entre personas del mismo sexo.
3. De igual manera, el Artículo 15 en este mismo Capítulo sobre el Derecho de reunión plantea que las mismas sólo podrán ser restringidas cuando atenten contra el orden

público, la salud, la seguridad o la moral pública. En este caso, las reuniones relacionadas a la comunidad LGBTQ como los clubes cannábicos pasan a otro nivel de desprotección del Pacto, basándose nuevamente en el concepto de moral pública. Mismo caso aplica en el Artículo 16 sobre Libertad de asociación, mudando los ejemplos anteriores a Sociedades legales.

4. El siguiente Artículo en este mismo Capítulo, sobre Protección a la familia, muestra claras contradicciones no sólo con el Pacto en sí mismo, sino con los Derechos Sexuales y Reproductivos que celebran la diversidad, y con ella, una idea distinta y contextual de la familia que ya viene desarrollándose y protegiéndose desde hace algunos años a través del análisis de los nuevos modelos de familia que el matrimonio homosexual ha abierto no sólo en cuestión social, sino legal (Saez, 2014). Lo anterior, puesto que señala explícitamente que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer. Si bien, el mismo artículo especifica que las condiciones de la ley interna por las cuáles se debe permitir el matrimonio no deben contravenir las disposiciones contra la discriminación en el Pacto, ya al inicio del mismo se especificó que el matrimonio sólo está permitido entre personas de sexos opuestos, contraviniendo su propio principio.
5. Finalmente, el Artículo 22 de este Capítulo sobre el Derecho de circulación y residencia, mientras asegura la libre residencia de los ciudadanos, también limita este derecho por la moral pública, pudiendo condonar acciones restrictivas a este derecho por policías locales, sobre todo en el caso de los consumidores de drogas o miembros de diversidades de la comunidad LGBTQ.

La anterior reflexión y análisis sobre el Pacto dan luz a varias conclusiones. En primer lugar, es notable que la relación entre los Derechos Humanos y el fenómeno de drogas es aún más tangible cuando se analizan los supuestos jurídicos específicos del Pacto. En el caso de los Derechos Sexuales y Reproductivos, existen menciones más específicas de las que claramente se derivan los objetivos concretos que persiguen estos derechos. También puede notarse la gran relación que existe entre los derechos que protegen la sexualidad y los relacionados con el fenómeno de las drogas. Específicamente, aquellos que hacen alusión a la autonomía de la persona, a la no discriminación y a la igualdad pueden ser encontrados en la defensa de los dos temas. Al respecto no debe pasarse por alto que en los presupuestos

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

principales que habrían de gestar lo que hoy conocemos como Derechos Humanos, los principios de autonomía, igualdad y libertad, destacan ampliamente. No está de más señalar que la paulatina ampliación de estos principios sin duda daría lugar a naciones que presentarían problemas menores de discriminación en el caso de los derechos sexuales y de violencia y criminalización en lo relativo a las drogas.

Por otro lado, se ve también que el Pacto da pauta a varias violaciones o medidas discrecionales de los países firmantes en los artículos en los que no sólo se contradice a sí mismo, sino que va en contra de varias disposiciones ya salvadas en algunas naciones, sobre todo en lo relativo a la unión matrimonial homosexual. La actualización y ampliación de los Derechos Humanos formalizada es probablemente el reto más grande al que se enfrentan los Derechos Sexuales y Reproductivos actualmente. La salvación a esto sería, como se dijo antes, la inclusión de conceptos más específicos y desarrollados, lo que puede ser logrado por la inclusión de las minorías en el debate y definición de derechos. No es accidente que se encuentren menores contradicciones de derechos en el Pacto en los relativos a las drogas, puesto que al ser estas ya ilegales, responden a esa moral pública, a esa idea de salud o de orden público coherentemente: en la criminalización. Nuevamente, queda claro lo poco protegidos que se ven los implicados en el fenómeno de las drogas por los Derechos Humanos.

### *3.3 Control de convencionalidad en México. Un ejemplo de aplicación de disposiciones internacionales en materia de Derechos Humanos*

La obligación general de respetar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto de San José y la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna, implica que los poderes del Estado, en su conjunto, deben cumplir con lo establecido en el tratado internacional.

El Control de Convencionalidad constituye, un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención Americana y la correspondiente interpretación que realiza la CIDH, interprete del último y definitivo Pacto de San José.

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la convención (y en general todas las autoridades) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y doctrina jurisprudencial de la CIDH, sobre el control difuso de la convencionalidad les facilita esa labor, para realizar interpretaciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al Pacto de San José y del corpus juris interamericano; incluso a no aplicar aquellas que contravengan de manera absoluta la Convención, para evitar de esta forma que el Estado al que pertenecen, sea responsable internacionalmente por violar compromisos adquiridos en materia de derechos humanos. Esto implica que los Derechos Humanos contenidos en el Pacto de San José y la interpretación de los mismos que se realice la CIDH deben irradiar su protección no solo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sino también a nivel nacional. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014a: 67)

Las obligaciones de respeto y garantía a los Derechos Humanos, se convierte en una fuente esencial de los sistemas de justicia constitucional nacionales debido a la nueva doctrina del “Control de Convencionalidad” que deben ejercer todas las autoridades dentro del marco de sus atribuciones y competencias. De ahí que estas obligaciones repercuten en el sistema integral de garantías para otorgar efectividad a los derechos y libertades fundamentales. Ante este nuevo paradigma, se espera que se aplique cotidianamente por todas las autoridades y con ello, sea una realidad el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades.

Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

La obligación de adoptar disposiciones internas complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.1 del Pacto de San José, relativas al deber de “respeto” y “garantía” de los derechos y libertades previstos en el Pacto, Así, estos dos preceptos no son excluyentes, sino complementarios, en la medida en que pueden, por sí mismos, generar responsabilidad Internacional a los Estados parte del Pacto (ídem: 72).

En este caso, a la luz del análisis del artículo 2° del Pacto de San José surge la doctrina de “control de convencionalidad” al estipular “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”. La CIDH, a partir de la obligación derivada de este precepto, estableció que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el Pacto, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Así, la Corte Interamericana determinó que “el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (ídem: 83).

La participación efectiva del Estado mexicano en la protección de los derechos fundamentales, a partir de la Reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de junio de 2011, en la cual, ha adoptado los medios de protección de los derechos fundamentales contemplados en el Pacto de San José, los tratados Internacionales y los contemplados en la misma Constitución Federal, a través de la protección de los derechos inherentes a las personas, contenido en el segundo párrafo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha establecido, el principio “pro homine”, el cual consiste en ponderar el peso de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites a su ejercicio (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013).

En estricto acatamiento a la reforma constitucional en materia de derechos humanos y su protección, todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, en caso de ser necesario, deben ejercer el control de convencionalidad para verificar si un acto de autoridad vulnera los derechos humanos.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Los parámetros para el ejercicio de control de convencionalidad, en el ámbito jurisdiccional, están contenidos en la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente varios 912/2010, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313, con motivo del cumplimiento de la sentencia pronunciada por la CIDH en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del índice de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los términos siguientes:

1. La firmeza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva, entre otros aspectos, de los artículos 62, numeral 3, 67 y 68 del Pacto de San José sobre Derechos Humanos.

2. Las resoluciones de dicha Corte (incluidos todos los criterios en ellas contenidos) son obligatorias cuando el Estado Mexicano haya sido parte del litigio.

3. Las demás resoluciones tienen el carácter orientador de todas las decisiones de los Jueces mexicanos, siempre en aquello que sea más favorecedor a la persona.

4. Éstos deben observar los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, así como la jurisprudencia nacional y acudir a la internacional para evaluar si existe alguna más favorable que procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

5. Todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por México, sino también por los previstos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

6. En el caso de la función jurisdiccional, al ejercer el control de convencionalidad, los Jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, pero están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

7. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente.

8. El ejercicio de dicho control presupone realizar tres pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, b) Interpretación conforme en sentido estricto, y c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012).

Ahora bien, como lo ha sostenido Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la valoración de las normas que disponen en un mismo supuesto, criterios contrarios, la posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos:

a) Interpretación conforme en sentido amplio: lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

b) Interpretación conforme en sentido estricto: lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011).

Lo anterior no afecta la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los Jueces, al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Si bien es cierto que, acorde con los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en el Pacto de San José, la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad, también lo es que subsiste el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes (por medio de juicio de amparo), por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014).

En concordancia con lo anterior, los Jueces nacionales deben inicialmente observar los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Mexicana, Pacto de San José y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse en lo particular, a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

En el siguiente Capítulo se hará un breve recuento de las legislaciones nacionales de cinco países del continente americano: Argentina, Brasil, Estados Unidos, Uruguay y México. El propósito: encontrar en su normatividad la aplicación del Pacto de San José, las contradicciones seguidas, las soluciones encontradas, las diferencias que las mismas presentan y que pueden responder a distintas causas sociales, geográficas e incluso morales; las tendencias evolutivas que se vislumbren, y finalmente, una simple valoración de aquellas aportaciones normativas que pudieran salvar algunos de los elementos de los problemas presentados en la protección de la sexualidad y los derechos relativos a las drogas.



## **Capítulo 4: Argentina, Brasil, Estados Unidos, Uruguay y México. Derecho comparado de su derecho constitucional y federal referente a sexualidad y drogas.**

Ubicarse en un espacio temporal presenta sin duda una serie de limitaciones; la identificación de las grandes preguntas de estos tiempos, de los problemas que a mayor cantidad de población agravan, o incluso los retos que como humanidad se presentan ya no sólo como una reflexión a la que pocos tienen acceso, sino como una cotidianeidad contradictoria en la que cualquiera pudiera ubicarse, parecen valer nada, mientras no se tome en cuenta la diversidad o los antecedentes. Incluso los argumentos que podrían parecer más fantasiosos deben ser examinados al momento de querer dar solución a los problemas actuales. Si algo ha enseñado la historia, es que en las mentes más libres se pueden encontrar los siguientes pasos de la historia mundial.

Como se estableció en la introducción, este trabajo, objetivamente, no se adentra en terrenos de soluciones fantasiosas o creativas que nazcan de un lugar distinto a la legislación. ¿Es esto limitativo? Probablemente. No se está agotando el universo de soluciones al problema de la sexualidad y las drogas ni siquiera a nivel derecho escrito, pero es un primer paso.

Las cinco naciones que en este capítulo son analizadas, han sido elegidas por una característica en cada una de ellas que propone la idea de una solución novedosa que no sólo ha sido concebida en la nación, sino que ya es parte de su ley.

Las ventajas de este aspecto oficial de las soluciones, es que la metodología de derecho comparado ha podido ser usada sin mayor problema en un sencillo primer acercamiento que de manera puntual explota lo ya establecido en el Capítulo 1 de este trabajo de investigación: salud y moral. Dos temas que unen a la sexualidad y al fenómeno de las drogas en una misma lucha o encasillamiento frente al Estado y que puede ser ubicado en las legislaciones a nivel federal, de manera práctica, en aquello que es penado (derecho penal) y en la legislación relativa a la salud – que, como será visto, varía de disposiciones y temáticas dependiendo del país en cuestión –.

Además de la revisión a estas legislaciones de los Estados Federales, se tomarán en cuenta las disposiciones generales en su Constitución que guardan relación con los dos

fenómenos en cuestión. Evidentemente, un acercamiento a esta normatividad es sustancial al momento de identificar si una norma a nivel federal cumple o no las disposiciones más amplias y generales que le dan forma al derecho nacional, así como dan forma a soluciones aplicadas en estos ámbitos que pueden o no ser ya parte de la legislación federal, pero que se encuentran de una vez en la Carta Magna.

La valoración que este Capítulo lleva a cabo, está plenamente relacionada con la protección a los Derechos Humanos que ha sido también analizada en Capítulos anteriores: tanto son tomados en cuenta los Derechos Humanos que guardan concordancia con la sexualidad y las drogas, como explícitamente los que han sido mencionados en el Capítulo anterior sobre el Pacto de San José, cuya relación con los fenómenos en cuestión también ha sido analizada.

#### *4.1 Argentina*

##### *4.1.1 Generales*

De acuerdo a la Constitución para la Nación Argentina (1994), Argentina está conformada por provincias (poder local) y un poder Federal. El poder gubernamental está dividido en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Por lo tanto, se entiende que el país cuenta con un medio de defensa accesible a los ciudadanos cuya división está conformada entre los organismos a nivel federal y nivel local. De igual manera, la división de poderes es total e irrefutable, sin que uno pueda tomar las funciones del otro.

Un estado actual de los Derechos Humanos con relación a la sexualidad y al consumo de drogas en Argentina, puede ser encontrado en el Informe Mundial de Human Rights Watch (2014) correspondiente a las actividades del 2013, donde se reporta que los mayores avances vistos en el país son los relacionados con los derechos de la comunidad LGBT, que son desde luego parte de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Han sido estos avances los que principalmente han llevado a la Nación Argentina a ser tomada en cuenta en este ejercicio comparativo.

Respecto al Pacto de San José, Argentina firmó el dos de febrero de 1984 con ratificación el catorce de agosto del mismo año. El instrumento de ratificación fue recibido

en la Secretaría General de la OEA el cinco de septiembre de 1984. Argentina realizó además un trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969. Dicha reserva consiste en no sujetar al Pacto las cuestiones inherentes a la política económica del gobierno del país. Asimismo, determina no revisar lo que los tribunales nacionales determinen como causas de “utilidad pública” e “interés social”, ni lo que los mismos entiendan como “indemnización justa” (Página oficial de la Organización de los Estados Americanos, 2014). Los pormenores de la adhesión de Argentina al Pacto, así como sus declaraciones interpretativas pueden ser encontrados en el Anexo B.

#### *4.1.2 Relativos a drogas*

La Constitución Argentina (1994), asegura en su artículo 18 que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Dicho ordenamiento de manera general limita y ampara los arrestos arbitrarios. En materia de derechos relativos a las drogas, esta garantía es de principal importancia, en conformidad con los derechos concedidos por el Pacto de San José.

Quizá el artículo con mayor relevancia en esta Carta Magna relativos a las drogas es la garantía de que las acciones privadas de los hombres que no ofendan al orden y la moral pública o perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados y dejados a un criterio divino para ser juzgados. Asimismo, se garantiza que ningún habitante de la Nación puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe. En el caso específico del consumo de estupefacientes, dicha garantía puede proteger no sólo desde la esfera del derecho a la privacidad, sino también desde el ángulo de que al menos en consumo no es penado.

La Carta Magna expresa además, de que estando al tanto de no contener todos los Derechos Humanos en ella, o los Derechos Humanos enumerados en el capítulo anterior del Pacto de San José que guardan relación con la sexualidad y las drogas, sí contiene en su artículo 33 una afirmación sobre cómo los derechos, declaraciones y garantías en el documento no negarán otros derechos y garantías que no estén enumerados, mientras nazcan del principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. Tal

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

aclaración, un resquicio de haber sufrido dictaduras en su historia, incluye claramente a los Derechos Humanos, cuya naturaleza extensiva es de cualquier manera parte de la legislación Argentina.

Garantiza además a los consumidores y usuarios de bienes y servicios un derecho en su consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a información adecuada y veraz, así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. El Derecho a la Salud es entonces protegido por la Carta Magna. Además, aplicado este artículo hacia los consumidores de drogas, se tiene una defensa directa, puesto que los usuarios, al no tener regulado el mercado por el Estado, se encuentran frente a un producto cuya calidad no puede ser medida de forma oficial. En este mismo sentido, el usuario de drogas no cuenta con una información adecuada sobre los efectos de lo que consume, y puede enfrentarse, incluso en relación a su consumo, en una situación de trato indigno.

En su artículo 43, la Constitución Nacional Argentina habla de una acción expedita y rápida de amparo, que puede ser llevada a cabo mientras no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que de alguna manera contravenga los derechos y garantías que la Constitución ofrece, así como un tratado o una ley. De esta manera, la Constitución garantiza un medio nacional para la defensa de los Derechos Humanos, no sólo hablando de los contenidos en el documento, sino también los que sean ampliados en legislación local, o bien, los contenidos en algún Tratado Internacional, como lo es el Pacto de San José.

El ordenamiento penal, es decir, el Código Penal Federal argentino (Código Penal de la Nación Argentina, 1984), en relación a las drogas, ofrece primeramente una clara represión a la realización de actividades denominadas chamánicas, o bien, a las correspondientes a la medicina tradicional o uso ritual de drogas, puesto que en su artículo 208 reprime con prisión de quince días a un año al que sin título o autorización pretenda curar o trate enfermedades de las personas aunque sea a título gratuito.

Las modificaciones al Código Penal Federal referentes al Narcotráfico, fueron hechas por medio de la Ley N° 23.737 (1989), promulgada el 10 de octubre de 1989. En ellas, se estipulan los crímenes específicos de narcotráfico, y ya no sólo encuadrando esto en algún tipo de asociación delictiva previamente estipulado en el código. A la vez,

se da una definición del término estupefacientes, entendiendo estos como estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica. La lista específica de dichas sustancias es elaborada y actualizada periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo argentino.

En esta ley, se castiga con prisión de cuatro a quince años al que "sin autorización" o con "destino ilegítimo" siembre, produzca, comercialice con estupefacientes o materias primas para producir estupefacientes, o bien, comercialice con plantas o semillas. También se castiga con la misma pena a quien suministre o facilite estupefacientes a título oneroso. Si se hiciera a título gratuito, la pena será de tres a doce años. Cabe señalar que como Argentina no tiene una reserva para uso ritual o medicina tradicional, este artículo pena directamente ambas actividades, al igual que el artículo 208.

Es digno de hacerse notar, que esta ley además reprime con prisión de dos a seis años al que pregone o difunda el uso de estupefacientes o induzca a otro a consumirlos, así como al que use estupefacientes con ostentación y trascendencia al público. El artículo no hace referencia a la manera en que esta difusión, inducción u ostentación pueden ser medibles, lo que se presta a detenciones arbitrarias o penas desproporcionales, sin que explícitamente el artículo hable sobre el actor realizando alguna conducta relacionada al tráfico de estupefacientes o siquiera directamente hacia el consumo, sino más bien a una expresión del mismo difícil de localizar.

Ahora bien, este ordenamiento penaliza la tenencia de estupefacientes con prisión de uno a seis años; en caso de que la cantidad sea escasa, y otras circunstancias sugieran inequívocamente que la tenencia es para uso personal, la pena será de un mes a dos años. Las cantidades específicas para que este supuesto aplique no son especificadas en el texto. La ley además habla de los casos en los que el condenado (no sólo de estos delitos, sino de cualquiera) dependiera física o psíquicamente de estupefacientes, se aplicará además de la pena, una medida de seguridad curativa, consistente en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo que se estime necesario, y sólo cesará por resolución judicial previo dictamen pericial. En estos casos de tenencia de estupefacientes, aún si la cantidad es mínima y para uso personal, puede acreditarse que el autor depende física o psíquicamente de la droga, y puede ser ingresado a

rehabilitación. Si el autor se rehabilita, no hay pena, si no se rehabilita en dos años, no sólo se le aplica la pena por tenencia, sino que sigue en rehabilitación el tiempo estimado necesario. Si el resultado del tratamiento es satisfactorio, se le exime de la aplicación de la pena. En caso contrario, y por falta de cooperación del autor, se le aplica la pena y se continúa con la medida de seguridad - el tratamiento - por el tiempo necesario, o sólo se sigue con el tratamiento.

Se establece además que un dictamen de peritos puede determinar si el que tiene en su posesión el estupefaciente hace uso indebido del mismo, o bien, es adicto. Esto, con el fin de proporcionar un tratamiento adecuado a su condición. La ley, sin embargo, no especifica en sí misma qué es entendido por un uso indebido y qué es entendido por adicción, ni en qué criterios se basan para determinar dichas diferencias durante los peritajes.

La aportación más notable en esta ley es precisamente la distinción hecha en el caso de tenencia de estupefacientes de usuario experimental, misma que no se hace frecuentemente en la legislación de drogas, puesto que todo consumo es visto como dañino, tomando al que posee el estupefaciente, como fue mencionado antes, o como un delincuente, o como un adicto. En el caso que esta ley propone, la medida de seguridad es educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. Dicho tratamiento educativo tendrá como fines el aprendizaje sobre comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes. A lo largo de tres meses, la autoridad educativa buscará que se implementen a los efectos del cumplimiento pleno de la ley. Sólo en caso en que el tratamiento no se considere satisfactorio, el autor deberá cumplir la pena fijada en la sentencia por tenencia de estupefacientes. De lo anterior, resalta el plan educativo sobre un uso responsable, lo que puede resultar sumamente útil para usuarios experimentales. Sin embargo, sigue siendo contradictorio que dicho uso responsable no pudiera ser llevado a cabo mientras la tenencia siga penada, a menos que se haga a espaldas de lo establecido en la ley, o bien, nunca sea sorprendido en el uso.

También la ley que modifica el Código Penal Federal (Ley N° 23.737, 1989) argentino habla sobre una reinserción total a la sociedad para aquél que haya incurrido en el delito de tenencia de estupefacientes, consistente en un resultado satisfactorio de medidas de recuperación, que puede llevar a la libración de un oficio al Registro

Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes.

Se autorizan en este ordenamiento un par de medidas extraordinarias a las autoridades judiciales, incluida la actuación en ajena jurisdicción para no comprometer el éxito de la investigación, así como la postergación de la detención de personas o el secuestro de estupefacientes cuando se estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación.

Como nota final al recuento de esta ley, cabe señalar que el artículo 31 relaciona directamente la lucha contra el narcotráfico y la prevención del abuso de drogas. A la vez, señala que el Ministerio de Educación y Justicia, en coordinación con el Ministerio de Salud y Acción Social, tomarán en cuenta en sus programas los diversos aspectos del uso indebido de drogas, teniendo en cuenta las orientaciones de los tratados internacionales suscritos por Argentina, las políticas y estrategias de los organismos internacionales especializados en la materia y los avances de la investigación científica relativa a estupefacientes y los informes específicos de la OMS. Algunos de estos elementos son fuertes en el discurso prohibicionista analizado previamente en este trabajo.

En cuanto a la legislación en materia de salud se refiere, la Ley Nacional de Salud mental Argentina (2010), establece que las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Asimismo, establece que las personas con uso problemático de drogas tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la ley, respecto a los servicios de salud.

Además, en sus disposiciones complementarias, establece que el artículo 482 del Código Civil debe ser modificado y establecer que no puede ser privado de su libertad personal aquél que sea considerado adicto, a menos que sea un caso de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros (lo que será evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial). Esto contradice lo dicho en el Código Penal con la reforma sobre tenencia y tráfico de estupefacientes, en donde sin que parezca existir un riesgo cierto inminente para sí o para terceros, se puede penar al que porta la sustancia.

El consumo de drogas en Argentina no está explícitamente penado, y la constitución expresa directamente que no puede prohibirse lo que no esté en la ley prohibido. De cualquier manera, la inmersión en un tratamiento de desintoxicación puede ser tomada o no como una pena o como un agravante en salud para el consumidor con problemas de adicción, por lo que de cierto modo, el consumo tiene consecuencias coercitivas de la ley respecto a su consumo.

Han sido dos fallos de la Corte Nacional Argentina los que han expresado el sentir del derecho en cuanto al consumo, tanto con argumentos que buscan penalizarlo en el primero de los fallos, como aquellos que buscan despenalizarlo al menos en el caso concreto de la resolución segunda. El primero de ellos, es el fallo Montalvo, cuyos hechos se remontan a 1986, cuando Ernesto Alfredo Montalvo tenía en su poder 2.7 gramos de marihuana mientras era detenido por sospechoso del delito de hurto, resultando en un fallo a favor de la criminalización del consumidor de estupefacientes y condenándolo a tres meses de prisión de ejecución condicional.

En dicho fallo, las normas jurídicas aplicables fueron: la ley 20.771 de estupefacientes, misma que fungió de 1974 a 1989, año en que fue derogada. Dicha norma discriminaba la tenencia ilegítima. Luego, la ley 23.737 sobre tenencia y tráfico de estupefacientes, misma que ha sido analizada previamente, y en la que también la tenencia es penada. Finalmente, la Constitución de la Nación Argentina que en su artículo 19, como se ha dicho anteriormente, expresa el derecho a la privacidad y además manda que nadie puede estar privado de lo que la ley no prohíbe.

Los argumentos que dieron forma al fallo, de manera resumida, fueron:

1. La tenencia de drogas para consumo personal trasciende los límites del derecho a la intimidad del artículo 19 Constitucional, puesto que el uso de estupefacientes ofende el orden y la moral pública y perjudica a terceros.
2. En el consumo de estupefacientes se configura el "peligro abstracto", es decir, que incita la trascendencia a terceros.
3. La tenencia de estupefacientes para uso personal atenta contra la salud pública.

4. Deben resguardarse no sólo la salud pública, sino un conjunto de bienes jurídicos, como lo son los valores morales, la familia, la sociedad, la juventud, la niñez, la nación y la humanidad.
5. El delito de tenencia de estupefacientes para uso personal no hace distinciones en cuanto a la cantidad puesto que siendo un delito de "peligro abstracto" atenta contra la moral, la salud pública e incluso la supervivencia de la nación.
6. La penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal no puede entenderse como autoritarismo, sino que es una acción directa contra el narcotráfico, por ser conducta atentatoria de la supervivencia del Estado.
7. La tenencia de estupefacientes implica sustraerse al control propio del Estado en el ejercicio de su poder de policía de salubridad, siendo que la tenencia es para uso, lo que implica destrucción del individuo y perjuicio de quienes lo rodean.
8. Los consumidores en grandes medidas atraen el tráfico, por lo que mientras haya consumidores habrá narcotráfico.
9. La actitud permisiva de otras resoluciones han incrementado el consumo, el tráfico y la actividad delictiva.

En el fallo que aquí criminaliza el consumo, los magistrados no tuvieron una resolución unánime.

El segundo fallo, es el fallo Arriola del año 2009, en el que tres hechos distintos de incautación de cigarrillos de marihuana se configuraron del 29 de octubre de 2005 al 26 de abril de 2006.

En dicho fallo, las normas aplicables fueron: la ley 23.737 de Tenencia y Tráfico de estupefacientes que ya ha sido analizada previamente; la Constitución de la Nación Argentina, también previamente mencionada y los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos como son el Pacto de San José en sus artículos 11, 25 y 29 (comentados antes), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo, arts. 15 y 17).

El fallo contó con unanimidad de los jueces de la Corte Suprema, y deja sin efecto la sentencia apelada, pronunciándose a favor de la despenalización del consumidor de

estupefacientes y declarando la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley 23.737. Algunos de los argumentos expuestos fueron:

- Cada adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución Nacional. La adicción puede afectar la libertad personal, pero ello no justifica la intervención del Estado.
- La peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.
- La tendencia que predomina en la legislación de los países de la región resulta totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del consumidor de estupefacientes y sin lesionar o poner en peligro concreto.
- Ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino lo comprometen a criminalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal.
- La estrategia de penalizar el consumo produjo respecto de los individuos criminalizados efectos negativos no deseados ya que produce un agravamiento de la adicción.
- El derecho a la salud, a la intimidad, a estar a solas y a disponer de su propio cuerpo poseen marco constitucional, la ley 23.737 los violenta. La adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados.
- No es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. Sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad.
- La actividad policial y judicial malgasta esfuerzos que deberían destinarse a combatir el narcotráfico.
- La decisión de la Corte no implica "legalizar la droga".

Tras dicho fallo y en relación al consumo de estupefacientes, se sentó precedente en la Nación Argentina, en el que, a pesar de hacer aún la relación directa entre consumo y narcotráfico, se toman ya en cuenta el derecho internacional, los tratados y pactos de los que la Nación Argentina es parte, y, en relación con todos ellos, la protección de los Derechos Humanos.

#### *4.1.3 Relativos a sexualidad*

La Constitución de la Nación Argentina (1994) hace una mención manifiesta de protección a un Derecho Sexual, al mencionar que existe igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, que serán garantizados por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral, es decir, aplican las cuotas de género como acción positiva.

En el Código Penal Federal (1984), el aborto aún está penado con tres a diez años al que lo realiza cuando lo hace sin consentimiento de la mujer, y puede elevarse hasta a quince años si la mujer falleciera. En caso de que haya consentimiento de la mujer, el que lo realiza es penado de uno a cuatro años, con una pena máxima de seis años, si la mujer falleciera. Como en México, el aborto necesario no es penado, o el que se realiza cuando la concepción es producto de una violación. Desde luego, el aborto provocado con dolo y violencia es penado con prisión de seis meses a dos años, y en caso de que la mujer sea quien se practica el aborto, este sigue siendo penado con prisión de uno a cuatro años; sin embargo, la tentativa de aborto de la mujer no es penada. En ninguna parte se define dentro del Código Penal lo que es considerado como aborto, por lo que tampoco es específico lo que se considera como el momento de la concepción.

El abuso sexual tomado en el Código Penal Federal difiere de la definición existente en el sistema mexicano, donde existe una distinción entre abuso sexual y violación sexual. En Argentina, ambos encarnan en la misma figura, en donde el agravante es el acceso carnal por cualquier vía, con seis a quince años de reclusión, y otros más que llevan la pena de ocho a veinte años, y entre los cuales destacan dentro de los fines de este trabajo, un daño en la salud física y mental de la víctima, incesto, ser portador de una enfermedad de transmisión sexual, o cuando el hecho sea cometido contra un menor de dieciocho años. Si el abuso sexual resultara en la muerte de la víctima, la pena es de cadena perpetua.

El Código además señala la figura dentro de los delitos protectores de la identidad sexual, la corrupción de menores, y la prostitución, en donde es penado el promovente o facilitador, tanto de menores de edad, como de mayores de edad que brindan su consentimiento, con mayores penas cuando el que se prostituye fuera menor de trece años, y cuando media violencia, engaño, o alguna forma de coerción, con una

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

pena de diez a quince años. La pena es menor para los casos en que se explotase económicamente a una persona, a pesar de que medie engaño, abuso u otra forma de coerción.

El exhibicionismo público está penado con prisión sólo si los afectados fueran menores de dieciocho años, con una pena de seis meses a cuatro años.

La retención con fines sexuales cuenta con una pena de uno a cuatro años. Cualquiera de los delitos contra la integridad sexual cuenta con pena también para aquellos que ayudaran a perpetrarlos, si estos tuvieran algún tipo de relación de dependencia, autoridad, poder, confianza o encargo. La pena en este caso será la misma del autor que realizó el delito.

Parte de los motivos para considerar los matrimonios ilegales en Argentina es el hecho de que se contraiga con un menor impúber. El representante que dé su consentimiento es penado en este sistema.

Existe prisión de dos a seis años para la mujer que finja embarazo o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden, lo que parece oponible directamente a quien se dijera padre del hijo, por lo que una pena de dos a seis años, mayor a otros delitos contra la integridad sexual, es excesiva.

Sin embargo, existe una preocupación por la mujer encinta, puesto que en el Código Penal Federal, es un agravante para varios delitos el que una mujer embarazada sea la víctima. Entre ellos se incluye el secuestro y el secuestro en busca de una recompensa.

Como se dijo en los generales sobre Argentina, los mayores avances de protección a los Derechos Humanos pueden verse en la defensa de los derechos de la comunidad LGBTQ. Dicha aportación, en materia de salud, puede ser encontrada en la Ley 26.743 (2012) sobre Identidad de Género, promulgada el 23 de mayo del 2012. En ella, iniciando, se da una definición sobre lo que es la Identidad de Género que a la letra dice:

*"Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del*

*cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales." (Ídem, s/p).*

Dicha definición otorga la debida libertad a la idea de sexualidad, depositándola en la elección del individuo, así como dando al sexo el adecuado carácter social y cultural al señalar su asignación al momento de nacer, pero que propiamente puede ser alterado después. Además, involucra elementos del desarrollo a la libre personalidad cuando se habla de expresiones de género a las que el Estado debe responder en pos de que dicho derecho se cumpla.

Lo anterior, puede ser expresado en el artículo primero de la ley mencionada, cuando se dice que toda persona tiene derecho a:

- "a) Al reconocimiento de su identidad de género;*
- b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;*
- c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada" (Ídem, s/p).*

Puede notarse que este derecho es plenamente protegido y guarda relación con el Pacto de San José, no sólo al momento de respetar el desarrollo a la libre personalidad y la identidad de género, sino que expande el derecho humano al nombre, desde que se busca una adecuada expresión de la identidad de género en documentos oficiales de identificación.

La ley establece entonces que este cambio a una adecuada expresión de la identidad de género puede ser solicitado por cualquier persona, desde un cambio al registro de sexo, hasta el nombre de pila e imagen, siempre que no coincidan con su identidad de género autopercebida. También establece requisitos, entre los cuales

destacan la mayoría de edad para llevar a cabo el trámite, una solicitud amparada en la ley, y el nuevo nombre de pila elegido. No es siquiera necesario acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial para realizar el cambio, así como tampoco lo es el acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Las personas menores de edad también podrán solicitar el cambio en sus documentos a través de sus representantes legales con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley nacional de protección a los niños. En el caso en que se negase el consentimiento de alguno de los representantes legales del menor de edad, se puede recurrir a una resolución judicial para que el cambio sea efectuado.

La ley, además de proporcionar efectos a terceros desde que el cambio se ha realizado, contiene una obligatoria confidencialidad, en la que se establece que sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del titular de la misma, o con orden judicial por escrito y fundada. No habrá de manera alguna publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en caso alguno sin que medie la autorización del titular. Con este apartado se protege la dignidad y la no discriminación del implicado a un nivel acorde a los Derechos Humanos en su máxima expresión.

Ahora bien, la ley no sólo contiene disposiciones sobre los cambios al acta de nacimiento, también estipula en su artículo 11 sobre el derecho al libre desarrollo personal, refiriéndose específicamente a las intervenciones quirúrgicas totales y parciales, o bien, tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida, sin necesidad de autorización judicial o administrativa. Acceder a este tipo de cirugías tan sólo requerirá el consentimiento informado de la persona que se someterá a ellas. Dicho consentimiento es manejado de la misma manera en que lo es para la rectificación en documentos oficiales. En el caso de los menores, además de dichos requisitos en el caso de no contar con el consentimiento del representante, es requerida una conformidad de la autoridad judicial competente a la jurisdicción.

En una conformidad absoluta con el Derecho a la Salud, el Derecho al Desarrollo libre de la personalidad, y con los Derechos Sexuales y Reproductivos, las cirugías de cambio de sexo son incluidas, de acuerdo a esta ley, en el Plan Médico Obligatorio de Argentina, o bien, en el que lo reemplace. Especialmente se hace hincapié en la obligación del Estado a brindar este servicio.

Finalmente, la ley hace en su artículo 12 el llamado a un trato digno de la identidad de género adoptada, siendo que la rectificación tenga efectos en todos sus documentos.

En general, la aportación en la Ley de Identidad de Género (2012) es la aportación más novedosa y protectora de los Derechos Humanos que brinda la legislación Argentina en los documentos revisados. La protección de la dignidad y los Derechos al libre desarrollo de la personalidad, así como el Derecho a la Salud, son un punto clave a tomarse en cuenta en otros países al momento de legislar, e incluso puede ampliar los Derechos Sexuales y Reproductivos dentro de esta misma nación.

## *4.2 Brasil*

### *4.2.1 Generales*

La República Federativa de Brasil (1988), de acuerdo a su Constitución, está conformada por estados, municipios y un Distrito Federal. Se constituye a sí mismo como un Estado democrático de derecho con los fundamentos de soberanía, ciudadanía, dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político. De acuerdo al mismo ordenamiento máximo, el país cuenta también con una división de poderes designados como legislativo, ejecutivo y judicial.

El artículo 4º de la Constitución habla directamente de cómo Brasil rige sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

*I. Independencia nacional;*

*II. Prevalencia de los derechos humanos*

- III. Autodeterminación de los pueblos;*  
*IV. No intervención;*  
*V. Igualdad entre los Estados;*  
*VI. Defensa de la paz;*  
*VII. Solución pacífica de los conflictos;*  
*VIII. Repudio del terrorismo y del racismo;*  
*IX. Cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad;*  
*X. Concesión de asilo político. (Ídem, s/p).*

En este mismo artículo, la República Federativa de Brasil alude a un deseo de integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina. Dicho señalamiento deja entrever una visión de derecho internacional, al menos a nivel regional, importante de señalar.

El país, además, ha sido uno de los miembros más recientes en adherirse al Pacto de San José, sin haberlo firmado propiamente, pero adhiriéndose y ratificando en la misma fecha: nueve de julio de 1992. Al respecto, también formuló declaraciones y un reconocimiento pleno de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mismos que pueden ser encontrados en el Anexo B.

La declaración hecha por el país no está relacionada a los derechos que ligan al país con los derechos referentes a la sexualidad y a la política de drogas. De cualquier manera, es importante señalar, nuevamente, que el país se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### *4.2.2 Relativos a drogas*

La Constitución brasileña de 1988 señala en su artículo primero, como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona. Como uno de sus objetivos fundamentales, la promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad, o cualesquiera otras formas de discriminación. Señala, como se expresó antes, la prevalencia de los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos, importante en el multiculturalismo

brasileño, así como para términos de este estudio, parte fundamental de la defensa del uso ritual de drogas.

La libertad de conciencia y creencia se encuentra también en este apartado, protegiendo además los locales de culto y sus liturgias, mientras que el derecho a la privacidad se enumera en la mención de la inviolabilidad de la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas.

También en el apartado de derechos fundamentales se condena el encarcelamiento arbitrario por motivo de discriminación, cuando se expresa que la ley castigará cualquier discriminación atentatoria contra los derechos y libertades fundamentales. A los presos se les garantiza el respeto a la integridad física y moral, así como la no privación de la libertad o de sus bienes sin el debido juicio legal.

El narcotráfico, a nivel constitucional, está considerado un delito no afianzable o susceptible de indulto o amnistía. De ellos, se dice, han de responder los incitadores, los ejecutores, y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran. Dentro de la normatividad brasileña, a los delitos con este tipo de repercusión se le considera un "delito repugnante" o "delito hediondo".

El derecho a la salud está consagrado en el capítulo sobre derechos sociales, de la mano del derecho a la educación, al trabajo, al descanso, a la seguridad, la previsión social y a la protección de la maternidad. Más adelante, se especifica que la salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizando mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo (reducción de daños) de enfermedad y de otros riesgos, y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación. En esta misma sección se especifica que el Sistema Único de Salud (SUS) participará en el control y fiscalización de la producción, transporte, guarda y uso de sustancias y productos psicoactivos (drogas), tóxicos y radioactivos.

El capítulo VIII sobre los pueblos indígenas, reconoce a los mismos su organización social, costumbres, lenguas, creencias tradicionales y los derechos de sus tierras. Al hablar de una protección a las costumbres, el uso ritual de drogas es a la par amparado. Más adelante en el mismo capítulo se dice además que las tierras de cualquier región del país en las que se localizaren cultivos ilegales de plantas psicotrópicas, serán expropiadas y destinadas al asentamiento de colonos para el cultivo de productos alimenticios y medicinales.

En el Código Penal Federal de Brasil (Código Penal Decreto-Ley N° 2.848, 1940), en contradicción con lo establecido constitucionalmente, pena el curanderismo, describiendo este como la prescripción, administración o aplicación habitual de cualquier sustancia, e incluso el empleo de gestos, palabras o cualquier otro medio, así como la designación de diagnósticos, con una pena de detención de seis meses a dos años. En este supuesto pueden entrar los tratamientos de medicina tradicional, así como los usos rituales de drogas, que como se dijo previamente, cuentan con una protección constitucional.

Por otro lado, y referente a la específica normatividad tanto en materia penal como de salud, desde el 27 de septiembre del 2006 entró en vigor la Ley N° 11.343 (2006), para reglamentar específicamente a las drogas, y a la que casualmente se le ha llamado “la ley antidrogas del 2006” (i.e. Boiteux) y cuyos principales objetivos son la normatividad de la prevención del uso indebido, la atención y reinserción social de usuarios y dependientes de drogas, establecer normas para represión a la producción no autorizada y al tráfico ilícito de drogas (narcotráfico), así como finalmente definir crímenes y dar otras directrices afines.

Establece como drogas a las sustancias o los productos capaces de causar dependencia, especificadas en las listas publicadas periódicamente por el poder ejecutivo. Prohíbe en el territorio brasileño la siembra, el cultivo, la cosecha y la planta en operación y sustratos que pueden extraerse, o drogas producidas, excepto en el caso de autorización o regulación legal, así como el establecimiento de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, sobre el uso de plantas estrictamente rituales o religiosas, en consonancia con la protección constitucional establecida, y a partir del cual, el uso ritual de la ayahuasca ha sido ya reglamentado (Boiteux, 2014).

La ley se encarga además de crear el Sisnad (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), el cual está encargado de coordinar las actividades relacionadas con la prevención de uso indebido, atención y reinserción social de usuarios y dependientes de drogas, así como de representación de producción no autorizada y de tráfico ilícito de drogas. Dentro de los principios del Sisnad se puede encontrar el respeto a los Derechos Fundamentales, especialmente aquellos referidos a su autonomía y libertad. Tiene además entre sus objetivos la promoción y la construcción de la socialización y el conocimiento sobre drogas en el país, punto que es destacado más adelante en varios artículos de la ley.

El tema de la prevención en la ley, destinado al título III establece que las actividades de prevención de uso indebido de drogas estarán direccionadas a la reducción de factores de vulnerabilidad y de riesgo para la promoción y el fortalecimiento de los factores de protección. Es decir, se guían por una temática de reducción de daños. Además, las directrices de prevención son expresadas como dispuestas a ser llevadas a cabo en caso de uso indebido (es decir, no establecen prevenir todo el consumo, sino el consumo indebido). Además busca seguir la adopción de conceptos objetivos con fundamentación científica como forma de orientar las acciones de los servicios públicos comunitarios y privados y de evitar preconceptos y estigmatizaciones de las personas que los servicios atiendan.

Al remarcar en sus directrices el fortalecimiento de la autonomía y la responsabilidad individual del usuario en relación al uso indebido de drogas, la ley aboga y reafirma su defensa de Derechos Fundamentales. De igual manera, sigue su lineamiento de emplear la reducción de daños como medio de intervención al proponerse adoptar estrategias preventivas diferenciadas y adecuadas a las especificidades socioculturales de las diversas poblaciones, así como a las diferentes drogas utilizadas. Implanta además proyectos pedagógicos de prevención del uso indebido de drogas en las alianzas de Directrices Curriculares Nacionales en los conocimientos relacionados a las drogas.

En cuanto a las atenciones de usuario dependiente de drogas, se señala también el objetivo de mejoría en la calidad de vida y de reducción de riesgos y daños asociados al uso de drogas. También busca la Reinserción social del usuario o dependiente de drogas y la integración o reintegración en redes sociales, así como la protección y respeto al usuario y al dependiente de drogas, independientemente de cualquier condición, a sus Derechos Fundamentales.

La ley, en cuyo preámbulo especifica su naturaleza de atención y definición de penas y delitos, establece en su apartado de delitos, primeramente la despenalización (mas no descriminalización) del consumo de drogas, al expresar que a quien adquiera, guarde, tenga en depósito, transporte o traiga consigo, para uso personal, drogas sin autorización en desacuerdo con determinación legal o reglamentaria será sometido a:

- a) advertencia sobre los efectos de las drogas
- b) prestación de servicios a la comunidad
- c) medida educativa en programa o curso educativo

Las mismas medidas aplican para el que para consumo personal siembra, cultiva o tiene plantas destinadas a la preparación de pequeñas cantidades de sustancia o producto capaz de causar dependencia física o psíquica. Dicha pena podrá extenderse por un máximo de cinco meses, y en caso de reincidencia, de máximo diez meses.

Establece esta ley la necesidad de una licencia de autoridad competente para producir, extraer, fabricar, transformar y actividades análogas a la preparación de drogas o material destinado a su preparación, observadas las demás exigencias legales.

La importación, exportación, preparación, producción, fabricación, adquisición, venta, exportación para venta, ofrecimiento, tenencia en depósito, transportación, traer consigo, guardar, prescribir, entregar para consumo, drogas, aunque sea a título gratuito, sin autorización o en desacuerdo con determinación legal o reglamentaria, enfrenta una pena de reclusión de 5 a 15 años más multa. La misma pena se aplica a quien realiza las actividades con producto químico destinado a la preparación, al que cultiva, al que utiliza local, o bien, lugar de cualquier naturaleza para guardar, administrar, vigilar, a título gratuito o no, para el tráfico ilícito de drogas.

La inducción, instigación a auxilio a alguien para el uso indebido de drogas tiene una pena de detención de uno a tres años, más multa. Asimismo, el ofrecer droga, aunque sea sin fin de lucro, tiene una pena de detención de seis meses a un año, más multa. La pena en delitos de esta índole puede ser rebajada de un sexto a dos tercios, siempre que sea autor primerizo, de buenos antecedentes, que no se dedique a la actividad delictiva o forme parte de una organización criminal.

En cuanto a dichas organizaciones, la asociación de dos o más personas para el fin de practicar reiteradamente un daño en los supuestos previstos tiene una reclusión de 3 a 10 años más multa, mientras que el financiamiento para alguno de los crímenes mencionados cuenta con una pena de ocho a veinte años, más multa.

Desde luego existen agravantes para estos delitos, entre los cuales destacan:

- Evidencia de facto en la transnacionalidad del delito
- El autor del crimen, ayudándose de su función pública, ser educador, poder familiar, guarda o vigilancia, practica el crimen
- Si el crimen es cometido con violencia, grave amenaza, arma de fuego, o intimidación
- Si el tráfico se da entre estados de Brasil

- Si se involucran adolescentes o personas con disminuida capacidad de entendimiento

Las mayores aportaciones que esta ley ofrece en defensa de los Derechos Humanos con relación a las drogas son: despenalización del uso personal de drogas, defensa directa del uso medicinal y ritual de drogas, establecimiento de acciones de prevención y atención con base en la reducción de daños.

#### *4.2.3 Relativo a sexualidad*

Primeramente, el título en la Constitución brasileña sobre derechos y garantías fundamentales contiene los principios de no discriminación, así como de igualdad entre el hombre y la mujer en derechos y obligaciones.

Dentro del apartado sobre la Previsión Social, la maternidad cuenta con protección (especialmente a la gestante) dentro de los planes de previsión social y los temas que atienden los mismos. En este mismo apartado se especifica que dichos planes atenderán además la pensión por muerte del asegurado, hombre o mujer, al cónyuge o compañero y dependientes, notándose en lo anterior la inclusión del término compañero como acreedor de este derecho, pudiendo dar entrada a las uniones homoafectivas o de índole distinta a la heterosexual.

La familia, protegida por el Estado, es reconocida en la Carta Magna como la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. Dicha definición, cuenta ya con una interpretación favorable a los Derechos Sexuales y Reproductivos por un criterio de la corte a tratarse más adelante.

En el mismo capítulo de protección a la familia, se expresa que los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal serán ejercidos con igualdad por el hombre y por la mujer. Además, con fundamento en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable, la planificación familiar es considerada como libre decisión del casado, correspondiendo al Estado propiciar recursos educacionales y científicos para el ejercicio de este derecho. Se prohíbe adicionalmente cualquier actuación coactiva por parte de instituciones oficiales o privadas.

Conjuntamente, el Estado se garantiza a proporcionar en el marco de la protección de la familia, la asistencia adecuada a los miembros, creando mecanismos para evitar la violencia en el ámbito de sus relaciones. Dicha protección, estadísticamente, favorece más a las mujeres en la relación, puesto que son aquellas que comúnmente resultan víctimas de dicha violencia. Se protege además el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente.

La legislación penal Federal brasileña (Código Penal Decreto-Ley N° 2.848, 1940), en cuanto a los Derechos Sexuales y Reproductivos, señala primeramente como delito al considera al aborto. Así bien, provocar en sí misma un aborto o consentir el mismo tiene una pena de uno a tres años. Sin el consentimiento, la pena pasa al que realiza el aborto con una pena de tres a diez años. Si se cuenta con el consentimiento de la gestante, la pena para el que realiza el aborto es de uno a cuatro años. Es tomado como falta de consentimiento si la gestante es menor de 14 años, si es débil mental, o si el consentimiento es forzado de alguna manera. La pena puede ser un tercio mayor si el aborto provoca lesiones graves en la madre o resulta en la muerte de la misma. El aborto necesario (entendiéndose por este, el que es el único medio para salvar la vida de la gestante) no es penado, ni el que se hace por un embarazo producto de violación.

El delito de violación, parte de los crímenes contra la libertad sexual, consiste en este ordenamiento en obligar a una mujer a realizar la relación carnal, mediante violencia o grave amenaza. Nótese que este delito está pensado específicamente contra la mujer, y no contra el hombre que pudiera encontrarse en una situación análoga. La pena a este delito es de seis a diez años de prisión.

En el mismo capítulo se castiga el atentado violento al pudor, entendiéndose por este al acto libidinoso con violencia distinto al acto sexual, con una pena de prisión de seis a diez años. En este supuesto, el atentado contra un hombre sí se encontraría previsto.

La posesión sexual mediante fraude, consistente en tener relación sexual con una mujer mediante el fraude tiene una pena de reclusión de uno a tres años. Si es contra mujer virgen menor de 18 y mayor de 14 la pena es reclusión de dos a seis años. Existe además el delito de atentado al pudor mediante fraude, definido como el acto libidinosos distinto a la relación sexual con pena de reclusión de uno a dos años y agravante si la víctima es menor de 18 y mayor de 14 con una pena de dos a cuatro años.

En la legislación penal federal, el acoso sexual está tipificado, y es definido como la acción de constreñir a alguien con el intento de tomar ventaja para un fin sexual, prevaleciendo una característica de condición jerárquica superior o ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función. La pena establecida es de uno a dos años.

La corrupción de menores con relación a la sexualidad está también penada en el código, castigando la corrupción o facilitación de la misma de un mayor de 14 años y menor de 18 años, para la práctica libidinosa o la inducción a practicar un acto de esta naturaleza, o bien, presenciarlo. La pena aquí establecida es de reclusión de uno a cuatro años.

Con una pena de prisión de uno a tres años, la mediación para satisfacer lascivamente a otro está establecida en el mismo código. Contiene como agravante, al igual que en los casos anteriores, la edad del afectado, así como la relación con el mismo, subiendo la pena de dos a cinco años. Asimismo, el ejercer la acción con violencia, grave amenaza, por medio de fraude o con fines de lucro, aumenta la pena de dos a ocho años.

El favorecimiento a la prostitución está también penado para el que induce o atrae a alguien a la prostitución, facilita o impide que la abandone, con prisión de dos a cinco años. En los casos de casas de prostitución, aunque no exista intención de lucro o mediación directa del propietario o gerente, se aplica una pena a quien mantiene estos establecimientos con reclusión de dos a cinco años y multa. La pena para el que tiene provecho directo por la prostitución ajena (rufianismo) la pena es de reclusión de uno a cuatro años y multa. Finalmente, el tráfico internacional de personas para ejercer la prostitución cuando con pena de tres a ocho años más multa.

Como nota importante, se señala que la Ley Orgánica del Sistema único de Salud de Brasil (1990), establece directamente el derecho de la mujer embarazada a estar acompañada durante todo el parto y el pos parto, en pos de una protección de los Derechos Reproductivos de la mujer embarazada.

En lo referente al matrimonio entre personas del mismo sexo, se hace una breve mención en este apartado, a pesar de que dicha disposición corresponde a la ley civil de los Estados analizados, puesto que en Brasil, la resolución que de facto reconoce la unión entre personas del mismo sexo, lo hace a partir de un Acta de Inconstitucionalidad (2011) emitida por el Tribunal Supremo en mayo de 2011, y que ha sido mencionado previamente al hablarse de la disposición constitucional.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Dicha resolución, atentando directamente contra el artículo constitucional brasileño que establece la unión matrimonial entre el hombre y la mujer, tiene como sus principales puntos acordados los siguientes:

- Es prohibida la discriminación de las personas por razón de sexo.
- Debe existir el reconocimiento del pluralismo como un valor sociopolítico y cultural.
- Cada persona cuenta con la libertad para vivir la propia sexualidad, parte de los derechos fundamentales del individuo, en la autonomía de la voluntad, derecho a la intimidad y a la vida privada.
- Debe existir un tratamiento constitucional a la institución de familia. La Constitución brasileña protege la figura de la "familia", pero no necesariamente se refiere a una visión ortodoxa. La familia debe ser vista como categoría socio-cultural y principio espiritual.
- Debe prevalecer el derecho subjetivo a constituir familia con una interpretación no reduccionista.
- La norma Constitucional que se refiere al matrimonio establecido entre hombre y mujer, lo hace para especificar la protección de la última. El propósito constitucional es establecer relaciones jurídicas horizontales sin jerarquía entre las tipologías del género humano. Debe por lo tanto existir una identidad constitucional de conceptos de entidad familiar y familia.
- Reconocimiento de la unión homoafectiva como familia.

Dentro de las argumentaciones a cada uno de estos puntos, la defensa de los Derechos Humanos fue fundamental para proteger la autonomía de la voluntad, además consagrada a nivel constitucional, así como una interpretación extensiva de los derechos, misma que es parte también de los preceptos constitucionales, cuando se señala al final de su capítulo sobre Derechos Fundamentales que no se excluyen otros derechos y garantías derivados del régimen y los principios por ella adoptados, o bien, de los tratados internacionales de los que Brasil sea firmante.

### *4.3 Estados Unidos*

#### *4.3.1 Generales*

Los Estados Unidos de Norteamérica constituyen un caso especial tanto su forma de gobierno, como en la familia jurídica a la que pertenecen. En primer lugar, porque la ventaja económica con la que cuentan lo pone aparte del resto de los países tomados en cuenta para este estudio, aunado a un multiculturalismo que tiene sin duda consecuencias tanto en el derecho, como en la cultura y la sociedad.

En segundo, por las particularidades históricas de las que es dueño: a partir de su independencia, se sentaron algunas bases para lo que más adelante habrían de ser los Derechos Humanos en conjunto con las ideas extraídas de la emblemática revolución francesa (Di Ruffior, 1975). Además, la familia jurídica a la que pertenece contiene algunas variaciones que difícilmente pueden considerarlo un sistema afiliado y más bien novedoso.

De acuerdo con su constitución política (1787), también el poder gubernamental está dividido en tres: legislativo (depositado en dos cámaras de representantes), ejecutivo (depositado en el presidente y vicepresidente) y judicial (depositado en cortes, teniendo a la Suprema Corte de Justicia como su máximo organismo), cuya separación es inalienable. El país, además, está dividido en estados y federación.

Como se dijo antes, en cuanto a la familia jurídica, aquí hay una variación con el resto de los países latinoamericanos, quienes fueron conquistados por España y Portugal y por lo tanto pertenecen a la familia jurídica romano-germánica en el subgrupo correspondiente al Código Napoleónico.

Entre las principales características de esta familia jurídica se encuentra la de una armonía en sus elementos esenciales. A esta familia pertenecen los países que fueron en algún momento colonias inglesas, así como a los integrantes de la Commonwealth (Hertel, 2009). Dentro de ella, se encuentran también algunos subgrupos. En uno de ellos, especialmente nombrado Common Law estadounidense, prueba de cómo el país durante más de 200 años desarrolló su propio derecho. Puede decirse que este subgrupo es el que más se diferencia de su sistema originario, el Common Law inglés (ídem).

Respecto a su adhesión al Pacto de San José de la OEA, Estados Unidos firmó el seis de enero del año 1977, sin haberlo hasta la fecha ratificado, es decir, sin haber completado en su totalidad la adhesión al Pacto. Dicha acción, común en Estados Unidos, limita la aplicación del Pacto en su legislación nacional.

El análisis que se hace a continuación de la normatividad estadounidense no se ubica de manera estricta, como en los casos anteriores, en la normatividad federal en materia penal y de salud, así como en su constitución. La Constitución Federal es analizada en un principio, más el resto de los casos presentados, dado que no existe una norma federal para el campo de la salud o lo penal, trata de ubicar los supuestos en que los Derechos Sexuales y Reproductivos, así como los relacionados con las drogas, en la manera en que el Estado interviene en ambos temas, pero de una manera un tanto más particular, tomando en cuenta resoluciones que marcan pauta para la protección de ambos derechos, así como normatividades específicas de los estados, o si los hubiere a nivel Federal.

#### *4.3.2 Relativos a drogas*

La Constitución de los Estados Unidos (1787) en su primera enmienda establece que no hará ley alguna por la que se adopte una religión como oficial del Estado, o se prohíba practicarla libremente o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, así como el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente. En este sentido, las religiones que hagan uso ritual de drogas cuentan con un grado de protección constitucional.

La cuarta enmienda, que a la letra dice “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas” (ídem, s/p) protege la privacidad de los ciudadanos estadounidenses de la acción de Estado. Lo mismo puede ser visto en la enmienda quinta (sobre no pena sin debido juicio).

En su enmienda XIV de julio de 1868, la Carta Magna establece además su cláusula de no discriminación, al expresar que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción gozarán de los derechos que la ley le otorga. Asimismo, no podrá Estado alguno dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos, o bien, privar al ciudadano de su vida, libertad, o propiedad sin el debido proceso legal. Esta protección de la ley, ha de ser igual para todos y tiene relevancia grande para la ampliación de los derechos de sus ciudadanos.

Ha de mencionarse que, a pesar de que los Derechos Fundamentales no son parte expresa de esta Carta Magna, la enmienda IX explica que no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos, ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo. De esta manera se legitima indirectamente el carácter expansivo de los Derechos en beneficio del ciudadano, así como se da apertura a la Corte y las legislaciones locales a constituirse en base a los Derechos Fundamentales.

En el caso de la legislación de drogas, puede encontrarse que en la reglamentación estadounidense hay fuertes variantes, producto de las legislaciones independientes por estado, que dan distinto tratamiento a los temas que dan forma a este estudio. En pos de conseguir un orden, se mencionará primeramente la ley federal en materia de drogas, para después traer a la mesa las legislaciones locales que en el mismo haber han legislado con distintos principios y soluciones.

La *Controlled Substances Act* (Acta de Substancias Controladas) (1970) constituye el estatuto que prescribe la política de drogas en el gobierno estadounidense a nivel Federal, en materia de sustancias prohibidas y salud relacionada con estupefacientes. Firmado por Richard Nixon en 1970, el acta además implementó legislación firmada en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

Dentro de las declaraciones hechas por el Congreso respecto a esta ley, se reconoce que algunas de las drogas incluidas tienen un uso legítimo en la medicina, para mantener la salud del pueblo estadounidense. Sin embargo, también afirma que la importación ilegal, manufactura, distribución y posesión, así como el uso inapropiado de dichas sustancias tienen un mal efecto en la salud pública.

Ubica el tráfico de las sustancias controladas en lo interestatal, así como en lo extranjero, y relaciona las actividades distintas al tráfico, como manufactura, elaboración y

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

distribución local con un efecto directo en el comercio interestatal. A los problemas que este tráfico puede provocar, así como a sus consecuencias, le atañe una intervención sustancial del control Federal.

Más adelante, se identifica un peligro involucrado con las actividades previamente descritas. Tomando el fenómeno del abuso de psicotrópicos como un problema en varios países, es esencial la intervención de los Estados Unidos para cooperar con otras naciones a establecer controles al tráfico internacional de dichas sustancias.

Como adicto, equipara al individuo que habitualmente usa cualquier droga narcótica al punto de comprometer la moral pública, la salud, seguridad o el bienestar, o bien, aquél que en su adicción al uso de narcóticos ha perdido el poder de controlarse. A su vez, define y da poder a la *Drug Enforcement Administration* (DEA por sus siglas en inglés) en el Departamento de Justicia, y le atañe el control de las sustancias, entendiéndose por ellas, cualquier droga u otra sustancia, o precursor inmediato. Dichas sustancias no incluyen destilados, vinos, bebidas de malta o tabaco. Cabe mencionar que al hablar el Acta de marihuana, se refiere a todas las partes de la planta *Cannabis*, las semillas, así como a sus derivados, sin contar en ellos los tallos maduros.

La misma Acta, da las listas de sustancias controladas, dividiéndolas de la siguiente manera, en concordancia con la Convención de 1961: schedule I (programa I), a su vez dividida en opiáceos, derivados del opio, sustancias alucinógenas; schedule II (programa II), dividida en a), opiáceos, y metanfetaminas; schedule III (programa III), dividida en estimulantes, depresivos, nalorfina, droga narcótica y esteroides anabólicos; schedule IV (programa IV); schedule V (programa V); list chemical I y II (lista de químicos I y II) y anabolic steroid (esteroides anabólicos).

El Acta, establece que debe existir una autorización en la manufactura, distribución, y almacenamiento de sustancias controladas. En este registro se incluyen aquellos que puedan hacer alguna de las actividades antes mencionadas, sometidas a inspecciones periódicas, y con distintos requerimientos dependiendo del listado en el que se encuentre la sustancia controlada en uso. Entre ellos, destacan las excepciones para el otorgamiento de dichas licencias, cuando se sospeche alguna actividad ilícita, o bien, se haya sido previamente condenado por algún delito relacionado con el control de sustancias.

La parte D del acta, se refiere específicamente a los delitos y sus penas. De manera general, queda expresado que, sin contar las excepciones antes mencionadas, será penado el que con conciencia o sin ella manufacture, distribuya, dispense o posea con intento de manufacturar, distribuir o dispense alguna substancia controlada, o bien, el que la cree, distribuya, dispense o posea con el intento de distribuir o dispensar una substancia falsificada. La pena a estos supuestos con diferenciación por substancia y cantidad (las mínimas expresadas en el Acta), será de no menos de diez años en prisión, y si muerte o lesiones graves fueran resultado del uso de dicha substancia, la pena no será menor a veinte años o más, con la respectiva multa. Adicionalmente, ninguna persona condenada a lo anterior, será elegible para libertad condicional durante su tiempo en prisión.

De igual manera, en el caso en que las cantidades excedan a las mínimas señaladas en el Acta por substancia, la pena de prisión será de no menos de cinco años y no más de 40 años. En caso de que se llegue a muerte o lesiones resultantes del uso de dichas substancias, la pena no será menor a veinte años o cadena perpetua, además de la respectiva multa. En este caso tampoco se podrá otorgar libertad condicional durante el tiempo de cumplimiento de condena.

En el supuesto de que la substancia controlada en cuestión pertenezca al programa I o II, la pena será a tiempo en prisión de no más de veinte años, y si muerte o lesiones graves estuvieran relacionadas con el uso de dicha substancia, la pena será de tiempo en prisión de no más de veinte años o más, con su respectiva multa. También en el caso anterior, la persona no podrá ser puesta en libertad condicional.

Si la substancia en cuestión fuera la marihuana, y la cantidad fuera menor a cincuenta kg, excepto de que se tratara de plantas de marihuana que excedieran ese peso, diez kg de hashish, o un kg de aceite de hashish, o bien, en el caso de una substancia controlada del programa III, la pena será de no más de cinco años, con su respectiva multa. En caso de reincidencia en este mismo supuesto, la pena no podrá exceder de diez años, más multa. Cualquier sentencia de los supuestos anteriores, en ausencia de condenas anteriores, impondrá una pena de libertad bajo supervisión de por lo menos 2 años, además de tal término de prisión y deberá, de haber antecedentes en el tema, imponer una pena de supervisión de al menos 4 años, además del término de encarcelamiento.

En caso de que la sustancia en cuestión correspondiera al programa IV, la pena no excederá los tres años más multa. También a la liberación les corresponderá una pena de supervisión de al menos dos años. De manera similar, si la sustancia es del programa V, el tiempo en prisión no será de más de un año, más multa. No habrá pena en prisión de más de dos años en prisión, para quien realizara el anterior supuesto tras haber tenido alguna condena, ya sea en los Estados Unidos o en otro país, relativo a narcóticos. El Acta además castiga la distribución de marihuana en pequeñas dosis, aunque sea a título gratuito, de la misma manera en que se castiga la mera posesión, como será visto más adelante.

El Acta prevé una pena civil por posesión de pequeñas cantidades de ciertas sustancias controladas, en las cuales, la persona que cargue una sustancia que aparente ser para uso personal, tendrá una multa que no exceda los diez mil dólares. Esta multa sólo podrá ser aplicada en dos ocasiones.

En los casos en que una persona se mantenga involucrada en una empresa criminal (narcotráfico), ya sea como administrador, organizador, o líder de dicha empresa, o bien, recibiera en su papel al menos diez millones de dólares durante un periodo de doce meses de su existencia de manufactura, importación o distribución de la sustancia, la pena será de cadena perpetua. La pena de muerte podrá ser aplicada, siempre que el homicidio esté involucrado. Al que involucre niños para distribuir drogas cerca de las escuelas o lugares de juego, la pena es de 21 años de prisión.

A manera de resumen, se enumeran en el Anexo C las penas que el Acta da para cada caso y sustancia en concreto.

La interpretación jurisprudencial hecha a la ley anterior, será ahora mencionada, destacando los tres casos que llegaron al respecto a la Suprema Corte estadounidense. Ha de notarse, que las primeras dos resoluciones se inclinan por una rígida aplicación de la ley, mientras la tercera muestra mayor flexibilidad. El primero de los casos, *United States v Oakland Cannabis Buyers' Cooperative* (2001), frenó al club cannábico (*Oakland Cannabis Buyers' Cooperative*) cuyo objetivo era brindar asistencia a los enfermos terminales, por medio de la aplicación de cannabis, basándose principalmente en la *California's Compassionate Use Act* (Acta de uso compasivo de California), la cual permitió a enfermos cultivar marihuana para su consumo medicinal.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

A partir de esto, el club cannábico de Oakland sembró y distribuyó la ilegal planta. Una vez que fue advertido sobre la contravención que este acto tenía con legislación federal, la cooperativa decidió seguir distribuyendo la planta, puesto que consideró injusto retirarla a los pacientes. La resolución de la corte fue finalmente que dado a que el Acta no contiene una cláusula de excepción para uso medicinal, o bien, una excepción por urgencia médica, no había manera de que la corte pudiera determinar lo contrario.

Aún más allá de esta resolución, en el caso *Gonzales v. Raich* (2005), la Corte determinó que no podía aprobarse el sembradío de marihuana para uso medicinal sin ser considerado un crimen, incluso si el estado en el que esto se realizara, contara con una excepción de uso medicinal de marihuana.

Finalmente, en el caso *McFadden v. United States* (2015) la Corte estimó que una persona no podría ser juzgada por crimen de producción de sustancia ilegal análoga, mientras dicha persona no supiera que la sustancia se encontraba en el listado de sustancias prohibidas enumeradas en el Acta. La resolución entonces dejó libre de delito a Stephen McFadden, quien, sin saberlo, estaba vendiendo sustancias análogas, prohibidas por el Acta.

Ahora bien, como se dijo antes, es preciso hacer una mención a los estados que ya han despenalizado el uso de alguna de las sustancias controladas antes mencionadas, especialmente porque los casos aquí mencionados son recientes y se basan en interpretaciones a sus constituciones estatales. En el caso de Colorado, el uso recreativo y medicinal de la marihuana es ya parte de su legislación. El primero desde 2012 y el segundo desde 1998.

A partir de la Enmienda 64 (Amendment 64 Use and Regulation of Marijuana Colorado USA, 2012) sobre el uso y la regulación de la marihuana, se hizo una revisión a la constitución de Colorado, en la que se permitió a persona mayor de edad (veintiún años de edad en Estados Unidos) consumir o poseer cantidades mínimas de marihuana. A la vez, se acordó proveer facilidades para otorgar licencias de cultivo, manufactura de producto, pruebas de producto y tiendas al por menor. Se permitió a los gobiernos locales llevar a cabo la regulación o prohibir dichas facilidades, a la vez que se acordó un impuesto para la venta de marihuana, y obligando a que los primeros 40 millones recaudados anualmente por dicho impuesto fuese destinado al capital destina a la construcción de escuelas públicas.

Entre los propósitos expresados en la publicación de la enmienda, destacan:

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- El interés de un eficiente uso de los recursos para hacer cumplir la ley, comprometiéndose en propósitos de orden público así como de libertad individual.
  - El interés en la salud y seguridad pública de los ciudadanos
  - Interés en poseer políticas racionales para el tratamiento de las variaciones de la planta de cannabis

Quedan por tanto despenalizados en Colorado la posesión, uso, visualización, compra o transporte de accesorios de marihuana, o una onza o menos de marihuana; la posesión, cultivo, procesamiento, o transportar no más de seis plantas de marihuana, con tres o menos plantas maduras con flores, y posesión de marihuana producida por las plantas en los locales donde las plantas fueron cultivadas, siempre que el cultivo tenga lugar en un recinto cerrado y no se realice abierta o públicamente o a la venta; la transferencia de una onza o menos de marihuana sin retribución a una persona de al menos veintiún años de edad; el consumo de marihuana, aunque se especifica que la sección no permite el uso en lugar abierto o público, o de manera que atraiga a otros a consumir; ayudar a otra persona de al menos veintiún años de edad en cualquiera de los hechos descritos antes.

La brevemente resumida enmienda de uso recreativo de marihuana en Colorado constituyó una continuación al uso medicinal de marihuana, previamente aprobado en el estado: la iniciativa 40 (Colorado Initiative 40, 1998), desde 1998 ya había declarado legal el uso medicinal de marihuana en Colorado y permitió la posesión de hasta dos onzas y cultivo de hasta seis plantas de marihuana para uso médico. A los pacientes, se les eximió de toda pena civil o criminal, e incluso se admitió para uso en niños, siempre y cuando tuvieran el permiso de sus padres. Con esto, se invalidó la regulación *Federal Food and Drug Administration* (Administración de drogas y alimentos) de la que forma parte el Acta de Substancias Controladas.

Finalmente, se menciona la iniciativa 502 de Washington de Julio de 2011 (Initiative Measure N° 502, 2011), la cual despenalizó a su vez el uso recreativo de marihuana. Entre sus propósitos, se señala el interés en dejar de criminalizar el uso de marihuana por adultos, y dar un nuevo acercamiento que permita recursos para el cumplimiento de la ley encausarse en crímenes de naturaleza violentos. Generar impuestos dispuestos a educación, salud

pública, investigación y prevención de abuso de la sustancia. Asimismo, se señala la importancia de tomar la marihuana de las manos de las organizaciones ilegales, para pasar el poder de regulación al Estado, de manera similar a la que controla el alcohol.

El resto de la enmienda a la Constitución de Washington se ocupa en los pormenores de esta reglamentación, en la que, al igual que en Colorado, se trata de dar facilidades para el cultivo y venta al por menor, y los requisitos para poder contar con una licencia en los procesos de cultivo y distribución, sin que esto pudiera significar que el consumo es permitido en los espacios públicos o a menores de edad.

#### *4.3.3 Relativos a sexualidad*

La Constitución de los Estados Unidos de América (1787), como se dijo antes, no menciona explícitamente los Derechos Fundamentales en su totalidad. Sin embargo, deja campo abierto para la interpretación a partir de varios de sus principios. En el caso particular de la disposición de la Carta Magna en defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, puede encontrarse que las enmiendas antes mencionadas (primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta), las cuales apelan a la privacidad y la libertad de los ciudadanos, son las que dan forma a las más novedosas formas de proteger en el país. Desde luego, estas mismas enmiendas son las que fueron tomadas en el apartado anterior al hablar de la legislación relativa a las drogas.

Una interpretación a dichas enmiendas en pos de los Derechos Sexuales y Reproductivos puede ser encontrada en el caso que abrió la lucha no sólo por el derecho de la mujer a la interrupción consentida del embarazo, sino al reconocimiento de la privacidad en materia de sexualidad: la emblemática sentencia de la Suprema Corte estadounidense al caso *Roe vs Wade* de 1973 (*Roe v Wade* 410 USA 113, 1973).

Dicho caso, presentaba a un mujer soltera y embarazada (*Roe*), que proclamaba la inconstitucionalidad en la Carta Magna texana, en pos de la Constitución Federal y sus cláusulas de privacidad, contenidas en las enmiendas primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta. *Roe* expresaba querer terminar su embarazo en institución establecida y por un médico profesional, yendo esto contra lo establecido en el código civil de Texas, en donde

se expresaba que el embarazo sólo podía ser interrumpido si ponía en peligro la vida de la madre. A esta demanda, se unió el profesional Hallford, quien tenía en su haber dos procesos en su contra por realizar abortos. Finalmente, se le concedió la razón a ambos, estableciendo que las leyes estatales criminales sobre el aborto, violan la cláusula de debido proceso, contenida en la Enmienda catorce de la Constitución Federal, la cual protege de la acción Estatal contra la privacidad del individuo, y en esa privacidad, puede encontrarse el derecho de la mujer a terminar su embarazo.

Esta sentencia, así como las razones dadas por la Suprema Corte para inclinarse por el veredicto, dejan en claro la protección no expresa en la Constitución estadounidense a la privacidad, lo que no sólo tiene manifestaciones en aspectos de aborto, sino como se dijo antes, de la constitución y protección de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

En el mismo sentido, el derecho a la privacidad y a la libertad prevaleció en la sentencia Eisenstadt vs Baird de 1972 (Eisenstadt v Baird, 405 USA 438, 1972), en la cual se buscaba condenar a una mujer que tras su conferencia dio anticonceptivos a sus estudiantes. De acuerdo a la ley de Massachusetts, el otorgar a alguien droga, medicina o instrumento para la prevención de la concepción constituía un delito, con las excepciones de que se tratara de un profesional registrado otorgándolos a una persona casada, o bien, un farmacéuta registrado lo vendiera a una persona casada presentando la prescripción de profesional de la salud.

La Corte de Distrito estableció que dicha prohibición constituía una violación a los Derechos Humanos Fundamentales, al negarle a una persona no casada el acceso a anticonceptivos por el simple hecho de no ser un distribuidor autorizado, o una persona con la capacidad de otorgarlos. Debió además buscar bases para autorizar el uso de anticonceptivos, distintas a la idea de la santidad del matrimonio.

Se concluyó por tanto que la convicción no nacía de una medida de salud, y que no otorgar por igual anticonceptivos a personas casadas y no casadas, se violaba la decimocuarta enmienda de igual protección frente a la ley (Northup, 2011).

Concluyó también que la protección de la salud pública a través de la regulación de la distribución de artículos potencialmente peligrosos, no puede ser tomada como el principal propósito de la disuasión de la fornicación, parte de la ley de Massachusetts. Se toma en cuenta además la importancia del derecho a la privacidad en conexión con las decisiones que

afectan la procreación. De ahí, toma que el otorgar anticonceptivos debe ser un derecho que tengan las personas casadas, así como a las no casadas. Sin embargo, a pesar de conceder estos derechos, la Corte esquivó la cuestión de si existe un derecho a la intimidad sexual (ídem). Al igual que en el caso de Roe, en donde la decisión se inclina por la protección de la vida del feto, pero también de la madre, y se reconoce una privacidad que contenga las actividades relacionadas al matrimonio, a las relaciones familiares, a la crianza de los hijos y a la educación, pero no con la sexualidad en sí. Esta limitación al derecho a la privacidad afecta el resto de los Derechos Fundamentales relativos a la sexualidad, puesto que se sigue teniendo como base la intervención del Estado para limitar la actividad sexual.

En 1986, el caso *Bowers vs Hardwick* (*Bowers v Hardwick*, 478 USA 186, 1986), llevó a la mesa el tema de las relaciones consensuales entre adultos, al presentarse un caso en el cual se puso a prueba la constitucionalidad del estatuto que criminalizaba la sodomía consensual, así fuera en la intimidad de la propiedad privada. La Corte no concedió el derecho al demandante, con una dura negativa que afirmaba que no existía de manera alguna un derecho constitucional que protegiera el derecho a la sodomía, calificando además dicha premisa como "graciosa".

Con lo anteriormente formulado, es notable que el derecho sexual o los derechos sexuales en los Estados Unidos nacen sin un reconocimiento propiamente dado al derecho a la sexualidad. Para que ello fuera posible, habría de entenderse el derecho al placer (ídem) incluido en el libre desarrollo de la personalidad, privacidad y autonomía, para luego ser protegido con igualdad.

A pesar de esa fuerte limitante en el derecho estadounidense en relación a la sexualidad, desde junio de 2015, con el caso *Obergefell et al. vs Hodges*, director, Ohio departamento de salud, et al. (2014) se ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La sentencia, establece que el matrimonio ha sido definido por varios estados (Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee) como la unión entre el hombre y la mujer. Sin embargo, los demandantes, consistentes en 14 parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas del mismo sexo se encuentran fallecidas, argumentaron que dicha definición viola la enmienda XIV Constitucional al negarles el derecho a contraer matrimonio.

Entre los argumentos que inclinan a la Corte a conceder el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, se destaca la interpretación de la decimocuarta enmienda, en la que se extiende el derecho ahí contenido a decisiones personales centrales al individuo y su dignidad y autonomía, incluyendo la decisión íntima de definir su identidad personal y creencias.

La Corte además enumera cuatro principios y tradiciones que demuestran que la protección constitucional del matrimonio aplica con igual fuerza al matrimonio entre personas del mismo sexo.

- La primera premisa, son los antecedentes de la Corte en cuanto al derecho a una decisión personal con relación al matrimonio, como elemento inherente en el concepto de autonomía individual.
- El segundo principio es que el derecho a contraer matrimonio es fundamental porque soporta la unión de dos personas, como el compromiso más grande que pueda haber entre individuos. Las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho de disfrutar de esta íntima asociación, un derecho extendido más allá de la mera libertad coartada por las leyes que hacían del matrimonio entre personas del mismo sexo un delito.
- Una tercera base para proteger el derecho a contraer matrimonio es el salvaguardar a los niños y las familias, y por lo tanto otorgar derechos relacionados de crianza, procreación y educación. Esto, aclara la Corte, no significa que el derecho a casarse es menos significativo para aquellos que no quieren o no puedan tener hijos. El derecho a casarse viene de la mano con un derecho a decidir sobre la procreación.
- Finalmente, la importancia que tiene el matrimonio en el orden social. No existe diferencia entre el matrimonio heterosexual o entre personas del mismo sexo con respecto a este principio.

Con los anteriores principios, pero mayormente con la amplia interpretación de la decimocuarta enmienda, se dio paso a esta protección histórica dentro del derecho estadounidense.

En cuanto a la legislación en aborto en los Estados Unidos, es importante señalar que cada estado cuenta con una legislación en específico. De acuerdo al Instituto Guttmacher

(2015) estos son algunos de los aspectos generales que pueden darse al tema en los Estados Unidos:

- 43 estados prohíben el aborto, y generalmente hacen excepciones cuando es necesario proteger la vida de la mujer o su salud, después de un específico punto en el embarazo, más seguido por la viabilidad del nacimiento del feto. Otros estados que lo prohíben, tienen la excepción de realizar el aborto en caso de violación o incesto, o problemas en la formación del feto.
- 45 estados permiten a trabajadores de la salud pública el reusarse a participar en un aborto.
- 42 estados permiten que instituciones se rehúsen a realizar abortos, y 16 de ellos limitan la negativa a instituciones privadas o religiosas.
- 38 estados requieren de algún tipo de permiso de los padres para que un menor pueda realizarse un aborto. 25 estados requieren a uno o ambos padres a consentir en el procedimiento, mientras que 13 requieren uno o dos de los padres que sean notificados.

Para terminar esta sección, se hará mención de la protección que brinda el derecho estadounidense a las víctimas de violencia sexual. De acuerdo al *National Institute of Justice* (Instituto Nacional de Justicia) (2015), el término "violencia sexual" puede ser definido como una "constelación específica de delitos como el acoso sexual, asalto sexual y violación. El agresor puede ser un extraño, conocido, amigo, familiar o pareja." A su vez, habla de la protección que se le da a las víctimas de estas agresiones, al señalar que "Los investigadores, profesionales y responsables políticos están de acuerdo en que todas las formas de violencia sexual dañan al individuo, la unidad de la familia, y la sociedad y que queda mucho trabajo por hacer para mejorar la respuesta de la justicia penal para estos delitos."

Define además con mayor énfasis los delitos que antes menciona y que a continuación se resumen:

**Acoso sexual:** puede ir desde comentarios degradantes, gestos y bromas a la exposición indecente, ser tocado, agarrado, pinzados o rozado en una manera sexual.

**Asalto sexual:** abarca una amplia gama de comportamientos no deseados, sin incluir la penetración que se intentó o completada en contra de la voluntad de la víctima o cuando una víctima no pueda dar su consentimiento debido a la edad, la discapacidad, o la influencia de

alcohol o drogas. El asalto sexual puede implicar la fuerza real o amenaza física, uso de armas, coacción, intimidación o presión y puede incluir:

- Tocar intencionalmente los genitales, el ano, la ingle o los pechos de la víctima
- Voyeurismo
- La exposición a exhibicionismo.
- La exposición no deseada a la pornografía.
- La exhibición pública de imágenes que fueron tomadas en un contexto privado o cuando la víctima no estaba al tanto.

**Violación:** las definiciones varían según el estado y en respuesta a la defensa legislativa. La mayoría de los estatutos actualmente definen la violación como no consensual oral, anal o penetración vaginal de la víctima por las partes del cuerpo u objetos utilizando la fuerza, amenazas de daño corporal, o aprovechándose de una víctima que está incapacitada o de otra manera incapaz de dar su consentimiento. Incapacitación puede incluir la discapacidad mental o cognitiva, intoxicación auto-inducida o forzada, condición de menor de edad, o cualquier otra condición definida por la ley que anula la capacidad de un individuo para dar su consentimiento.

Como se mencionó antes, las penas dadas a los delitos, y en su caso, las definiciones, varían de un estado a otro. Sin embargo, es de mencionarse que a nivel Federal se ha implementado la *Prison Rape Elimination Act* (Acta de Eliminación de Violación en Prisión) en el 2003 con el propósito de eliminar la violación dentro de las prisiones estadounidenses.

#### 4.4 Uruguay

##### 4.4.1 Generales

En los últimos años, y a partir de la elección de su ex mandatario, José Mujica (2010-2015), Uruguay se ha convertido en un país de políticas novedosas y emblemáticos cambios que lo ponen aparte en el esquema latinoamericano.

De acuerdo a la Constitución de la República Oriental de Uruguay (1997), el poder gubernamental se encuentra dividido también en tres: ejecutivo, legislativo y judicial.

Asimismo, en su artículo 82, la Constitución señala que la forma de gobierno será la de democrática republicana. El país se encuentra, a su vez, dividido en departamentos que sólo cuentan con autonomía en el uso y recaudación de algunos tributos.

Uruguay firmó el Pacto de San José el 22 de noviembre de 1969 y lo ratificó el día 26 de marzo de 1985. Al respecto de este tratado, Uruguay realizó una reserva a su condición de ciudadanía y reconoció la competencia del Pacto. Dichas reservas y reconocimiento pueden ser consultadas en el Anexo B.

Así pues, Uruguay también se ha sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por un lado, y por el otro su reserva inicial tiene relación con uno de los Derechos Fundamentales expresados en su propia constitución.

La elección de este país dentro del ejercicio de comparación se basa principalmente en la aprobación de la ley que legaliza la marihuana y establece un sistema regulado de producción y distribución de dicha droga. Este caso, podría representar el avance más importante en el continente americano en cuando a política de drogas. Sin embargo, como se verá a continuación, no son estas las únicas medidas novedosas a encontrar en la normatividad.

#### *4.4.2 Relativos a drogas*

La constitución de Uruguay (1997) establece que todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay, por lo que algún uso ritual o medicinal de drogas podría encontrarse protegido en la Constitución.

En su artículo sexto, establece que respecto a los tratados internacionales que celebre la República, se propondrá la cláusula de que todas las diferencias entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

Establece también la igualdad ante la ley de las personas, sin reconocimiento u otra distinción entre ellas sino, la de los talentos o las virtudes. Más adelante, el este mismo apartado de Derechos y Garantías, establece que las acciones privadas de las personas que de ningún modo ataquen el orden público ni perjudiquen a un tercero, están exentar de la autoridad de los magistrados. Asimismo, se garantiza que nadie será obligado a hacer lo que

la ley no mande, ni privado de lo que la ley no prohíbe. Igualmente, se establece que nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.

También en la Carta Magna, se expresa que el Estado ha de legislar, entre otras, todas las cuestiones relacionadas a la salud e higiene públicas. Atendiendo al Derecho a la Salud, el Estado se compromete a proporcionar gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Para finalizar la enumeración de los Derechos Fundamentales otorgados en la constitución, el capítulo establece que dicho catálogo no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Esto da paso a la integración de los Derechos Humanos de manera extensiva.

Pasando a la legislación penal, el Código Penal Federal de Uruguay (1933) establece como causa de inimputabilidad la intoxicación, es decir, es inimputable aquél que ejecutara el acto ilícito bajo la influencia de cualquier estupefaciente. Por otro lado, es un agravante haber cometido el delito bajo la influencia de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica, de acuerdo a las previstas en las Listas contenidas en el Decreto-Ley N° 14.294, del 31 de octubre de 1974, y sus modificativas. Puede concluirse que el Código Penal diferencia entre la intoxicación que compromete el juicio, y aquél que no lo hace, y los maneja de forma distinta, y en realidad, contraria una de la otra.

En el capítulo V de este mismo ordenamiento, se establece una defensa a la libertad de culto y sentimiento religioso, en la cual no puede impedirse o perturbarse de cualquier manera una ceremonia religiosa, cumplimiento de un rito o un acto cualquiera de los cultos tolerados en el país, y tiene una pena de tres a dieciocho meses de prisión. Dentro de este supuesto encaja la actividad religiosa de uso ritual de drogas.

El abuso de alcohol y estupefacientes está penado con multa de diez a cien unidades reajustables o prisión equivalente, cuando en un lugar público o accesible al público se presentare en estado de grave alteración psíquica producida por el alcohol o por sustancias estupefacientes y el que por los mismos medios provocare en otros, dicho estado. Ha de notarse que esta disposición incluye el abuso de alcohol, y no una suposición de que el consumo perturbe el orden público, sino una perturbación existente a ser penada.

En materia de salud, la Ley N° 18.211 del Sistema Nacional Integrado de Salud (2007), establece en sus principios una orientación preventiva, integral y de contenido

humanista, así como una calidad integral en la atención que respete los principios de la bioética y los derechos humanos de los usuarios. Esto puede verse en otras materias concernientes a la salud pública en Uruguay, donde dichos principios encarnan el espíritu de la legislación.

El perfecto ejemplo de lo anterior, lo constituye la mayor propuesta en materia de drogas en la normatividad uruguaya. En diciembre de 2013 La Ley 19.172 (2013) sobre Marihuana y sus Derivados entró en vigor. Encargada del control, regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución, tiene como fin los intereses públicos relacionados con las acciones tendientes a proteger, promover y mejorar la salud pública de la población mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños del uso de la marihuana. Lo anterior, por medio de la promoción de información, educación y prevención sobre las consecuencias y efectos perjudiciales vinculados a dicho consumo así como el tratamiento, rehabilitación y reinserción social de los usuarios problemáticos de drogas.

Lo expuesto en la ley, permanece sin perjuicio del Decreto-Ley N° 14.294 de 1974, en el cual se regula el consumo, despenalizándolo. A partir de esta nueva normatividad el Estado asume el control y la regulación de las actividades de importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización y distribución de cannabis y sus derivados, o cáñamo cuando correspondiere, a través de las instituciones a las cuales otorgue mandato legal.

En las disposiciones generales de este ordenamiento se exalta el derecho al disfrute de la persona al más alto nivel posible de salud, así como a los espacios públicos en condiciones seguras de convivencia. De igual manera enaltece cómo en este derecho se incluye la prevención, el tratamiento y la rehabilitación de enfermedades, de conformidad con los dispuesto, justamente, en convenios, pactos, declaraciones, protocolos y convenciones internacionales. Además, expresa su interés por la protección de los habitantes uruguayos de los riesgos relacionados con el comercio ilegal y el narcotráfico, así como en atacar las consecuencias del uso problemático de sustancias psicoactivas. De ahí, las medidas tendientes al control y regulación del cannabis psicoactivo y sus derivados.

Las modificaciones a la normativa de estupefacientes que esta ley establece, prohíben la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización de cualquier planta de la que

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

puedan extraerse estupefacientes y otras sustancias que determinen dependencia, con las excepciones de: cuando estas sean realizadas con fines de investigación científica o para la elaboración de productos médicos (en el caso del cannabis, las plantaciones deben ser autorizadas por el Instituto de Regulación y Control de Cannabis - IRCCA -); cuando las plantaciones y cultivo sean de cannabis psicoactivo con otros fines, siempre que se realice en el marco de legislación y con autorización del IRCCA; el mismo caso anterior para cannabis no psicoactivo; la plantación, cultivo, cosecha, acopio para fines de investigación e industrialización para uso farmacéutico con los mismos requisitos establecidos; la plantación, el cultivo y la cosecha doméstica de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal, de hasta seis plantas y el producto de la recolección precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales; plantación, cultivo y cosecha realizados por clubes de membresía (clubes cannábicos), autorizados por el Ejecutivo; las farmacias con licencias de expendio de cannabis psicoactivo con su debido registro, con carácter de dato sensible. Toda plantación no autorizada, será destruida con intervención de Juez competente.

Queda además exento de responsabilidad el que transporte, tenga en su poder, sea depositario, almacene o posea una cantidad destinada a su consumo personal de cannabis. Será lo anterior valorado por Juez conforme a las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de ello, se entenderá como cantidad destinada al consumo personal hasta 40 gramos de marihuana.

La ley cuenta con un Capítulo destinado a la salud, educación de la población y los usuarios, en donde se establece que el Sistema Nacional Integrado de Salud dispone de las políticas y dispositivos para la promoción de la salud, prevención del uso problemático de cannabis, así como de la atención y tratamiento de usuarios problemáticos de cannabis que lo requieran. La Administración Nacional de Educación Pública, a la par, dispondrá de las medidas necesarias para la inclusión de la disciplina "Prevención del Uso Problemático de Drogas".

La promoción, publicidad directa o indirecta, auspicio o patrocinio de los productos de cannabis psicoactivo por los medios de comunicación se encuentran prohibidos por medio de esta ley. De igual manera, los menores de 18 años, así como los incapaces, no podrán acceder al cannabis psicoactivo para uso recreativo, con consecuencias penales para el que

incumpla. También se inhabilita al conductor de vehículos que tenga una concentración de tetrahidrocannabinol en su organismo superior a la permitida conforme a reglamentación (a redactarse).

En cuanto a las infracciones y sanciones, la Junta Directiva del Instituto y Control del Cannabis es el órgano encargado de aplicar las sanciones por infracciones en cuestiones de licencias, y que atendiendo a la gravedad de la infracción y a los antecedentes del infractor serán sancionadas con: apercibimiento; multa desde veinte y hasta 2000 unidades reajustables; decomiso de la mercadería o de los elementos utilizados para cometer la infracción; destrucción de la mercadería; suspensión del infractor en el registro correspondiente; inhabilitación temporal o permanente; clausura parcial o total, temporal o permanente, de los establecimientos y locales de los licenciatarios. Es de notarse que estas infracciones son adicionales y sin perjuicio de aquellas con relación al derecho penal.

Con esta reglamentación, el Estado Uruguayo complementó un proceso que venía dándose desde 1974 al despenalizar el uso de marihuana, y pasó a controlar el mercado ilícito, así como la producción del estupefaciente.

#### *4.4.3 Relativos a sexualidad*

Al igual que en lo relativo a drogas, el establecimiento de la igualdad ante la ley de las personas, sin reconocimiento u otra distinción entre ellas en la Constitución Uruguaya (1997), afecta positivamente los derechos relativos a la sexualidad. De igual manera, lo relacionado con las acciones privadas de las personas que de ningún modo ataquen el orden público ni perjudiquen a un tercero, exentas de la autoridad de los magistrados.

En su apartado sobre la familia, la constitución establece que la familia es la base de la sociedad, y el Estado deberá velar por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad. Es de notarse que no establece una definición de lo que constituye la familia, y se centra en la protección de los lazos creados.

En este mismo capítulo se protege la maternidad, en cualquiera que sea la condición o estado de la mujer, teniendo el derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo. Más adelante se verá la ley sobre la interrupción consentida del

embarazo, en donde esta disposición es fuertemente protegida. Dentro de la protección a la mujer, en el apartado del trabajo, se establece que el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.

En el Código Penal Federal (1933), lo referente a la sexualidad toma varias tonalidades. Primeramente, la lesión consensual no es punible de acuerdo al Código Penal Federal, salvo que ella tuviera por objeto sustraer a la persona del cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros. A pesar de que esta disposición parece ir orientada a los servicios de salud, en ella puede encontrarse una justificación a las prácticas sadomasoquistas que generalmente, aunque no penadas formalmente, son prohibidas.

En cuanto a los matrimonios ilegales, dentro de este ordenamiento incluyen aquellos que fueron efectuados mediante el uso de violencia o engaño, y tienen una pena de tres a veinticuatro meses de prisión.

El rapto de mujer soltera, mayor de dieciocho años, viuda o divorciada honesta, es penado con prisión de doce meses a cinco años, y consiste en la sustracción o retención, por medio de violencia, amenazas o engaños, para satisfacer una pasión carnal o contraer matrimonio. Por su lado, el mismo supuesto en mujer casada o menor de quince años, tiene una pena de dos a ocho años. Misma pena aplica al que realice el mismo supuesto, aunque no mediara violencia, amenaza o engaño, con una menor de quince años. Ahora bien, el rapto a soltera honesta mayor de quince años, pero menor de dieciocho años, con su consentimiento o sin él, será castigado con prisión de tres meses a tres años de acuerdo a este Código, con el atenuante a todos los casos de tener la finalidad matrimonial y la deshonestidad de la víctima. Las penas también pueden ser reducidas de la tercera parte a la mitad, cuando el culpable, con o sin denuncia del delito, restituyera la libertad a la persona raptada, conduciéndola a la casa de donde la sustrajo o a la de su familia, o colocándola en otro lugar seguro.

La violación, consistente en esta ley en compeler a una persona del mismo o de distinto sexo con violencias y amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa con persona del mismo o diferente sexo menor de quince años (con admisión de prueba en contrario cuando la víctima tuviera doce años cumplidos), cuando la víctima al momento de la ejecución del acto se encuentra privada de su discernimiento o voluntad, cuando la

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

persona es arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia, y con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona. La pena a estos supuestos es con prisión de dos a doce años.

Los atentados violentos al pudor, definidos como el que aprovechándose de las circunstancias que encuadran la presunción de violencia en la violación, efectuara sobre persona del mismo o diferente sexo actos obscenos, diversos a la conjunción carnal, u obtuviera que la persona realizara dichos actos sobre sí mismo, sobre el autor o un tercero. Este delito se castiga con pena de ocho meses de prisión a seis años. Si la pena fuera de un menor de doce años, la pena a aplicarse es de dos a seis años de penitenciaría.

Se castiga además la corrupción, entendiéndose por ella los actos libidinosos que corrompieren a una persona mayor de doce años y menor de dieciocho. La pena aquí señalada es de seis meses a tres años de prisión. El estupro, por su lado, es definido como la conjunción carnal con mujer doncella menor de veinte años y mayor de quince, así como el que lo realizó mediante simulación de matrimonio, con mujer doncella mayor de veinte años. La pena aquí prevista es de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría. El incesto, es decir, relaciones sexuales con ascendientes legítimos, así como con descendientes, hijos naturales y hermanos legítimos, se castiga con prisión de seis meses a cinco años. En este delito la presencia o falta de consentimiento no es tomada en cuenta para la conjugación del delito.

La exhibición pornográfica, entendida como los espectáculos teatrales o cinematográficos obscenos se castiga con pena de tres a veinticuatro meses de prisión. Sin embargo, el código no establece una pena para la pornografía que no sea exhibida públicamente, ni para la prostitución o el que la facilitare.

Pasando a la legislación en materia de salud, la Ley N° 18.335 de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud (2008), encargada de establecer los derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de salud, establece en su segundo artículo la igualdad de pacientes y usuarios al derecho de recibir tratamiento igualitario sin poder ser discriminados por razón alguna de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidad, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica. Ha de notarse en esto, la mención a la opción u orientación sexual como motivo resaltado de no discriminación.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

También es digno de mencionarse, que en esta ley se establece el derecho del paciente para disponer de su cuerpo con fines diagnósticos y terapéuticos, con excepción de las situaciones de emergencia imprevista. Asimismo, se establece que el paciente tiene el derecho a que en la práctica se conserve su integridad física o mental, ni se le realicen actos médicos dirigidos a violar sus derechos como persona humana o que tengan como resultado tal violación. De este modo, se establece una protección directa de los Derechos Humanos en lo correspondiente al Sistema de Salud Pública uruguayo.

En concordancia con las disposiciones generales antes mencionadas, el marco jurídico uruguayo en materia de salud, cuenta con la Ley N° 18.426 de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva (2008), vigente desde diciembre del 2008. En ella, primeramente se establecen los deberes del Estado, que se compromete a garantizar las condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. En esta afirmación un respeto no sólo a los mencionados, sino al libre desarrollo de la personalidad.

Las políticas y programas de salud sexual y reproductiva que el Estado apoyará tienen como objetivos, entre otros:

- Universalizar en el nivel primario de atención la cobertura de salud sexual y reproductiva
- Garantizar la calidad, confidencialidad y privacidad de las prestaciones
- Asegurar el respeto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas institucionalizadas o en tratamiento asistencial, como parte de la integralidad bio-sico-social de la persona
- Capacitar a docentes para educación en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos
- Impulsar en la población la adopción de medidas de promoción de la salud y de prevención

Por otro lado, entre sus objetivos específicos se encuentra también la prevención de la morbimortalidad materna, la promoción del parto humanizado, promover el desarrollo de programas asistenciales con la estrategia de disminución del riesgo y daño - incluyendo en estos los protocolos en la atención integral a los casos de "embarazo no deseado o no aceptado" desde un abordaje sanitario comprometido con los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos -, promoción de la planificación familiar, garantía de

acceso universal a diversos métodos anticonceptivos, fortalecimiento de las prestaciones de salud mental desde la perspectiva del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, así como prevención de violencia física, psicológica, sexual y conductas discriminatorias. Finalmente, establece el objetivo específico de prevenir y reducir el daño de las infecciones de transmisión sexual, así como prevención y reducción del daño de los efectos del consumo de sustancias adictivas legales e ilegales.

Para lograr los objetivos planteados, la ley además piensa una serie de acciones, correspondientes al Ministerio de Salud Pública, mayormente centradas en normas específicas que protejan la salud integral sexual y reproductiva, así como campañas del ejercicio saludable y responsable de estos derechos y de promoción de investigación en el campo. Además, busca suscitar la captación precoz de las embarazadas para el control de sus condiciones de salud, a la par que brindar la información necesaria para que la mujer pueda elegir las intervenciones médicas de entre las alternativas.

Integra la sexualidad masculina al buscar acciones que conlleven a facilitar a los hombres una vida plena con responsabilidad sexual y reproductiva, así como con participación comprometida en la prevención de la salud de las mujeres y en la maternidad y paternidad responsables.

De la misma manera busca la incorporación de la perspectiva de género y de los derechos sexuales y reproductivos, con el objetivo de mejorar la calidad de vida y disminuir la morbimortalidad vinculada a patologías derivadas de la etapa del climaterio.

A partir de los principios y disposiciones de la anterior ley, Uruguay aprobó en octubre de 2012 la Ley N° 18.987 (2012) sobre Interrupción voluntaria del embarazo, a partir del derecho a la protección consciente y responsable de la procreación, así como el valor social de la maternidad – establecida en la constitución -, tutela de la vida humana y promoción del ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos.

Esta ley se ocupa de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, siempre que la mujer cumpla con los siguientes requisitos:

- Acudir a consulta médica durante las primeras doce semanas de gestación, ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, con la finalidad de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha

sobrevenido la concepción, situación de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

- Acudir frente a un equipo interdisciplinario que le informará lo establecido en la ley, las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Informará también sobre las alternativas al aborto provocado, incluyendo programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar a su hijo en adopción. Dicho equipo buscará apoyar psicológica y socialmente a la mujer para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo.

- Tras la reunión, la mujer dispondrá de un periodo de reflexión máximo de cinco días, tras el cual, si la mujer rectifica su voluntad se coordinará inmediatamente el procedimiento, que apegado a la evidencia científica, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado.

Además de los requisitos anteriores, la ley expresa también las responsabilidades de los integrantes del equipo interdisciplinario, entre las cuales destacan el papel protector del equipo, de forma que la decisión de la mujer no sea producto de presión de terceros, e incluso la intervención por medio de entrevista del progenitor, con el consentimiento de la mujer. Los integrantes de este equipo pueden objetar intervenir en los procedimientos de esta ley, siempre que tengan una objeción de conciencia manifestada expresamente.

La ley enmarca una excepción, para el caso en que la interrupción del embarazo pudiera realizarse fuera de los plazos, circunstancias y requisitos previamente enumerados. Son los siguientes:

- Cuando el embarazo implique grave riesgo para la salud de la mujer.
- Cuando se verifique proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, y
- Cuando fuera producto de una violación acreditada con la constancia de la denuncia judicial, dentro de las catorce semanas de gestación.

Como puede verse, las excepciones a los requisitos en esta ley son las situaciones específicas en que algunos de los demás países estudiados permiten la interrupción voluntaria del embarazo.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Es digno de una señalización desde ahora, que la normatividad de Uruguay en materia de drogas y sexualidad, cuenta con un marco amplio, que busca fundamentarse y ser coherente en sus elementos. Es de recordarse, que una disposición o concepto tendrá mayor protección mientras mayor mención y resguardo tenga en distintas normatividades.

#### *4.5 México*

##### *4.5.1 Generales*

De acuerdo a la metodología escogida (véase Anexo A), es importante que uno de los sistemas dispuestos al ejercicio de comparación sea el país al que se es perteneciente. Alguna perspectiva de este trabajo podría interpretar que uno de los objetivos particulares es el encontrar respuestas en la comparación para ser propuestas a México en específico.

Mientras lo anterior tiene algo de cierto, no debe olvidarse que los objetivos más altos de la investigación en realidad buscan encontrar un compendio de respuestas en la manera en que los países cumplen e innovan en materia de Derechos Humanos.

De cualquier manera, la elección de este sistema para ser analizado responde a lo anterior, como al momento crítico y al debate resurgido tras una guerra civil basada parcialmente en la idea de que las drogas son la esclavitud del siglo XXI (ADN Político, 2012)

México posee en su Constitución Política (1917) un apartado dedicado especialmente a lo llamado Garantías Individuales. A la vez, dicho ordenamiento máximo señala una división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, teniendo al frente de estos, respectivamente, dos cámaras de representantes, presidentes y órganos administrativos (secretarías) y una Corte Suprema de Justicia a nivel federal, ayudado por cortes locales. El país se encuentra dividido en 31 estados y un Distrito Federal en donde se encuentran depositados los más altos representantes de los tres poderes federales.

México se adhirió al Pacto de San José el día dos de marzo de 1981. En este momento de adhesión y ratificación, México realizó algunas reservas y comentarios, que, extraídos de la página oficial de la OEA, son expresados en su totalidad en el Anexo B, pero que pueden ser resumidos en la reserva que en la mayoría de los tratados firmados por México se hace,

referente a la participación política por parte de los miembros del clero, así como a una separación total de los actos públicos. De igual manera, expresa su postura frente a la suspensión del embarazo al declarar que se reserva la interpretación del “momento de la concepción” de la vida.

#### *4.5.2 Relativos a drogas*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 establece primeramente en su artículo 1 la igualdad entre los individuos, al gozar todos de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse o suspenderse, sino en los casos que ella misma establece. A la vez, el mismo artículo prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y menoscabe o anule los derechos y libertades de las personas.

En el artículo segundo, se reconocen los derechos a los pueblos indígenas, al reconocer la composición pluricultural del país. Se establece por tanto el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Entre los derechos enumerados para su autonomía, la Constitución reconoce el respeto a los derechos humanos, así como a la dignidad e integridad de las mujeres, a la vez que el derecho a preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. A la vez, en su artículo 24 se establece que todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. A este respecto, México ha pronunciado en todos los tratados internacionales de los que es parte una reserva en favor del uso ritual del peyote de sus pueblos indígenas.

En su artículo tercero sobre educación, la Carta Magna establece además que la misma contribuirá a la mejor convivencia humana, robusteciendo en el educando el aprecio para la dignidad de la persona, así como los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

todos los hombres, evitando el privilegio de razas, religión, grupos, sexos o de individuos. A su vez, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo cuarto, con la disposición de que todo individuo tiene derecho a la salud.

La vida privada, queda protegida en el artículo sexto, cuando se establece que la misma y los datos personales serán protegidos en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. También se establece que nadie podrá ser privado de su libertad o propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos. De igual manera, el artículo décimo sexto establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente.

La Constitución además proporciona una definición a la delincuencia organizada, entendiéndola por ella a la organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Respecto a la legislación penal, el Código Penal Federal (1931) establece en su título de delitos contra la salud, primeramente, lo que será considerado como narcótico: estupefacientes, psicotrópicos, y demás sustancias o vegetales, determinados por la Ley General de Salud, así como por medio de convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México. Al respecto, son los artículos 237, 245 fracciones I, II y III y 248 de la Ley General de Salud (a verse más adelante). Se expresa además que el juez al momento de individualizar la pena o medida de seguridad a imponer por alguno de los delitos en relación con los narcóticos, tomará en cuenta la cantidad y la especie del narcótico, así como la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública y las condiciones personales del autor o partícipe del hecho o la reincidencia de su caso.

Ateniéndose a lo anterior, el Código establece se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que: produzca, transporte, comercie, suministre (incluso a título gratuito) o prescriba alguno de los narcóticos antes definidos. La misma corresponde a quien introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos mencionados; a quien aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera la financiamiento, supervisión o fomento, o bien, a quien realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma alguna de las sustancias definidas.

Corresponde pena de cinco a quince años y de cien a trescientos cincuenta días multa, a quien posea alguno de los narcóticos definidos, sin la autorización proporcionada de la Ley General de Salud, siempre y cuando se posea la substancia con los fines del supuesto anterior. Si el inculcado posee alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud (a mencionarse adelante) y la cantidad resulte igual o superior de multiplicar por mil las ahí referidas, se presume posesión con objeto de los supuestos anteriores.

Cuando la posesión sin autorización no pueda considerarse a realizar alguno de los actos mencionados con relación al narcotráfico, la pena será de cuatro a siete años seis meses de prisión más multa de cincuenta a ciento días multa. Es decir, se presume en estos casos, una posesión simple sin fines de narcotráfico.

Es importante señalar que el Ministerio Público no procederá por este delito en los casos de lo que se posea sean medicamentos que contengan narcóticos de venta al público sea supeditada a requisitos especiales de adquisición, o bien, cuando se trate de peyote u hongos alucinógenos, en la presunción de acuerdo a la cantidad y circunstancias de que serán utilizados en ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por las autoridades propias. En este supuesto se configura entonces el uso ritual del peyote, con la ambigüedad tan sólo respecto a la denominación precisa de un individuo perteneciente a pueblo indígena.

Los agravantes al delito de narcotráfico, aumentando la pena a la mitad son: delito cometido por servidores públicos encargados en alguna medida de dar seguimiento a estos delitos; la víctima fuera menor de edad o incapacitada para comprender la conducta o resistir al agente; cuando se utilice a menores de edad o incapaces para cometer los delitos; cuando se cometa en centros educativos, asistencias, policiales o de reclusión, o en sus inmediaciones; cuando la conducta será realizada por profesionista relacionado con las disciplinas de la salud; cuando el agente determine a otra persona a cometer algún delito de los previstos como acciones de narcotráfico, aprovechando el ascendiente familiar o moral o la autoridad o jerarquía que tenga sobre ella; cuando se trate del propietario, poseedor, arrendatario o usufructuario de un establecimiento y lo empleare para los delitos previstos.

Están también penados los actos de prescripción de narcóticos por médico autorizado (nueve años de prisión y sesenta a ciento ochenta días multa) y la siembra, cultivo o cosecha

de plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares (prisión de uno a seis años).

Respecto a la Ley General de Salud (1984), se encuentra en las fracciones XXI y XXII del artículo 3º establecidos como materia de salubridad general tanto la prevención del consumo como el control sanitario de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Más adelante, en el artículo 194 se define esta tarea al definir el control sanitario como el conjunto de acciones de orientación, educación, muestreo, verificación, o bien, aplicación de medidas de seguridad y sanciones que realiza la Secretaría de Salud sobre el proceso, uso, importación y exportación de diversas sustancias y objetos. Entre ellos, los estupefacientes y psicotrópicas.

Dicho control sanitario, en lo relativo a estupefacientes y sustancias psicotrópicas, queda regulado en los capítulos V y VI del décimo segundo título de esta Ley, donde primeramente se contempla un listado para determinar qué sustancias debían considerarse como estupefacientes o psicotrópicas, los primeros en el artículo 234 y los segundos en el artículo 245. Después, la ley se encarga de determinar que cualquier acto relacionado con estupefacientes o psicotrópicas o producto que los contenga requiere de la autorización de la Secretaría de Salud y sólo puede otorgarse con fines médicos o científicos. De igual manera, prevé una prohibición expresa a otorgar dicha licencia respecto a determinados estupefacientes y psicotrópicas. Así, cualquier persona que pretenda sembrar, cultivar, elaborar, preparar, acondicionar, adquirir, poseer, comerciar, transportar, prescribir médicamente, suministrar, emplear, usar, consumir y, en general, realizar cualquier acto relacionado con las sustancias listadas en los artículos 234 y 245 de la Ley General de Salud, o con cualquier producto que los contenga, deberá contar con una autorización de la Secretaría de Salud y solamente podrá realizar dichas acciones si las mismas tienen fines médicos y/o científicos.

A la vez, a quien realice las acciones antes prevista, queda sujeto de acuerdo a esta ley: a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos; a los tratados y convenciones internacionales; a las disposiciones que expida el Consejo de Salubridad General; a lo que establezcan otras Leyes y disposiciones de carácter general relacionadas con la materia; a las disposiciones relacionadas que emitan otras dependencias Ejecutivo Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por su lado, el artículo 368 expresa que la autorización sanitaria es el acto administrativo mediante el cual la autoridad sanitaria competente permite a una persona pública o privada la realización de actividades relacionadas con la salud humana, en los casos y con los requisitos y modalidades que determine la propia Ley General de Salud y demás disposiciones generales aplicables. No obstante, en los artículos 237 y 248 se prohíbe de manera expresa la expedición de la autorización respecto a determinadas sustancias consideradas como un problema grave para la salud pública. Entre esas sustancias, se encuentra la marihuana.

Ahora bien, la clasificación de sustancias psicotrópicas es dividida por la Ley como sigue: las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública; las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública; las que tienen valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública; las que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública; Las que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en la industria, mismas que se determinarán en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

En el primero de estos grupos (las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública) se encuentran tanto el peyote y su activo, como los hongos alucinógenos y su activo, sin que se haga mención a su despenalización para uso ritual en el Código Penal Federal.

La determinación de si una sustancia es peligrosa o no le corresponde también a la Secretaría de Salud, de acuerdo a esta Ley, así como las acciones antes mencionadas de evitar y prevenir el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicos.

Finalmente, desde el 2009 y a raíz de una serie de modificaciones legislativas en relación a la llamada Guerra a las Drogas librándose en el país, se adicionaron a la Ley General de Salud los Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo. Así, se configura un delito de tráfico que no consista en narcotráfico. Para hacer la diferenciación entre una actividad y otra, la Ley General de Salud proporciona una tabla de consumo mínimo y establece que siempre que la cantidad portada sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla, y no existan elementos suficientes para

presumir delincuencia organizada, el delito será considerado narcomenudeo. En caso de que se presuma narcotráfico, el caso será consignado a las autoridades federales. Sin embargo, aunque los supuestos antes mencionados no se cumplan, el Ministerio Público podrá en cualquier momento solicitar informes relativos a la investigación de los delitos a los que se refiere este capítulo.

La Ley entonces impone pena de prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa al delito de narcomenudeo, definido totalmente como aquél que sin autorización comercie o suministre (incluso a título gratuito) narcóticos previstos en la tabla, siempre que la cantidad sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en la tabla.

Aplica pena de tres a seis años de prisión y de ochenta a trescientos días multa, al que posea algún narcótico de los señalados en la tabla, en cantidad inferior a la que posea algún narcótico de los señalados en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las cantidades previstas en dicha tabla, sin la autorización correspondiente a que se refiere esta Ley, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente.

Por otro lado, existe también un supuesto en esta Ley para el consumo personal al determinar pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización a que se refiere esta Ley, cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos. En este caso, el Ministerio Público no ejercerá acción penal contra el que sea farmacodependiente o consumidor. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

En el Anexo C, se reproduce fielmente la Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato, contenida en el artículo 479 de la Ley General de Salud.

Es relevante, para terminar este apartado, mencionar la resolución de la Suprema Corte de Justicia que recientemente ha despenalizado para cuatro personas el uso recreativo de marihuana, así como otros actos de autoconsumo: el amparo en revisión 237/2014 (2015) sobre el uso recreativo de marihuana encontró una sentencia favorable durante el mes de

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

octubre del 2015. Los hechos que dieron origen a la controversia son los siguientes: el 31 de mayo de 2013 los autores solicitaron por escrito a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) - órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud - la expedición de autorización que permitiera a ellos y asociados el consumo personal y regular con fines lúdicos del estupefaciente cannabis sativa y del psicotrópico tetrahidrocannabinol, conjuntamente, marihuana, así como la autorización para ejercer derechos correlativos al autoconsumo de marihuana: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, uso y demás actos relacionados con el consumo lúdico y personal de la marihuana, con la exclusión expresa de actos de comercio: distribución, enajenación y transferencia.

En conformidad con los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud, dicha petición fue negada, conllevando a la demanda de amparo indirecto de julio de 2013, por medio de la cual los actores alegaron inconstitucionalidad de los artículos que dieron base a la negativa otorgada. Los argumentos dados para sustentar lo anterior, fueron los siguientes:

- Conceptos de violación primero a quinto: restricción de los Derechos Fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual, todos con relación al principio de dignidad humana y el derecho a la salud.
- Sexto concepto de violación: violación a la finalidad objetiva del derecho penal, así como a la libertad individual y personal, como consecuencia de la penalización del autoconsumo de marihuana.

La respuesta del Juez de Distrito consistió en primeramente negar los derechos fundamentales enumerados, en cuestión de la persona moral, puesto que dichos derechos son exclusivos de los seres humanos. En cuanto al resto de los quejosos, la Corte reconoció que los derechos enumerados, si bien no son expresos en la Constitución, sí pueden derivarse de los Tratados Internacionales que el país ha firmado y ratificado, al igual que parte del primer artículo Constitucional sobre la dignidad humana. No por ello, los consideró fundados, puesto que no constituyen una intromisión al derecho a la intimidad, ya que no se obliga a la

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

persona a revelar aspectos de su vida privada. Tampoco se creyó que vulneraran los derechos al libre desarrollo de la personalidad, puesto que la actividad de consumir marihuana no se limita a la forma de elegir la apariencia, actividad o manera en que los quejosos desean proyectar y vivir su vida.

En cuanto al principio de autodeterminación, la Corte estimó que tampoco se violaba dicho principio, puesto que el Estado tiene la obligación de tomar las medidas pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho, en este caso, el de la salud. Finalmente, no consideró poner en peligro el derecho a la dignidad de las personas, puesto que no generan riesgo alguno en la subsistencia digna de los destinatarios, ni tiene como finalidad imponer modelos y estándares de vida que sean ajenos a los particulares. Reafirmó además la obligación del Estado de proporcionar a toda persona el mayor disfrute de salud física y mental, a través de la lucha contra las adicciones. Así pues, se declaró infundado por una parte el argumento de violación al derecho a la salud, y por el otro, inoperante, puesto que la argumentación de los quejosos se encontraba basada en premisas que fueron desestimadas al analizar los conceptos de violación.

Dado lo anterior, e inconformes con la sentencia de amparo, los quejosos interpusieron recurso de revisión, argumentando de indebida fundamentación y motivación la sentencia dada por el Juez de Distrito. Se dijo frente a la respuesta a los agravios segundo a sexto, el Juez hizo caso omiso a la mayoría de los argumentos. Entre la fundamentación de lo anterior por parte de los quejosos, se señalan con mayor importancia los siguientes argumentos:

- La normativa impugnada sí impone modelos y estándares de vida ajenos a los particulares, pues sólo se respeta la identidad de cada sujeto si se le permite actuar en consecuencia a sus propios rasgos, cosmovisiones, concepciones de la vida buena y elementos que a su juicio lo definen y singularizan.

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye el "proyecto de vida" en el que se incluye todo aquello que el individuo quiere hacer con su vida y cuerpo, sin limitarse exclusivamente a la apariencia y la profesión, sino incluyendo también actividades privadas, sociales, recreativas, culturales, de ocio y esparcimiento.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- La intimidad no sólo incluye el derecho a no revelar información, sino también a disponer de la persona y cuerpo en el ámbito privado.
  - Los actos relacionados con el consumo de marihuana no afectan a la sociedad en general, y no existe evidencia científica que demuestre que el consumo de dicha substancia puede afectar a una persona distinta al que la consume.
  - Los alcances del derecho a la salud llegan a la posibilidad de disponer de la salud propia.

Tras esta respuesta, la Secretaría de Salud es representación del Presidente de la República presentó un recurso de revisión adhesivo, en el cual reafirmó los argumentos que dieron pie a la sentencia del Juez de Distrito.

Al presentarse el recurso de revisión al Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el mismo resolvió que carecía de competencia para conocer del amparo en revisión, al tratarse de un problema de constitucionalidad, y remitió el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte, al revisar los agravios, los consideró esencialmente fundados y suficientes para revocar la sentencia recurrida y otorgar la protección constitucional a los quejosos al entender que éstas limitan de forma injustificada el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, mas dado que no se atacaron los argumentos que el Juez de Distrito señaló como inoperantes, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se circunscribió exclusivamente a los quejosos y no a la persona moral.

Finalmente, en su pronunciamiento, se señalan algunos de los puntos principales al estimar sobre la inconstitucionalidad de los artículos impugnados:

- Si bien la medida analizada es idónea para proteger la salud y el orden público, existen medidas alternativas igualmente idóneas que intervienen el derecho afectado en un menor grado.
- El consumo de marihuana no supone un riesgo importante para la salud, dado que sus consecuencias permanentes son poco probables, mínimas o reversibles.
- Existe incertidumbre sobre la afirmación de que el consumo de marihuana incentiva la comisión de otros delitos o lo hace en algún grado.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Existe una intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone la medida legislativa que prohíbe.
  - La medida analizada supone una afectación importante al derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que impide a los quejosos decidir qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar.
  - La afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta el "sistema de prohibiciones administrativas" regulado en la Ley General de Salud puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta, suprimiendo todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho.
  - La prohibición sólo estaría justificada si también fueran muy graves los daños asociados al consumo de marihuana.
  - Si la medida legislativa sólo logra evitar o prevenir daños menores, entonces resulta desproporcionado que el legislador recurra a una prohibición absoluta que afecta severamente el libre desarrollo de la personalidad.

Así, se dio paso a una apertura con respecto al uso de drogas, puesto que en el momento en que la Corte reconoce el derecho de la persona de llevar su vida como mejor le parezca (libre desarrollo de la personalidad), así como le reconoce el mismo derecho a, incluso si la sustancia pudiera ser dañina, hacerse daño, y desprende el uso de drogas de algún beneficio en específico y otorga el derecho a la recreación y esparcimiento, es cuestión de tiempo para que otros derechos análogos a este “derecho al placer” se configuren al menos a nivel Corte de Justicia de la Nación.

#### *4.5.3 Relativos a sexualidad*

La Constitución (1917), además del artículo primero en el que se declara la no discriminación y el respeto por la dignidad de la persona, establece más adelante la igualdad ante la ley del hombre y la mujer, así como el derecho a decidir de manera libre sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Por otro lado, la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, de acuerdo a la Constitución, a menos de que la misma ataque la moral, los derechos de tercero, o provoque algún delito o perturbe el orden público. En este sentido, se puede encontrar protegido el derecho de la comunidad LGBTQ en varias modalidades previamente mencionadas (ver Capítulo II de Derechos Humanos).

Finalmente, y además de los derechos a la dignidad y la vida privada ya mencionados en el apartado de drogas, en el artículo referente al trabajo, se estipula un derecho para las mujeres embarazadas, al decirse que ellas no realizarán trabajos que exijan esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación. Asimismo, les otorga un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, percibiendo su salario íntegro y conservando su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. Durante el periodo de lactancia se otorgan además dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a los hijos. A la par, se establece que para trabajo igual, debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo o nacionalidad.

En lo relativo a la legislación penal, se encuentra también dentro de los Delitos contra la salud del Código Penal Federal (1931), el capítulo de Delitos contra los Derechos Reproductivos.

Primeramente, se castiga al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento si fuera ella incapaz, realizara en ella inseminación artificial. La pena a este delito es prisión de uno a tres años si no se produce el embarazo, y prisión de dos a ocho años, si se produjera. Lo anterior, estipulado en la Ley General de Salud en el artículo 466, con el agravante en el Código Penal Federal de realizarlo con violencia, aplicando una pena de cinco a catorce años de prisión y hasta ciento veinte días multa.

En un supuesto similar, se sanciona de cuatro a siete años de prisión y hasta setenta días multa a quien implante a una mujer un óvulo fecundado. En caso de violencia, o si se resultara en embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años y hasta ciento veinte días multa.

El delito de esterilidad provocada, consistente en realizar procedimientos quirúrgicos, químicos o de cualquier otra índole para hacer a una persona estéril sin su consentimiento,

se le imponen en el código de cuatro a siete años de prisión y hasta setenta días multa así como la reparación de los daños y perjuicios.

Dentro de los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, se encuentra además la distribución, exposición u oferta a menores de dieciocho años de edad, objetos de carácter pornográfico, con una pena de seis meses a cinco años de prisión y trescientos a quinientos días multa.

A la vez, se castiga la corrupción, entendiendo por ella la obligación, inducción o facilitación a una o varias personas menores de dieciocho años o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho: consumo habitual de bebidas alcohólicas, consumo de sustancias tóxicas, mendicidad con fines de explotación, comisión de algún delito, formar parte de una asociación delictuosa, o bien, realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales simulados o no con fin lascivo o sexual. En el último de los casos, la pena será de prisión de siete a doce años y multa de ochocientos a dos mil quinientos días.

Se castiga además el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años o incapaces, a quien procure, obligue, facilite o induzca por cualquier medio a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos. La pena en este supuesto es de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa. En el caso de los colaboradores en las actividades antes mencionadas, la pena será de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa. La misma pena se aplicará a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material antes mencionado. A quien almacenara, comprara o arrendara estos materiales se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa. También quedará sujeto a tratamiento psiquiátrico especializado.

Al que cometa el delito de turismo sexual, entendiendo por ello al que promueve o facilita de alguna manera de que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realice cualquier tipo de actos sexuales con menores de dieciocho años se le impone una pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa. Al que realice los actos sexuales antes señalados, se le impone una pena de

doce a dieciséis años de prisión y de dos mil a tres mil días multa, así como un tratamiento psiquiátrico especializado.

La pederastia, entendiéndose esta como el aprovechamiento de la confianza, subordinación o superioridad que tiene sobre un menor de dieciocho años, derivada de su parentesco en cualquier grado, tutela y afines, de un menor de dieciocho años, para inducirlo o convencerlo a ejecutar cualquier acto sexual con o sin su consentimiento, se le aplicará la pena de nueve a dieciocho años de prisión y de setecientos cincuenta a dos mil doscientos cincuenta días multa. La misma pena se aplica para la persona que realice las acciones anteriores en un incapaz.

Con pena de prisión de ocho a quince años y de mil a dos mil quinientos días de multa, se castiga el lenocinio, entendiéndose por él, la explotación del cuerpo de menores de edad, de incapaces, o de personas que no tienen capacidad para resistirlo. Asimismo, se castiga a quien induzca o solicite a cualquiera de las personas antes mencionadas para que comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución y al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos o afines.

Por otro lado, en el apartado de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, se castiga inicialmente el hostigamiento sexual, definido como el asedio reiterado con fines lascivos a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales o de subordinación. La multa aquí aplicada será hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público, se le destituirá de su cargo.

El delito de abuso sexual, entendiéndose como la ejecución en una persona, sin su consentimiento, u obligada a ello a ejecutar para sí o en otra persona actos sexuales sin el propósito de llegar a la cópula. La pena a este delito será de prisión de seis a diez años y hasta doscientos días multa. Los actos sexuales serán entendidos como tocamientos o manoseos corporales obscenos, o los que representen actos explícitamente sexuales u obliguen a la víctima a representarlos. También encuadra en este supuesto el obligar a una persona a observar un acto sexual o a exhibir su cuerpo sin su consentimiento. El empleo de violencia en las acciones anteriores, ya sea física o psicológica, aumenta la pena en una mitad. Si los actos anteriores son en contra de persona menor de quince años o incapaz, aun con su consentimiento, se le impone pena de seis a trece años de prisión y hasta quinientos días multa. Con violencia, la pena aumenta en una mitad más.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Con pena de tres meses a cuatro años de prisión se castiga el estupro en este mismo apartado. Se define al mismo como la cópula con persona mayor de quince años y menor de dieciocho.

La violación, por su lado, se castiga con prisión de ocho a veinte años, y se define a la misma como el que por acto donde medie la violencia física o moral, se realice cópula con persona de cualquier sexo. Por cópula, se entiende la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. De igual manera se castigará con esta pena a quien introduzca objetos por cualquiera de la vía antes mencionada.

A la violación se equipara: cópula con persona menor de quince años; al que sin violencia realice cópula con persona incapaz; al que sin violencia y con fines lascivos introduzca elemento distinto del miembro viril en una persona menor de quince años o incapaz, sea cual fuere el sexo de la víctima. La pena a este delito será de ocho a treinta años de prisión.

Los agravantes a los delitos anteriores son: si el delito fue cometido por dos o más personas; si el delito es cometido por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro (en este caso, también se pierde la patria potestad o la tutela); si el delito fue cometido por quien desempeñe un cargo público, o ejerza su profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen; si el delito fue cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

Finalmente, el Código Penal Federal castiga en su capítulo VI el aborto. Entiende como aborto la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Se castiga al que hiciere abortar a una mujer con pena de uno a tres años de prisión, con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

En el caso de que el aborto sea causado por un médico, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

A la madre que voluntariamente procure su aborto se le impondrá una pena de seis meses a un año de prisión, siempre y cuando: no tenga mala fama: haya logrado ocultar su

embarazo; el embarazo sea fruto de una unión legítima. Si faltaran algunos de estos supuestos, la pena será de uno a cinco años de prisión.

La impunidad en estos casos se dará al aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. No habrá sanción cuando el aborto deba realizarse puesto que la embarazada o el producto corran peligro de muerte.

En materia de salud, puede encontrarse un capítulo destinado a la atención materno-infantil dentro de la Ley General de Salud (1984), en la que se destaca el cuidado de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio.

Por otro lado, en su artículo 69 establece que con base en las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población para la prestación de servicios de prestación de servicios de planificación familiar y de educación sexual, la Secretaría de Salud definirá bases para evaluar las prácticas de métodos anticonceptivos, por lo que toca a su prevalencia y a sus efectos sobre la salud.

Esta información, más adelante es estipulada para formar parte además de sistema educativo nacional, con la finalidad de orientar y capacitar a la población, tanto en materia de educación sexual, como de planificación familiar y hasta prevención de farmacodependencia.

Finalmente, es importante destacar y mencionar que desde junio de 2015, se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo en México (Amparo en revisión 152/2013, 2015), uniéndose a los cinco países del continente americano que ya lo tenían permitido en su legislación. Lo anterior por medio de jurisprudencia que establece que la ley de cualquier entidad federativa que considere que el matrimonio tiene como finalidad la procreación o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional. Entre los puntos importantes a señalar en esta jurisprudencia destacan:

- La protección de la familia como realidad social no empata con la consideración de que la finalidad única del matrimonio es la procreación.
- Vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales y limitar la figura a sólo los que puedan acceder a la procreación es discriminatorio.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.
  - Ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Como puede notarse, los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de lo mencionado, fueron basados enteramente en el Derecho Fundamental a la no discriminación, sin involucrar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la autonomía. Si bien, este argumento es suficiente para la Suprema Corte de Justicia mexicana para señalar la inconstitucionalidad de una disposición, seguramente más adelante serán importantes mayores aportaciones en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en pos de la implementación de derechos no sólo de la comunidad homosexual, sino de la entera comunidad LGBTQ.

En este primer momento se tomaron en cuenta las soluciones que los distintos Estados han adoptado, para en el siguiente capítulo analizar las diferencias encontradas en las disposiciones, advirtiendo las tendencias evolutivas, que pueden convergir o divergir. En el siguiente capítulo se valora también sobre la eficacia de las soluciones encontradas en las legislaciones analizadas, de acuerdo a la problemática social descrita con anterioridad y en conformidad con los Derechos Humanos.

## **Capítulo 5. A modo de conclusión. Batallas ganadas, retos futuros y Derechos Humanos en sexualidad y drogas en el continente Americano.**

### *5.1 Diferencias y efectividad. Discusión de Resultados.*

En atención al plan establecido, así como a la metodología en uso, este capítulo presenta un resumen de las diferencias en la legislación analizada, de manera no sistemática, así como una corta reflexión sobre la efectividad de las normas más destacadas, tomando como modelo de efectividad, o punto de partida la protección de los Derechos Humanos protegidos en el Pacto de San José.

Dicho de otra manera, en este apartado se busca calificar dentro de los documentos jurídicos analizados si en efecto se encuentran protegiendo lo pactado y concerniente a los Derechos Sexuales y Reproductivos y derechos relacionados con las drogas dentro de los Derechos Humanos. Han de tomarse como derechos protegidos, aquellos que cumplan con el bien jurídico tutelado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, así como los específicos Derechos Humanos desglosados en el capítulo sobre el Pacto de San José. Sin que sea exhaustiva la reflexión siguiente, se busca calibrar la protección de estos derechos en lo desglosado en el capítulo anterior.

Así las cosas, se comienza diciendo que en materia de drogas, todos los países analizados se rigen por un sistema prohibicionista que claramente tiene sus bases en el Acta de Substancias Controladas de Estados Unidos, y sentimientos antiamericanos análogos (como antipatriotas o productos de la migración) en el resto de América Latina (Alonso, 2015). Dicho documento es el más específico en cuanto a la penalización e intervención del Estado en materia de drogas. Involucra penas específicas incluso para quien emplea niños para distribuir drogas, y a la vez establece un sistema de castigo en el cual la cantidad y la sustancia tienen un papel fundamental al momento de castigar.

Estados Unidos, además, es el que prevé mayores penas para el delito de narcotráfico, pudiendo alcanzar pena de prisión de hasta cuarenta años (sin agravantes) y pena de muerte cuando se encuentre involucrado el homicidio o las lesiones graves. No prevé medida alternativa para el consumidor, y realza la participación de sus Fuerzas Armadas, no sólo en la prohibición a nivel nacional, sino internacional. Asimismo, identifica fuertemente el

tráfico con una actividad que viene de fuera, justificando implícitamente sus políticas de drogas trascendentes de su territorio.

A pesar de lo anterior, el país tiene despenalizado el uso de marihuana en los estados de Colorado y Washington, con el primero de ellos teniendo un antecedente en uso medicinal de marihuana desde 1998. Dicha situación recuerda a la uruguaya, donde el consumo de marihuana se encontraba despenalizado desde 1974, y que ahora cuenta con una regulación del consumo de marihuana similar a la presentada en Colorado, en donde incluso el autoconsumo es previsto como actividad permitida con sus debidos requisitos.

Las resoluciones de las Cortes en favor de la despenalización del consumo de marihuana en mayor o menor medida, son fundadas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Especialmente el caso mexicano basó su entera defensa en dicho derecho, mientras los casos de Argentina, Brasil e incluso Estados Unidos, abogaron por la protección del derecho a la vida privada (derecho especialmente explotado en la resolución estadounidense), a la salud y a la dignidad (la cual es fin también del derecho al libre desarrollo de la personalidad).

En Argentina, al mismo tiempo de tener despenalizado el uso de la marihuana, la figura de usuario experimental está integrada a su legislación con una medida educativa para el que sea calificado de esta manera. En el país, además, las actividades chamánicas están penadas no de forma expresa, pero al penar a quien pretenda curar o tratar enfermedad aunque sea a título gratuito. En otros países, como Brasil y México, una excepción ya fue hecha a grupos específicos indígenas que hace uso ritual con una protección en la legislación interna, y en el caso de México, expresada incluso en las reservas hechas en otros tratados internacionales, para la ayahuasca y el peyote respectivamente. En ambos casos, lo que resulta aún ambiguo es la designación de dicho uso ritual o de medicina tradicional, así como de lo que puede ser catalogado como indígena en derecho de hacer dicho uso. Los avances al derecho de uso ritual, no terminan de ser completos: cualquier atentado a este uso es una falla directa en la protección del derecho a la no discriminación, consagrado en el Pacto de San José, así como al de la dignidad, del que deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Cabe señalar que los sistemas que integran a su modelo de salud la reducción de daños empatan también con aquellos que tienen a nivel legislación despenalizado el uso de al menos

una droga previamente ilegal. Tales son los casos de Brasil y Uruguay, el primero de ellos mostrando una legislación contradictoria frente a las drogas, que por un lado despenaliza la posesión para uso y el uso ritual de la ayahuasca, y por el otro sigue enfrentándose a un fuerte problema de encarcelamiento por motivos raciales, con penas al narcotráfico altas y desproporcionales para los traficantes menores (Boiteiux, 2015). Es decir, la ley brasileña, por un lado protege los derechos consagrados en el Pacto de San José de no discriminación, y dignidad, y a la par los ataca. Uruguay, por su lado, fundamenta en su ley reglamentaria del uso de marihuana una clara conciencia de reducción de daños (Aguiar y Musto, 2015), donde no se niega el consumo como parte de su sociedad, y de manera democrática busca tomar el control del mercado. Alcanzar dicha medida es resultado de un primer momento de maduración, de consolidación del movimiento que apoyó fuertemente la reforma por medio de jóvenes líderes, “altamente politizados, usuarios, cultivadores, técnicos y académicos ‘defensores’” (ídem).

Dicho marco regulatorio y democrático fue, en opinión del Ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo en revisión mexicano sobre el uso recreativo de la marihuana (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015), un punto que pudo haberse aprovechado mucho crecidamente, en un tema tan enigmático, del que se habría derivado un beneficio que alcanzara a más personas y a más derechos. Ha de hacerse notar que el amparo, concedido a cuatro personas, fundamenta correctamente su resolución en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, así como muestra pruebas contundentes de la penalización de la marihuana no sólo como una violación a los Derechos Fundamentales, sino como una medida en muchos sentidos inútil actualmente. Además, abre camino al tema del autoconsumo y especialmente a la figura de los clubes cannábicos, no obstante el amparo no fue concedido a la persona moral y sí a los individuos demandantes. A pesar de lo anterior, no toca los temas del tráfico menor, que seguramente serán materia del derecho mexicano en un futuro no muy lejano.

El caso mexicano, como el brasileño, es una muestra de una legislación en materia de drogas con aciertos y puntos aún de inflexión. En él, se crea la figura del narcomenudeo de manera que pueda darse una pena específica a los traficantes menores, sin que ellos caigan en la figura de narcotráfico o de posesión de drogas. Sin embargo, la tabla de dosis mínimas, que separará la actuación como narcomenudista, consumidor y narcotraficante cuenta

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

primeramente con fuertes contradicciones, en donde es más sencillo ser penado por portar peyote, que por LSD, por ejemplo. A la vez, el delito de narcotráfico, detrás de Estados Unidos, es el más penado en los países analizados.

Pudiendo derivar de la lucha de la Guerra a las drogas librada durante el sexenio de Calderón, la reforma a la legislación en materia de drogas denota una política prohibicionista que pareciera al momento de su publicación (2009) inflexible, pero que tal parece que tras un sexenio marcado por un discurso prohibicionista, con énfasis en el abstencionismo, la legislación puede estar abierta a que por uno de sus frentes, se tome el fenómeno de drogas en mayor concordancia con los Derechos Humanos.

También es importante decir que si la intervención del Estado en cuestión de drogas, tiene como principal argumento actual la intervención en materia de salud, entonces debe regular el consumo, en lugar de mandarlo a la ilegalidad, donde no hay control de calidad, reducción de daños, o manera de implementar abiertamente políticas educativas respecto a los posible efectos adversos. De esta manera habría de protegerse no solo la integridad consagrada en el Pacto de San José, sino, de una misma vez, el derecho a decidir sobre la forma de vida derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La ley de Uruguay es el mejor ejemplo en los vistos que toma el papel de cuidador de la salud pública en este sentido.

Dentro del mismo tema, ha de señalarse que a partir del análisis anterior se infiere que la efectividad de la ley en materia de protección al consumidor de drogas es probablemente la más débil de todas. En el mejor de los casos, a cualquier consumidor o poseedor de drogas se le trata con un tono condescendiente, propio de un Estado paternalista, en el que el Estado le da la oportunidad de elegir entre todas las conductas, siempre y cuando elija bien (Boiteux 2015). Por tanto, es visto como un enfermo y su rehabilitación, en algunos casos, no termina siendo decisión de él mismo, y peor aún, cuando lo fuera, el ir en busca del tratamiento adecuado en caso de dependencia o adicción es dejado de lado por miedo a los arrestos o porque dicha ayuda les sería negada. A la par, la conjunción de los agentes humanos y no humanos es compleja, y no debe ser tratada uniformemente en los casos de adicción, que en comparación a los casos de meros consumidores de drogas, son pocos; sino que debe ser tratado en cada caso particular con una aproximación que medie entre los

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

contextos que ayudan a configurar el fenómeno de la adicción, y los agentes corporales (Weinberg, 2008).

En el caso del resto de los implicados en el comercio a mayor o menor escala de drogas, lo más que puede destacarse es el aumento de penas en todos los países, aumentando con ello la violencia de las organizaciones delictivas, sin que esto de alguna manera pueda prevenir el consumo o la baja de demanda en el mercado. Es decir, la finalidad de la pena de erradicar la violencia asociada al narcotráfico es prácticamente inalcanzable, mientras muchos de los esfuerzos para combatir esta violencia recaen en el consumidor o en el traficante menor, atentando directamente contra el derecho del Pacto de San José que prohíbe la detención o el encarcelamiento arbitrarios.

Siguiendo ahora con lo referente a la sexualidad, la protección es mucho mayor a lo relativo a las drogas. En primer lugar, en toda lo relacionado al tema en la legislación consultada, lo que se busca es de alguna u otra manera proteger, ya sea la libertad sexual, la integridad sexual, la salud reproductiva, y en menor medida la identidad sexual (todos derechos consagrados en el Pacto y señalados en su capítulo). Con algunas excepciones propias de señalarse, es notorio que la lucha por los Derechos Sexuales y Reproductivos ya pasó la brecha de la prohibición a ciertas conductas, y en la mayoría de los casos cuenta con algún tipo de protección a nivel constitucional.

La primera de dichas excepciones, recae en las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia de Estados Unidos, en la que aún no puede ubicarse el derecho al placer, como uno otorgado por el Estado, y en el cual, a pesar de contar con resoluciones que otorgan algunos derechos en este sentido, el verdadero punto de defensa es redondeado por los ministros en un afán de protección de figuras como la familia, el matrimonio y las relaciones íntimas que nacen de esa unión.

En México, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue aprobado casi enteramente en el argumento de no discriminación, en una práctica similar a la previamente mencionada, pues mientras el derecho concedido fue además acompañado de una interpretación de matrimonio en la que ya no se toma a la procreación como único fin del mismo, tampoco se destacaron los derechos a la dignidad, a la privacidad, o al libre desarrollo de la personalidad.

BRASIL, en una interpretación inusual, declaró en su sentencia que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo, que la mención en su constitución sobre el matrimonio siendo entre hombre y mujer, tenía como fin mencionar a la mujer, con la finalidad de establecer relaciones horizontales entre los contrayentes, dado el contexto patriarcal en el que el país se encuentra sumergido. Así, además de otorgar el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, denunció el sistema patriarcal y expuso el interés del Estado en proteger figuras de igualdad, enalteciendo el derecho no sólo de no discriminación y dignidad, sino también aquél que otorga igualdad ante la ley.

Pero volviendo a los casos en los que la sexualidad no sólo cuenta con falta de protección, sino con penalización, el caso más enigmático en materia sexual, es el del aborto. Con la excepción de Uruguay, en ningún otro país se encuentra despenalizada la práctica abortiva, con penas para los que lo realicen, como para la madre. La legislación mexicana establece en su misma ley una definición de concepción absoluta, parte de su reserva al Pacto de San José, con una inflexión imperiosa hasta el momento y con una misoginia implícita al disminuir su pena para las “mujeres de buena fama” que conciban en relación de matrimonio y después se dispongan a abortar.

En Uruguay, la ley que regula la interrupción del embarazo tiene como mayor reto la reglamentación del consentimiento de la mujer, y la manera en la que la práctica se realice sin daños físicos o psicológicos. En este sentido, la mayor cantidad de normas apuntan a establecer que el consentimiento sea libre y a conciencia. Al contar además con una ley que busca proteger directamente la salud sexual y reproductiva, Uruguay se ubica como el país, de los analizados – y de la legislación analizada -, con el mayor número de avances en la materia a nivel federal, y de manera no accidental aplica el mismo modelo de reducción de daños a sus políticas de salud pública (cuidando la integridad de la población), así como a las implementaciones en materia de consumo de drogas.

De manera particular, se destaca en el análisis la Ley de Identidad de Género Argentina, en donde se ubica un derecho a la comunidad transgénero que da el derecho al cambio de sexo como parte de la protección de salud pública, que además tiene consecuencias en los documentos civiles del implicado, con un respeto fuerte a su identidad, privacidad y dignidad. Identidad y dignidad, en tanto que permite a la persona que pretende hacer cambio de sexo, realizar las cirugías que considere pertinentes, así como los tratamientos hormonales

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

a los que desee someterse, sin una mención poco inclusiva en su legislación, y con respeto a la identidad de género que la persona elija. Es decir, no impone modelos de género a los que la persona deba adaptarse, sino que les brinda la libertad de definirse a sí mismos. Privacidad, puesto que los datos cambiados permanecen en el resto de los documentos oficiales de las personas, y la información a los datos anteriores permanece limitada a los implicados. En los anteriores sentidos, la legislación argentina es pionera en un desarrollo amplio de los Derechos Humanos en temas de sexualidad.

Además de lo anterior, Argentina, junto con todos los demás analizados, permite ya el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin que esta resolución haya formado parte del análisis por tratarse de disposiciones de materia civil. De manera análoga, no se incluyó en el análisis la resolución de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la que se otorgó a la persona el derecho de rectificar en su acta de nacimiento el nombre y el sexo (Amparo Directo 6/2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Finalmente, al momento de hablar de la protección a la integridad sexual, se encuentra que cada país tiene una distinta definición al momento de proteger. En general, los delitos de violación, abuso u hostigamiento sexual se encuentran protegidos en todas las legislaciones con definiciones al delito similares, con algunas excepciones, en los que la violación sólo está configurada para la mujer, o bien, contiene agravantes cuando hay violencia, o no se configura sin que ella exista. El problema, nuevamente, en este espectro, es la designación de consentimiento al momento de aplicar la pena, lo que en un sistema ampliamente patriarcal puede resultar difícil, mientras sigan empleándose términos en la ley como “mujer de buena fama” u “honrada” en los que la sexualidad de la mujer sigue siendo más limitada a la del sexo masculino, tomando todavía una fuerte carga moral a la mujer que realice la fornicación o de alguna manera exprese y explore su sexualidad.

La información anterior puede ser conceptualizada de manera gráfica y comparativa en las Tablas 3 y 4 del Anexo C.

## *5.2 Conclusiones*

No sólo en México, sino a nivel internacional, se está viviendo una internacionalización del derecho que ha alcanzado incluso este trabajo, inicialmente pensado

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

con la simple finalidad de ubicar por qué dos derechos con relación a fenómenos similares (sexualidad y drogas) cuentan con distinta protección e intervención del Estado en el continente americano, siendo que, como se vio en el Capítulo referente a los Derechos Humanos, luchas en ambos temas podrían ser libradas por medio de los mismos derechos.

El tema de los Derechos Humanos fue integrado a este trabajo cuando en el primer acercamiento a ambos temas se notó que la defensa de ambos era el mayor punto de encuentro, y que todo el marco que regulaba esa defensa, estaba basado en lo establecido por los Derechos Humanos, con énfasis en algunos de ellos. Sin embargo, mientras más se avanzó en la legislación nacional de cada uno de los países, fue más que claro que a pesar de que el punto de encuentro se clarificaba, mientras sentencias protegían por igual los derechos a la privacidad, a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, los Derechos Humanos no sólo constituyen un medio de defensa, sino un medio de unificación del derecho.

La privacidad, en las sentencias analizadas, va siempre en el sentido del respeto a las elecciones del individuo que nada tengan que ver con un tercero. Estas pueden darse en el sentido de consumir marihuana en el hogar, como de sostener relaciones consensuales entre adultos del mismo sexo. La igualdad, cuando se busca una no discriminación a los usuarios de drogas, que pueden o no ser adictos o dependientes, así como a las parejas del mismo sexo que buscan contraer matrimonio, o cuando los salarios entre hombres y mujeres deben ser iguales al mismo trabajo. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando el Estado además contrae una obligación de proporcionar a sus ciudadanos el mínimo social y económico de los que hablaban Rawls y Gerwith, en donde se incluyen los derechos con relación a la sexualidad, así como los relativos al fenómeno de las drogas. Al terminar este trabajo, y con las normatividades analizadas, parece ser que la propuesta de Rawls sobre una universalización de los principios, lo que ya está siendo llevado a cabo ahora por medio del derecho internacional de Derechos Humanos.

La pregunta inicial de investigación: ¿Por qué los Estados de México, Estados Unidos, Brasil, Argentina y Uruguay han avanzado más su normatividad en materia de Derechos Sexuales y Reproductivos que en materia de consumo de drogas? Se responde entonces afirmando la hipótesis inicial: los Estados analizados presentan una normatividad más avanzada en materia de Derechos Sexuales y Reproductivos que en materia de derechos

de consumo de drogas, puesto que existe una relación entre el consumo de drogas y la criminalidad que ha sido perpetuada y apoyada por la política pública y el discurso científico influyente en la normatividad (Richards, 1982).

Una vez adentrados en la normatividad por países, en las resoluciones de sus Cortes respecto a los temas aquí tratados, e incluso frente a sus reservas frente al Pacto de San José, o bien, la falta de ratificación (como en el caso de los Estados Unidos), ha sido claro que la criminalización y no solo la penalización de conductas relacionadas a las drogas es la que marca la mayor pauta entre la protección de los Derechos Humanos en este ámbito y en el ámbito de los Derechos Sexuales y Reproductivos, muy a pesar de que, como pudo verse en el capítulo sobre Derechos Humanos, la defensa actual en ambos campos se lleva de manera similar (véase apartado dedicado al Libre desarrollo de la personalidad).

Adicionalmente, el análisis hecho en este trabajo, trató de realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados (Amparo en revisión 237/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014). Sin embargo, se reconoce que la perspectiva final busca una completa protección de Derechos Fundamentales, de forma que el trabajo cuente con la cohesión en la defensa que lleva a responder y a probar la pregunta de investigación, así como la hipótesis.

Así bien, en el apartado de Derechos Humanos de este trabajo se dijo que la persecución de los consumidores de drogas, al no constituir un problema de interés social, debería conllevar a la no intervención del Estado, en pos de la defensa de los derechos humanos de autonomía y privacidad. Lo anterior se sostiene ampliamente. No sólo el derecho se ha establecido con estas bases, como fue visto en varias de las sentencias otorgadas por las Cortes Supremas de los países analizados, integrando además el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad personal, sino que se ha establecido que la despenalización no es suficiente en respeto a los Derechos Humanos: también debe darse una descriminalización. Dicha descriminalización respondería no solo a una amplitud de acción en la persona, sino a un reconocimiento total de su autonomía y proyecto de vida, contenidas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Análogamente, el etiquetamiento social se esperaría con esta descriminalización pudiera ser asimilado a la normalidad consensuada. No obstante, la intervención del Estado, de acuerdo a lo estudiado, es creída conveniente en

cuanto a la regulación del mercado, como lo hace con muchas otras sustancias, causen dependencia o no.

Con lo anterior en cuenta, y tras haber concluido este estudio, se da entonces una respuesta a la ya evidente ventaja que tienen los Derechos Sexuales y Reproductivos sobre la política de drogas, cuando, nuevamente, podrían ir avanzando a la par. Dicha respuesta se centraría precisamente en la hipótesis de investigación sobre la criminalización de las conductas relacionadas con las drogas; desde el momento en que las conductas relacionadas con la sexualidad se han ido despenalizando y descriminalizando, el camino hacia un derecho de protección e integración comienza. En el caso de las drogas, mientras cuenten con una penalización y criminalización del Estado, más difícil será que los Derechos Fundamentales se respeten, así como que la normatividad avance.

El papel de intervención del Estado, por tanto, no debe ser totalmente dejado de lado. Ya se vio en los capítulos iniciales el peso que los discursos de salud y moral tienen, mas, incluso de acuerdo al estudiado derecho al libre desarrollo de la personalidad, se sabe que el Estado tiene una obligación de garantizar los medios mínimos para que dicho desarrollo pueda darse sin una coacción. Por tanto, no debe pasarse por alto que desde que se cuenta con un estado de derecho, deben existir algunas regulaciones. Mas lo anterior es muy distinto a que se transgreda la esfera personal de los individuos, como ha ocurrido y sigue ocurriendo actualmente. Nuevamente, debe destacarse la obligación del Estado de proporcionar un mínimo social y económico. En ese sentido, en lo respectivo al fenómeno de las drogas, dicho mínimo consistiría en información, atención médica para los casos de consumo problemático, y que dicha atención sea empoderante y específica, sin caer en reduccionismos sobre una influencia meramente biológica en la adicción (Weinberg, 2008) y control en la calidad de los productos, así como los Derechos Fundamentales previamente mencionados. En el sentido de los Derechos Sexuales y Reproductivos, se ha venido dando, primero reconociendo el derecho a la sexualidad de toda persona, y luego protegiéndola, como lo hace, en algunos casos, tan elegantemente (Identidad de Género en Argentina).

¿Cómo se llega a esa descriminalización de conductas privadas que no afectan a terceros? La mejor réplica a la que se puede llegar tras este trabajo, demasiado sencilla, es que sólo puede ser por medio de un derecho democrático y consuetudinario. Son las soluciones de las Supremas Cortes las que están dando la mayor protección a los Derechos

Fundamentales, y los países donde hay participación más activa donde los mayores avances en ambas materias se están dando (Uruguay, como mejor ejemplo).

Son las legislaciones donde en efecto los implicados están tratando de modificar y de tener un algo que ver en la manera en la que su forma de vida y sus elecciones se ven afectadas por el derecho. En fin, un empoderamiento a los verdaderos implicados en los temas.

Así, se configura y cierra ese ir y venir entre gobierno y gobernado: en esa protección invisible y casi ajena, pero al tanto de a quién se está protegiendo; muy lejana a la figura de un padre protector y autoritario, que al crecer todo hijo reconoce en sus defectos, y más cercana a una red de protección, una vez configurada nuestra individualidad.



## Glosario

**Aphrodisias:** “las obras” o los actos de Afrodita, en los que se busca cierta forma de placer.

**Autoatención:** la necesidad del individuo y su entorno inmediato de establecer acciones para resolver daños, padecimientos o enfermedades.

**Derechos relacionados a las drogas:** diversos derechos relacionados al las drogas, que incluyen: derecho al consumo (descriminalización del uso); derecho a tenencia (descriminalización de la posesión); descriminalización del tráfico menor; proporcionalidad de las penas al mercado ilícito de las drogas; uso ritual descriminalizado; diferenciación en las penas de acuerdo a una categorización adecuada de las sustancias ilícitas.

**Derechos Sexuales y Reproductivos:** aquellos que hacen referencia al derecho humano reconocido a expresar la propia sexualidad sin discriminación por motivos de orientación sexual. El derecho a la sexualidad reconoce el derecho a la libertad de orientación sexual de las personas y su diversidad, ya sea esta heterosexual, homosexual (lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero) así como la protección de esos derechos. El derecho a la no discriminación es la base del derecho a la sexualidad, pero está estrechamente relacionado con el ejercicio y la protección de otros derechos humanos fundamentales. Junto a los principios que se recogen en la legislación internacional sobre derechos humanos los derechos sexuales y el derecho a la sexualidad también aparecen reflejados en las declaraciones de la ONU sobre los derechos reproductivos y salud reproductiva.

**Drogas:** se toma la acepción de las sustancias delimitadas como ilegales, o que tienen esa connotación en conjunto y no a otras drogas insertadas en el contexto como drogas denominadas por su nombre y raramente llamadas drogas – como es el caso del alcohol y el tabaco –.

**Moralismo jurídico:** distintos mundos morales, y el ámbito público, donde esos mundos confluyen y conviven

**Seguridad Sanitaria:** conjunto de regímenes y tratados que conllevan al control de drogas, fuera de una esfera moral, debido a que constituyen una amenaza a la salud colectiva e individual.

**Sexualidad:** fenómeno relacionado con distintos campos de conocimiento, que van desde mecanismos biológicos de la reproducción, hasta variantes de comportamiento a nivel individual o social; a la vez, con el conjunto de reglas y normas apoyadas por la tradición, instituciones religiosas, judiciales, pedagógicas o médicas, y también como a las percepciones del individuo sobre su valor y su conducta, sus deberes, sus placeres, sentimientos, sensaciones y sueños.

**Uso de drogas:** fenómeno de la incorporación al organismo humano de unas sustancias químicas, con unas características farmacológicas que actúan sobre todo a nivel psicotrópico, pero cuyas consecuencias, funciones, efectos, y significados son el producto de las definiciones sociales, culturales, económicas y políticas que las diferentes formaciones sociales (grupos, colectivos e individuos) elaboran, negocian y/o disputan en el marco histórico en el que se sitúan sus prácticas.

## Bibliografía

- Acta de Inconstitucionalidad 4.277, Tribunal Supremo de Brasil, 2011.
- ADN Político (2012). “Las drogas son la 'esclavitud del siglo XXI': Calderón”. Disponible en: <http://www.adnpolitico.com/gobierno/2012/02/14/las-drogas-son-la-esclavitud-del-siglo-xxi-calderon> (consultado el 2 de mayo de 2014).
- Aguiar, S. y Musto, C. (2015). “El rayo verde: Regulación de la marihuana en Uruguay”. En B. C. Labate y T. Rodrigues (eds.) *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*. CIDE, México, D.F.
- Alonso, F. (2015). *La Política de Drogas Mexicana*. En B. C. Labate y T. Rodrigues (eds.) *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*. CIDE, México, D.F.
- Amendment 64 Use and Regulation of Marijuana Colorado USA (2012)
- American Psychiatric Association (1952). Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM). APA.
- Amparo en revisión 152/2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2015)
- Arana, X. y Germán, I. (2005). “Las personas usuarias de drogas especialmente vulnerables y los derechos humanos: personas usuarias con patología dual y mujeres usuarias de drogas”. En *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, 19, 2005.
- Boiteux, L. (2015). “Contradicciones y ambigüedades en la política brasileña de drogas en el siglo XXI: Avances y retrocesos”. En B. C. Labate y T. Rodrigues (eds.) *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*. CIDE, México, D.F.
- Boiteux, L., Chernicharo, L. P. y Alves, C. S. (2014). “Human Rights and Drug Conventions: Searching for Humanitarian Reason in Drug Laws” en B. C. Labate y C. Cavnar (eds.) *Prohibition, Religious Freedom, and Human Rights: Regulating Traditional Drug Use*. Springer-Verlag, Berlin Heidelberg.
- Bowers v Hardwick, 478 USA 186 (1986)
- Brochu, S. y Zambrana, C. (2005). “Globalización económica y drogas”. En *Cuaderno del Instituto Vasco de Crimonología San Sebastián*, 19, 2005.
- Cappelletti, M. (2007). *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Porrúa-UNAM, México.

- Carneiro, H. (2002). "Autonomia ou heteronomia nos estados alterados de consciencia". En Beatriz Caiuby Labate, Sandra Goulart, Mauricio Fiore, Edward MacRae y Henrique Carneiro (comp.). *Cultura e drogas: novas perspectivas*. EDUFBA.
- Código Penal Decreto-Ley N°2.848 Brasil (1940)
- Código Penal de la Nación Argentina (1984)
- Código Penal Federal México (1931)
- Código Penal Uruguay (1933)
- Colectivo por una Política Integral hacia las Drogas (CUPIHD) (2012). *Primera Encuesta de Usuarios de Drogas Ilegales en la Ciudad de México*. CUPIHD, México.
- Colorado Initiative 40, USA (1998)
- Constitución de la República Federativa de Brasil (1988). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1875>
- Constitución de la República Oriental de Uruguay (1997). Disponible en: <http://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica>
- Constitución de los Estados Unidos de América (1787). Disponible en: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
- Constitución para la Nación Argentina (1994). Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/deInteres>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>
- Controlled Substances Act (1970)
- Conway, J. K., Burke, S. C. y Scott, J. W. (2000). "Concepto de Género" en Marta Lamas (comp.) *La Construcción Cultural de la diferencia Sexual*. PUEG, Grupo Editorial Miguel Ángel, Porrúa. México.
- Corda, R. A. (2015). "La política sobre drogas en Argentina: Las consecuencias de una matriz prohibicionista-abstencionista". En B. C. Labate y T. Rodrigues (eds.) *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*. CIDE, México, D.F.
- De Schutter, O. (2014). *International Human Rights Laws*. Segunda edición. Cambridge University Press, Reino Unido.

- Del Rio García, E. (2010). *Machismo, feminismo, homosexualidad*. Ciudad de México: Grijalbo.
- Delgado Rojas, J. I. (2014). “Libertad y moralismo legal en Dworkin”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº 6, marzo – agosto 2014, pp. 377-386.
- De la Torre Rangel, J. A. (2008). *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*. Librería editorial jurídica e integral, TEMIS.
- Di Ruffior, P. B. (1975). *Introducción al derecho constitucional comparado*. Fondo de Cultura Económica.
- Dupret, B. (2007). Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies*, Issue 1. Disponible en: <http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf> (consultado el 8 de mayo de 2014).
- Eisenstadt v Baird, 405 USA 438 (1972)
- Fallo Arriola, Corte Suprema de Justicia, Argentina, 2009.
- Fallo Montalvo, Corte Suprema de Justicia, Argentina, 1990.
- Federal Trafficking Penalties for Schedules I, II, III, IV and V (except Marijuana) (s/f) Página oficial de la DEA.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (1968). *Las Palabras y las Cosas. Una Arqueología de las ciencias humanas*. Editorial Siglo XXI.
- Foucault, M. (1998). *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*. Editorial Siglo XXI.
- Foucault, M. (2000). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: El libro de bolsillo.
- Foucault, M. (2003). *Historia de la Sexualidad 2: El uso de los placeres*. Madrid: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2008). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa editorial.
- Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/1/>
- Halley, J., Kotiswaran, P., Shamir, H., Thomas, C. (2006). “From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex

Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism”. Harvard Journal of Law & Gender, vol. 29: 419-423.

Hertel, C. (2009). *Sistemas Jurídicos del mundo. Sistemas y familias jurídicas del mundo*. <http://brd.unid.edu.mx/sistemas-juridicos-del-mundosistemas-y-familias-juridicos-del-mundo/>

Human Rights Watch (2015). Informe Mundial 2014. Disponible en: [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2014sp\\_web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2014sp_web.pdf)

Initiative Measure N° 502, Washington D.C. USA (2011)

Jensema, E. (2013). Una sencilla pero exhaustiva guía básica de por qué el TNI considera que los derechos humanos deben ser la base de cualquier debate sobre el control de drogas. Transnational Institute. Disponible en: <http://www.tni.org/es/briefing/derechos-humanos-y-politicas-de-drogas> (consultado el 10 de abril de 2015).

Labate, B. C. & McRae, E. (2006). *The Light From the Forest: The Ritual Use of Ayahuasca in Brazil*. Equinox Publishing.

Labate, B. C. & Bouso, J. C. (eds.) (2013). *Ayahuasca y Salud*. La Liebre de Marzo.

Labate, B. C. & Rodrigues, T. (2014). “Políticas de Drogas en México: entre el narco, la represión y las alternativas”. CIDE. Manuscrito.

Labate, B. C. & Rodrigues, T. (2015). Prohibition and the "war on drugs" in the Americas: an analytical approach. En prensa.

Lamas, M. (2004). “¿Qué generó el género?” en Mónica Zárata y Olivia Gall (coord.), *Mujeres al timón de la función pública*. SEDESOL, INDESOL, Instituto de Liderazgo.

Ley N° 8.080 Ley Orgánica de Salud Brasil (1990)

Ley N° 23.737 Argentina (1989)

Ley N° 26.743 Identidad de género, Argentina (2012)

Ley N° 11.343 Brasil (2006)

Ley N° 18.211 Sistema Nacional Integrado de Salud, Uruguay (2007)

Ley N° 18.335 Pacientes y usuarios de los servicios de salud, Uruguay (2008)

Ley N° 18.426 Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, Uruguay (2008)

- Ley N° 18.987 Interrupción voluntaria del embarazo, Uruguay (2012)
- Ley N° 19.172 Marihuana y sus derivados, Uruguay (2013)
- Ley General de Salud México (1984)
- Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 Argentina (2010)
- Ley Salud Pública 26.742 Argentina (2012)
- Madrazo, A. (2010). “Género y Libertad de Expresión” en Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. Suprema Corte de la Justicia de la Nación/Fontamara, pp. 103-131.
- Marcuse, H. (1983). *Eros y civilización*. Sarpe.
- McFadden v. United States 576 U.S. (2015). Disponible en: [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-378\\_k537.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-378_k537.pdf)
- Medeiros, F. (2015). “Necropolítica da “guerra” às drogas: um olhar etnográfico sobre “homicídios” relacionados ao “tráfico de drogas” na região metropolitana do Rio de Janeiro”. Ponencia en *Congreso Drogas, Política y Cultura*. CIESAS Occidente, Guadalajara, México.
- Miller, A. M. y Vance, C. S. (2004). “Sexuality, Human Rights and Health”. Harvard College.
- Morales Brand, J. L. E. (2010). *El modelo criminológico en el sistema de justicia penal mexicano*. Ciudad de México: Flores Editor.
- Northup, N. (2011). Estranged Bedfellows: Sexual Rights and Reproductive Rights in U.S. Constitutional Law. *Human Rights Magazine*. Vol. 38 No. 2
- Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. (2014)
- Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Página Oficial, (2015). Disponible en: <http://www.oas.org/es/>
- Organización Mundial de la Salud (OMS), (2002). “¿Qué es la salud sexual?”. Disponible en: [http://www.sexarchive.info/ECS5/declaracion\\_de\\_los\\_derechos\\_se.html](http://www.sexarchive.info/ECS5/declaracion_de_los_derechos_se.html).

- Página oficial del Instituto Guttmacher (2015). Disponible en:  
<https://www.guttmacher.org/united-states/abortion>
- Página oficial del National Investigation Justice (2015). Disponible en:  
<http://www.nij.gov/topics/crime/rape-sexual-violence/pages/welcome.aspx>
- Página Oficial de la Organización de los Estados Americanos (2014). En español. Disponible en:  
[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Uruguay](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Uruguay):
- Palazzi, V. P. (s/a). “Feminismo y humanismo: congruencia y vicisitudes desde una perspectiva de género”. *Cifra 6*.
- Poder Judicial de la Federación (2000). *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. Dirección General de Comunicación Social, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F.
- Poder Judicial de la Federación, México (2009). Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS, 6 de enero de 2009, disponible en: [www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../08000060.001.doc](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../08000060.001.doc)
- Ponce de León Armenta, L. (2011). *La metodología de la investigación científica del derecho*. México, Editorial Porrúa.
- Proyecto de Decreto Legislativo N° 106 Matrimonio a personas del mismo sexo, Brasil (2013).
- Richards, D. A. J. (1982). *Sex, Drugs, Death and the Law. An Essay on Human Rights and Overcriminalization*. Rowman & Littlefield.
- Roe v Wade 410 USA 113 (1973)
- Romaní, O. (2008). “Política de drogas: prevención, participación y reducción del daño”. *Salud Colectiva*. Buenos Aires, 4(3) 301-318.
- Saez, M. (2014). “Transforming Family Law Through Same-Sex Marriage: Lessons From (and to) The Western World”. *Duke Journal Of Comparative & International Law* Vol 25:125.
- Salazar García, M. (1995). Los Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México en el Marco Jurídico Internacional.

Sánchez- Moreno McFarland, M. (2014). “Por qué el respeto a los derechos humanos exige reformas a las políticas de drogas. Cómo la criminalización de las drogas destruye vidas, fomenta abusos y sbvierte la justicia”. En *Informe mundial 2014*. Human Rights Watch.

Sesión pública de amparo en revisión 237/2014, México (2015)

Smith, P. (2002). “Drugs, Morality and the Law”. *Journal of Applied Philosophy*, vol 19, no. 3.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2009). Jurisprudencia P. LXVI/2009, emitida por el Pleno, diciembre de 2009, tomo XXX, número de registro 165822. “Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.”

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2010). Expediente varios 912/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2011). P. LXIX/2011, emitida por el Pleno, diciembre de 2011, tomo I, número de registro 160525. “Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos.”

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2012). Tesis: IV.3o.A.10 K, emitida por tribunales colegiados de circuito, Diciembre de 2012, tomo II, número de registro 2002268. “Control de convencionalidad. Parámetros para ejercerlo en el ámbito jurisdiccional conforme a la ejecutoria emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente varios 912/2010”

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2013). Tesis I.4°.A.20 K, emitida por tribunales colegiados de circuito, diciembre de 2013, tomo II, número de registro 2004203. “Principio pro homine. Variantes que lo componen”.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2014a). Tesis: 2a./J. 16/2014, emitida por Segunda Sala, abril de 2014, tomo I, número de registro 2006186. “Control difuso. Su ejercicio en el juicio contencioso administrativo.”

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2015). Opinión del ministro José Ramón Cossío Díaz en amparo en revisión 237/2014 (uso recreativo de la marihuana). Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). “El feminismo de la Gobernanza”, en *Boletín Género y Justicia*, Boletín No. 48, Junio 2013.

United States v. Oakland Cannabis Buyers' Cooperative 532 U.S. 483 (2001). Disponible en: [https://scholar.google.com.mx/scholar\\_case?case=3688851671868228331&q=United+States+v.+Oakland+Cannabis+Buyers%27+Cooperative&hl=en&as\\_sdt=2006&as\\_vis=1](https://scholar.google.com.mx/scholar_case?case=3688851671868228331&q=United+States+v.+Oakland+Cannabis+Buyers%27+Cooperative&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1)

Villalobos Badilla, K. J. (2012). “El Derecho Humano al libre desarrollo de la personalidad” (Tesis de obtención de grado). Universidad de Costa Rica. Disponible en: [https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi3iMmckofMAhWmlYMKHeWYAo4QFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Ftablas%2Fr31089.pdf&usg=AFQjCNGKgZnq4WGYUxswopak03Q\\_IJikw&sig2=mnGSzvA-IXwbJory8mIAmQ](https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi3iMmckofMAhWmlYMKHeWYAo4QFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Ftablas%2Fr31089.pdf&usg=AFQjCNGKgZnq4WGYUxswopak03Q_IJikw&sig2=mnGSzvA-IXwbJory8mIAmQ)

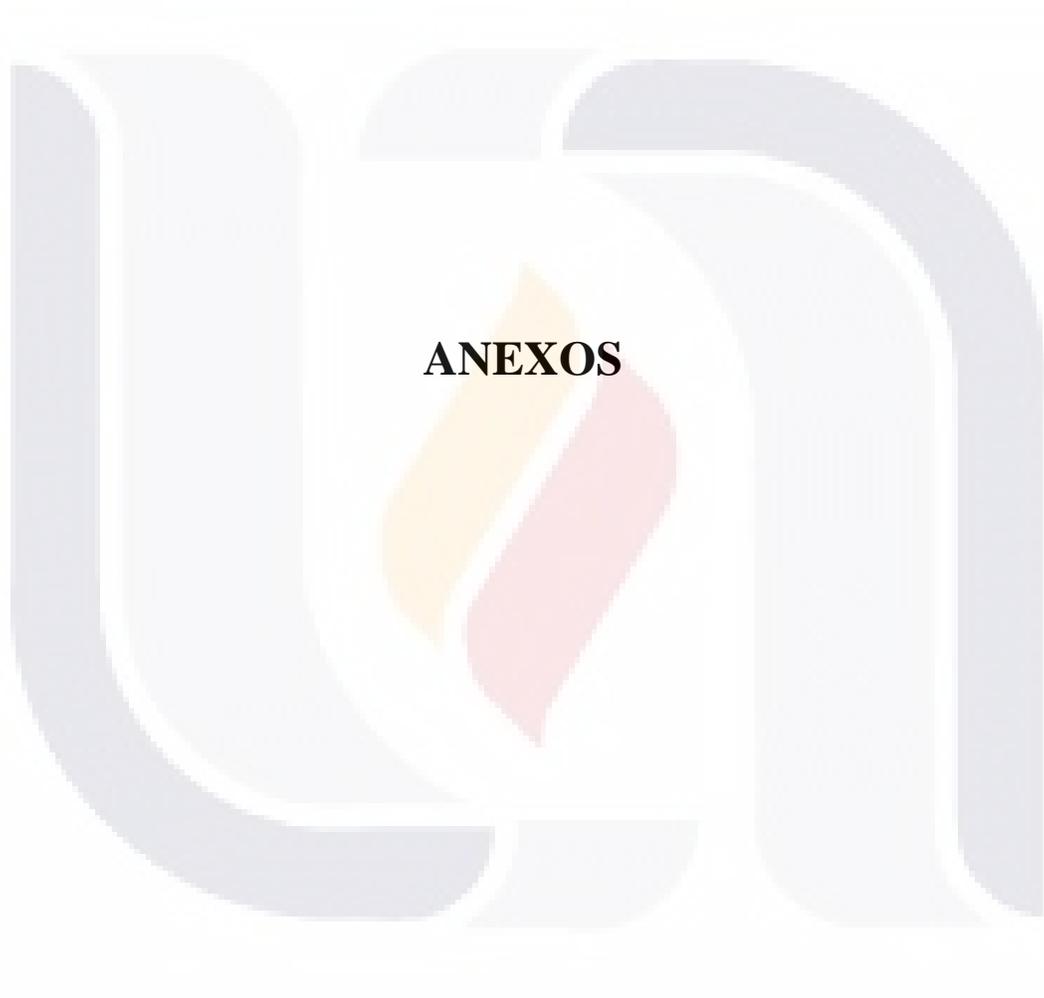
Weeks, J. (1998). “La invención de la Sexualidad” en *Sexualidad*. PUEG-UNAM/Paidós. México.

Weinberg, D. (2008). “Hacia un entendimiento post-humanista de la adicción”. *Política y sociedad*, Vol. 45, Núm. 3: 159-175.

West, R. (2000). “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”. *Wisconsin Women's Law Journal*, Vol. 15, Georgetown Public Law Research Paper No. 11-53.

World Health Organization (WHO) (2015). *Sexual Health, human rights and the law*. World Health Organizations.

Zweigert, K. y Kötz, H. (2002). *Introducción al Derecho Comparado*. Oxford University Press Colección.



## **Anexo A: Derecho Comparado**

Durante la elaboración de esta investigación surgieron varios inconvenientes al momento de elegir una metodología que cumpliera con los objetivos iniciales que dieron pie y forma al trabajo. Deseando que la misma abarcara una amplia definición de normatividad (De la Torre Rangel, 2008) y a la vez tuviera el carácter general de un estudio no sólo normativo, sino de filosofía del derecho, las opciones parecían reducirse más mientras se gestaban objetivos particulares y planes de trabajo.

Inicialmente, se creyó que se podría hacer un estudio sobre los logros específicos de los países elegidos en el continente americano, de manera que se descubrieran los principios inscritos en la ley escrita nacional que da camino a que los Derechos Sexuales y Reproductivos y los derechos de los consumidores de drogas presenten un distinto grado de desarrollo.

Varias evidentes desventajas se presentaron en esta primera intención: inicialmente, el trabajo exhaustivo en cada uno de los países elegidos, en toda su legislación que incluyera los derechos a estudiar, sería tarea que excedería el tiempo destinado a la realización de esta investigación, e incluso, si acaso, al trabajo de la vida de varios juristas y estudiosos del derecho. Es decir, la investigación en dichos términos no parecía ser plausible.

En segundo lugar, el enumerar las bondades y dificultades de las legislaciones nacionales de los países del continente americano difícilmente llevaría a concluir los retos que en conjunto se presentan en el derecho de la región. Las figuras de cada uno de los países podrían ser distintas y el mencionarlas evitaría que finalmente se hiciera un balance y se concluyeran metas en concreto.

La respuesta a estas dificultades llegó al primero dar cuenta de un punto clave que responde al objetivo general: los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos, de naturaleza internacional y con características universales brindarían un punto del derecho que puede ser analizado por medio de específicos instrumentos del derecho internacional en el que los países firmantes, independientemente de su situación actual en la legislación local, se comprometen a seguir principios determinados y hacer los cambios adecuados que los lleven al cumplimiento de su inserción en los tratados.

Así, la metodología del derecho comparado surgió como la idónea elección para abordar el tema principal, llevarlo a cabo en una tarea sencilla en cierto punto, pero con un objetivo fijo que puede ser cumplido con alta sistematicidad y aportaciones. A continuación se da cuenta de los pormenores de la metodología elegida.

### *El Derecho Comparado*

“Comparación de los diferentes sistemas legales del mundo” (Zweigert y Kotz, 2002: 3), en términos llanos, esta es una definición del derecho comparado. Comenzando en el año 1900, su objetivo inicial fue el de crear un derecho mundial, así como el de encontrar la verdad, aspecto fundamental que conlleva a que las investigaciones que optan por usarlo no tengan un propósito inmediato. Además, ayuda a acercarse gradualmente a distintos puntos de vista, al abandono a la complacencia y al relajamiento de los dogmas.

Por medio de reflexiones comparativas específicas en su aspecto de microcomparación, busca llegar a principios generales como solución y toma en cuenta todo lo que contribuya a formar determinada conducta humana en las situaciones estudiadas. En este mismo sentido de microcomparación, es útil en la interpretación de tratados. Dentro de esta investigación, será utilizado este método comparativo de microcomparación.

La metodología expuesta por Zweigert y Kotz (2002) considera que ningún estudio que se limite a la legislación local es científico, puesto que una de las características de la ciencia es su internacionalidad (la física no es mexicana o peruana). Así bien, como objetivo primordial y beneficio práctico, enumera al I. Conocimiento. El resto de los beneficios descritos por los autores se enumeran enseguida:

II. Instrumento

III. Herramienta de interpretación

IV. Enseñanza del derecho

V. Unificación

Sin ahondar demasiado en dichos beneficios, se destaca especialmente aquél relacionado con la interpretación, puesto que por medio de este se encuentran vacíos incluso

en sistemas pertenecientes a distintas familias jurídicas (civil y common law) por medio de la interpretación de los sistemas locales, o bien de las leyes uniformes o internacionales.

Tanto este elemento como el de la unificación son de especial utilidad en este estudio; la unificación conlleva a señalar elementos comunes, reconciliarlos y crear, idealmente, leyes modelo. En el caso particular de esta investigación, la unificación e interpretación de tratados internacionales y la ideación de algo similar a una ley modelo podrán ayudar a señalar vacíos, principios y metas en común.

Finalmente, se encuentra que en dicha metodología la legislación difícilmente es tomada como la principal fuente de derecho, mucho menos la única. Esto resulta especialmente útil, puesto que se tuvo siempre la meta de tener un análisis del derecho que trascendiera la legislación y se apegara a conceptos más amplios e inclusivos del derecho internacional.

#### *La metodología del derecho comparado*

Siguiendo lo dicho por Zweigert y Kotz (2002) entendemos que la práctica del Derecho Comparado es relativamente nueva y sus practicantes, investigadores experimentales. Siendo el método crítico de la ciencia del derecho, contiene como ha sido visto antes, bondades especiales que lo hacen trascender de otras ideologías propias del derecho. Incluso hoy, la metodología sigue con una propensión al ensayo y error y el uso de herramientas prácticas como la intuición siguen siendo utilizadas.

El derecho comparado recae sobre bases sólidas y realistas en las que no sólo observa sino que busca un mejor camino respecto a materiales legales. A la vez, llega a la formación de conceptos más profundos.

El principio básico de la metodología es la funcionalidad, por lo que sólo pueden compararse cosas que tienen una misma función. Dentro de esta investigación, el Pacto de San José será este elemento con similar función. Para poder evaluar que en efecto se está llevando a cabo una comparación con similitudes funcionales, deben hacerse las siguientes preguntas sin referencia a conceptos de algunos de los sistemas específicos que se busca comparar:

1. ¿Cómo protege? En este caso: ¿cómo protege los derechos sexuales y reproductivos de acuerdo a determinado tratado internacional de derechos humanos del que es firmante?; ¿cómo protege los derechos relacionados a las drogas de acuerdo a determinado tratado internacional de derechos humanos del que es firmante?

2. ¿Cómo regula? En esta investigación: ¿cómo regula los derechos sexuales y reproductivos de acuerdo a determinado tratado internacional de derechos humanos del que es firmante?; ¿cómo regula los derechos relacionados a las drogas de acuerdo a determinado tratado internacional de derechos humanos del que es firmante?

3. Finalmente, y agregada especialmente a esta investigación: ¿cómo cumple de acuerdo a determinado tratado internacional de derechos humanos del que es firmante?

De las preguntas anteriores se concluye además que el estudio no puede limitarse a un sistema nacional; el análisis se dirige, en cambio, a un problema concreto.

Al preguntarse por qué los sistemas extranjeros o de distintas familias jurídicas tratan soluciones o se abstienen de dar soluciones a ciertos problemas, se llegan a conclusiones generales del propio derecho, así como a distintas percepciones de justicia. Se evitan limitaciones y restricciones y se toma como fuente de derecho cualquier cosa que conforme o afecte la ley.

En esta investigación, los medios de cumplimiento o solución dados por distintos países son evaluados a partir de tres normatividades escritas: la constitución del país, y las legislaciones federales correspondientes a los temas de salud y derecho penal. Al comenzar realizando un análisis exhaustivo del Pacto de San José y de los derechos que de ahí devienen en sexualidad y drogas, el estudio enumera los criterios que determinan si un país firmante ha solucionado o no el problema.

A pesar de que no se puede lograr el estudio de la totalidad de los factores que afectan la organización del derecho a partir de este breve estudio de la legislación (geografía, clima,

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

raza, situaciones de guerra o colonización, etc.), un aproximado que tome en cuenta estos elementos debe lograrse. Lo anterior, observando, arriesgándose y manteniéndose alerta con imaginación y disciplina a lo dispuesto en la normatividad, realizando un análisis crítico de la misma.

Al hacer lo anterior, puede encontrarse que distintos sistemas, inclusive de distintas familias jurídicas, prescriben soluciones idénticas o muy parecidas pese a diferencias históricas, conceptos y estilo de operación.

En los casos de temas que implican valores morales, como es el caso de esta investigación, dificultades extras son encontradas. Sin embargo, el punto en común que brindan los Derechos Humanos parece saltar este tipo de barreras, sobre todo porque los países firmantes se encuentran sometidos todos a lo que pudiera ser entendido como una uniformidad de valores (Zweigert y Kotz, 2002).

Por otro lado, al comparar cuestiones particulares, es difícil pasar por alto en este análisis los sistemas originales que dan origen a sistemas afiliados (por ejemplo, el sistema inglés como originario del Common Law). En este trabajo, los cinco casos elegidos son en realidad sistemas afiliados y no originarios. No se cree, sin embargo, que haya necesidad de acudir a los sistemas originales europeos necesariamente, puesto que por un lado, siguiendo las palabras de Drobnič (ídem), no existe un monopolio en la creación del derecho, por otro, los sistemas americanos tienen sus propias características fundamentales que difieren en mayor o menor medida de sus originarios (sobre todo en el caso de EEUU) y, finalmente, porque cada uno de los sistemas elegidos es representativo en cuanto a distintas soluciones del problema planteado.

De acuerdo a Drobnič, el primer paso en esta comparación consiste entonces en la elección de los países que se van a analizar por medio de un primer acercamiento a los sistemas, mismo que no es presentado en el texto final de esta investigación.

Tras este primer acercamiento a los sistemas, se continúa hacer una yuxtaposición entre los casos presentados. Cabe señalar que el proceso de comparación real es singular, por lo que es imposible extraer principios del todo sólidos. En todo caso, el análisis comparativo revelará las diferencias entre las soluciones reales presentadas por los sistemas. Aquí la tarea no termina; limitarse a enumerar similitudes y diferencias sería un trabajo del que difícilmente podría llegarse a conclusiones más profundas.

Lo adecuado sería presentar informes que correspondan a los principios de cada sistema y traducir a funcionalidad mientras se hace un cuestionamiento de porqué las distintas soluciones han sido acatadas. Evidentemente, aquí se podrá atribuir la singularidad de cada solución a aspectos económicos, sociológicos o de ciencia política.

Para que la tarea de comparación sea completa, es requerido crear un sistema de análisis que involucre a los sistemas reales. Dicho sistema debe ser flexible, con conceptos amplios para compararse de manera funcional y con forma, causa y consideración. Dentro de esta investigación dicho sistema es dado en el panorama del tratado internacional con el lenguaje de Derechos Humanos que ya contiene. De acuerdo a Drobniq (ídem) mientras más amplios seas los alcances de este sistema, tanto más necesario será el desarrollo de conceptos estructurales.

Para terminar, será necesario realizar un análisis o evaluación crítica de lo que se descubrió: ver la clara solución de una de las soluciones, y desde luego, ser explícito en cuanto al porqué es considerado así. Una práctica crítica del derecho, sin duda mejora los principios prácticos y particulares. En la realización de una comparación del derecho internacional, se encara una ciencia del derecho universal en sus resultados, y con una mejora práctica inminente a partir de sus conclusiones.

De manera más sistemática, Mauro Cappelletti (2007), quien habría de considerar al Derecho Comparado un método, más que un derecho a comparar, propone seis etapas para el análisis comparativo. Son las siguientes:

1. Ubicación del problema social a comparar
2. Soluciones jurídicas a las que los países han llegado para solucionarlo
3. Las razones explicativas de las analogías, así como las diferencias de las soluciones al problema
4. Advertimiento entre las tendencias evolutivas (convergentes o divergentes)
5. Valoración de las soluciones en cuando a eficacia para resolver el problema
6. Predicción de desarrollos futuros por medio de la muestra de tendencias evolutivas que muestren las distintas soluciones jurídicas.

El estudio aquí presentado se basa principalmente en estos seis pasos, de los cuáles, el primero puede ser encontrado en el primer capítulo, los puntos dos al cinco en los Capítulos 3 y 4, y el sexto en el capítulo de conclusiones. A pesar de que esta es la línea metodológica que se busca seguir con mayor cuidado, las recomendaciones de Drobniig son tomadas en cuenta al momento de tener un análisis normativo crítico que tome en cuenta las figuras presentadas en cada sistema a partir de un lenguaje de Derechos Humanos que, basándose por completo en lo dicho en el Pacto de San José, ayude a entender soluciones y retos dados por los países al problema estudiado en las normatividades antes mencionadas (constitución y legislaciones federales en tema de salud y derecho penal).

Cerrando este apartado metodológico, ha parecido importante hacer un breve recuento de las formas de Estado en la época moderna, de acuerdo a lo expresado por Di Ruffior (1975) cuando se propone dar una primera descripción del contexto de derecho que permite situar en primer lugar el inicio de la metodología del derecho comparado. A la vez, este recuento permitirá al lector ubicar los sistemas elegidos en esta publicación en particular, y entender los motivos a grandes instancias de por qué han sido elegidos para el modesto ejercicio de comparación que este trabajo constituye.

Inicialmente, se ha de señalar que la evolución de lo que es llamado Constitucionalismo clásico ha sido desarrollado uniformemente en Occidente, entendiéndose por este Europa y el continente Americano. Dentro de esta zona, se puede señalar que existe una comunidad de pueblos cristianos cuyo constitucionalismo surgió posteriormente a la revolución americana y francesa. Las características de dichos sistemas podrían ser resumidas en las siguientes:

1. Limitada actividad gubernamental regulada a través del derecho
2. Determinación precisa de dicha actividad gubernamental por medio de Constituciones escritas.

Los países elegidos para el análisis comparativo de este trabajo cuentan, en primer lugar, con las dos características antes mencionadas. Comparten, además, territorio en el continente Americano, y a partir de sus diferencias raciales, económicas y sociales, cuentan con un sistema constitucional surgido después de la revolución francesa. Desde luego, el

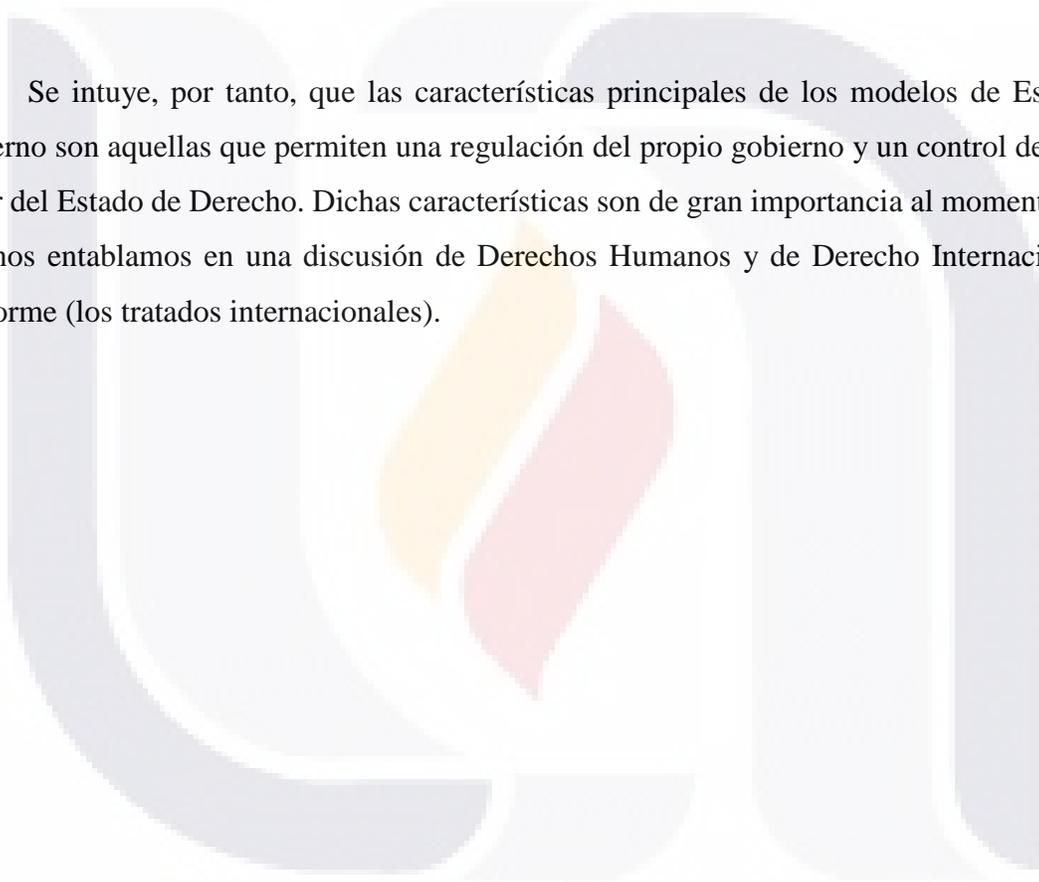
TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

caso estadounidense destaca en este sentido de su propia creación, pues él mismo fue precursor, y dicha situación contiene cierta importancia al momento de presentar el primer informe descriptivo sobre el sistema.

También cuentan con una estructura federal del Estado, en la cual podemos observar las siguientes particularidades:

- a. Existe una división de poderes
- b. Existe un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Se intuye, por tanto, que las características principales de los modelos de Estado moderno son aquellas que permiten una regulación del propio gobierno y un control de él a partir del Estado de Derecho. Dichas características son de gran importancia al momento en que nos entablamos en una discusión de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Uniforme (los tratados internacionales).



## **Anexo B: Reservas y adhesión de países al Pacto de San José**

### **Argentina**

#### *I. Reserva:*

*El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'".*

#### *II. Declaraciones Interpretativas:*

*El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes.*

*El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.*

*El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el "error judicial" sea establecido por un Tribunal Nacional.*

#### *Reconocimiento de Competencia:*

*En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación.*

*Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con*

posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento. (Página oficial de la Organización de los Estados Americanos, 2014).

## **Brasil**

*(Declaración hecha al adherirse a la Convención)*

*El Gobierno de Brasil entiende que los Artículos 43 y 48, letra D, no incluyen el derecho automático de visitas e inspecciones in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales dependerán de la anuencia expresa del Estado.*

*Reconocimiento de Competencia.-*

*"El Gobierno de la República Federativa de Brasil declara que reconoce, por tiempo indeterminado, como obligatoria y de pleno derecho, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62 de la misma, bajo reserva de reciprocidad y para hechos posteriores a esta Declaración". (Página Oficial de la Organización de los Estados Americanos, 2014).*

## **Uruguay**

*(Reserva hecha al firmar la Convención)*

*El Artículo 80, numeral 2 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende "por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría". Esta limitación al ejercicio de los derechos reconocidos en el Artículo 23 de la*

*Convención no está contemplada entre las circunstancias que al respecto prevé el párrafo 2 de dicho Artículo 23 por lo que la Delegación del Uruguay formula la reserva pertinente.*

*(Reserva hecha al ratificar la Convención)*

*Con la reserva formulada al firmarla. Tal reserva se notificó conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.*

*Reconocimiento de Competencia:*

*En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos. (Página Oficial de la Organización de los Estados Americanos, 2014, s/p).*

## **México**

*DECLARACION PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

*1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62,1 de la*

*misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.*

*3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.*

*(Firmado el 16 de diciembre de 1998)*

*Declaraciones Interpretativas:*

*Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción" ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.*

*Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.*

*Reserva:*

*El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en*

*su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.*

*Con fecha 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, subsistiendo en los siguientes términos:*

#### *Declaración interpretativa*

*Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión "en general" usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.*

#### *Reserva*

*El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.*

*El 11 de julio de 2014, la Secretaría General acusó recibo de la nota del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos notificando al depositario el retiro de la reserva respecto del enunciado final del primero de los tres párrafos presentados en ocasión del depósito de la "Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". (Página Oficial de la Organización de los Estados Americanos, 2014, s/p).*

## Anexo C: Tablas

Tabla 1: Penas Federales al Tráfico para Programas I, II, III, IV y V (excepto marihuana)

<b>Penas Federales al Tráfico para Programas I, II, III, IV y V (excepto marihuana)</b>				
<b>Programa</b>	<b>Substancia/Cantidad</b>	<b>Pena</b>	<b>Substancia/Cantidad</b>	<b>Pena</b>
II	Cocaína 500-4999 gramos de mezcla	Primera ofensa: No menos de 5	Cocaína 5 kilogramos o más de mezcla	Primera ofensa: No menos de 10
II	Base de cocaína 28-279 gramos de mezcla	años y no más de 40 años. Si	Base de cocaína 280 gramos o más de mezcla	años. Si muerte o lesiones
IV	Fentanyl 40-399 gramos de mezcla	muerte o lesiones graves, no	Fentanyl 400 gramos o más de mezcla	graves, no menos de 20
I	Análogos a Fentanyl 10-99 gramos de mezcla	menos de 20 años o más. Multa	Análogos a Fentanyl 100 gramos o más de mezcla	de no más de 10 millones si
I	Heroína 100-999 gramos de mezcla	de no más de 5 millones si	Heroína 1 kilogramo o más de mezcla	es individuo, 50 millones
I	LSD 1-9 gramos de mezcla	es individuo, 25 millones	LSD 10 gramos o más de mezcla	si no es individuo.
II	Metanfetamina 5-49 gramos de substancia pura o mezcla	si no es individuo.	Metanfetamina 50 gramos de substancia pura o 500 g de mezcla	Segunda ofensa: No menos de 20 años. Si

II	<p>PCP</p> <p>10-99 gramos de sustancia pura o 100-999 gramos de mezcla</p>	<p>Segunda ofensa: No menos de 10 años. Si muerte o lesiones graves, prisión de por vida. Multa de no más de 8 millones si es individuo, 50 millones si no es individuo.</p>	<p>PCP</p> <p>100 gramos o más de sustancia pura o 1 kilogramo o más de mezcla</p>	<p>muerte o lesiones graves, prisión de por vida. Multa de no más de 20 millones si es individuo, 75 millones si no es individuo.</p> <p>2 o más ofensas: Prisión de por vida. Multa de no más de 20 millones si es individuo, 75 millones si no es individuo.</p>
<b>Substancia/Cantidad</b>		<b>Pena</b>		
Cualquier cantidad de otras sustancias de Programa I y II		Primera ofensa: No más de 20 años. Si muerte o lesiones graves, no menos de 20 años. Multa de 1		

<p>Cualquier droga producto que contenga Ácido Gamma Hydroxybutyric</p>	<p>millón si es individuo, 5 millones si no es individuo.</p>
<p>Flunitrazepam (Programa IV) 1 gramo</p>	<p>Segunda ofensa: No más de 30 años. Si muerte o lesiones graves, prisión de por vida. Multa de 2 millones si individuo, 10 millones si no es individuo.</p>
<p>Cualquier cantidad de otra sustancia de Programa III</p>	<p>Primera ofensa: No más de 10 años. Si muerte o lesiones graves, no más de 15 años. Multa de no más de quinientos mil si es individuo, 2.5 millones si no es individuo.</p> <p>Segunda ofensa: No más de 20 años. Si muerte o lesiones graves, no más de 30 años. Multa de no más de 1 millón si es individuo, 5 millones si no es individuo.</p>
<p>Cualquier cantidad del resto de las sustancias del Programa IV (excepto en Flunitrazepam, donde se aplica un gramo o más)</p>	<p>Primera ofensa: No más de 5 años. Multa de no más de 250 mil si es individuo, 1 millón si no es individuo.</p> <p>Segunda ofensa: No más de 10 años. Multa de no más de quinientos mil si es individuo, 2 millones si es otro que un individuo.</p>
<p>Cualquier cantidad de todas las sustancias del Programa V</p>	<p>Primera ofensa: No más de 1 año. Multa de no más de 100 mil si es individuo, 250 mil si no es individuo.</p> <p>Segunda ofensa: No más de 4 años. Multa de no más de 200 mil si es individuo, quinientos mil si no es individuo.</p>

Fuente: Realización propia a partir de tabla contenida en página oficial de la DEA (Página Oficial de la DEA, 2016, s/p).

Tabla 2: Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato		
Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 gr.	
Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxi-anfetamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

Fuente: Ley General de Salud de México, s/p, 1984.

Tabla 3: Comparación en normatividad de drogas

Drogas					
	Argentina	Brasil	Estados Unidos	Uruguay	México
<b>Descriminalización del uso</b>	-Protección constitucional a las acciones privadas de los hombres que no ofendan al orden y la moral pública o perjudiquen a un tercero	-En constitución condena el encarcelamiento arbitrario por motivo de discriminación, cuando se expresa que la ley castigará	-La <i>Controlled Substance Act</i> define al adicto como el individuo que habitualmente usa cualquier droga narcótica al punto de comprometer la moral pública, la	-En Código Penal abuso de alcohol y estupefacientes está penado con multa de diez a cien unidades reajustables o prisión equivalente	-En cantidades mínimas de acuerdo a tabla en Ley General de Salud y Código Penal -Amparo concedido

<p>-Constitución garantiza que ningún habitante de la Nación puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe</p> <p>-En Código Penal: puede acreditarse que el autor depende física o psíquicamente de la droga, y puede ser ingresado a rehabilitación. Si el autor se rehabilita, no hay pena</p> <p>-Distinción hecha en el caso de tenencia de estupefacientes de usuario experimental</p>	<p>cualquier discriminación atentatoria contra los derechos y libertades fundamentales</p> <p>- En Ley de drogas, pena para consumo personal siembra, cultiva o tiene plantas destinadas a la preparación de pequeñas cantidades de sustancia o producto capaz de causar dependencia física o psíquica; dicha pena podrá extenderse por un máximo de cinco meses, y en caso de reincidencia,</p>	<p>salud, seguridad o el bienestar, o bien, aquél que en su adicción al uso de narcóticos ha perdido el poder de controlarse</p> <p>- Colorado, el uso recreativo y medicinal de la marihuana es ya parte de su legislación</p> <p>- Washington de despenalizó a su vez el uso recreativo de marihuana</p>	<p>- Decreto-Ley N° 14.294 de 1974, despenaliza el consumo de marihuana</p> <p>-Ley 19.172 (2013) sobre Marihuana encargada del control, regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento comercialización y distribución, mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños del uso de la marihuana</p>	<p>para uso recreativo de un club cannábico</p>
--	--	--	--	---

		de máximo diez meses			
<b>Descriminalización de la posesión</b>	-Prisión de uno a seis años en Código Penal; en caso de que la cantidad sea escasa, y otras circunstancias sugieran inequívocamente que la tenencia es para uso personal, la pena será de un mes a dos años.	- Despenalización (mas no descriminalización) del consumo de drogas; será sometido a: advertencia sobre los efectos de las drogas; prestación de servicios a la comunidad; medida educativa en programa o curso educativo	-En la <i>Controlled Substance Act</i> penas de no menos de diez años en prisión sin oportunidad de salir previamente de prisión -Pena civil por posesión de pequeñas cantidades de ciertas sustancias controladas, en las cuales, la persona que cargue una sustancia que aparente ser para uso personal, tendrá una multa que no exceda los diez mil dólares	-Solo en el caso de la marihuana	-No descriminalizada, pero con pena específica y diferenciada al tráfico menor y narcotráfico, dependiendo de la cantidad y del tipo de sustancia
<b>Descriminalización del</b>	-Prisión en Código Penal de cuatro a quince años al que "sin		-Pena civil por posesión de pequeñas cantidades de	-Solo en el caso de la marihuana	-No es descriminalizado, mas cuenta con

<p><b>tráfico menor</b></p>	<p>autorización" o con "destino ilegítimo" siembre, produzca, comercialice con estupefacientes o materias primas para producir estupefacientes, o bien, comercialice con plantas o semillas -En Código Penal: libración de un oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes,</p>		<p>ciertas sustancias controladas, en las cuales, la persona que cargue una sustancia que aparente ser para uso personal, tendrá una multa que no exceda los diez mil dólares</p>		<p>pena específica diferenciada de las penas a narcotráfico, dependiendo de la cantidad que se maneje y de la sustancia o planta</p>
-----------------------------	---	--	---	--	--

	en caso de reinserción total				
<b>Proporcionalidad de las penas al mercado ilícito de drogas</b>	-Amparo constitucional ante arrestos arbitrarios -No hay cantidades específicas para arrestos por posesión, tráfico o uso en Código Penal. Por tanto, no hay proporcionalidad	- Despenalización de la tenencia para uso personal	-A pesar de la categorización de la Controlled Substance Act, la jurisprudencia muestra poca flexibilidad en proporcionalidad de las penas (incluso para uso medicinal, en cuanto a siembra se refiere)	-Adecuada, tanto en el Código Penal que no da por hecho la tenencia para vender, como en el caso de la marihuana, que se encuentra descriminalizado	-Constitución proporciona definición a la delincuencia organizada, entendiéndose por ella a la organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia -En Código Penal: el juez al momento de individualizar la pena o medida de seguridad a imponer por

					alguno de los delitos en relación con los narcóticos, tomará en cuenta la cantidad y la especie del narcótico, así como la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública y las condiciones personales del autor o partícipe del hecho o la reincidencia de su caso
<b>Uso ritual discriminado</b>	-Represión a la realización de actividades denominadas chamánicas por parte del Código	-En Código Penal pena de detención de seis meses a dos años al curanderismo	-Sin mención en la legislación, por lo tanto, penado como cualquier otro delito de	-En Código Penal defensa a la libertad de culto y sentimiento religioso, en la	- México ha pronunciado en todos los tratados internacionales de los que

	<p>Penal (prisión de 15 días a 1 año) -Pena de tres a doce años a quien administre sustancias ilegales a título gratuito</p>	<p>- Uso ritual de la ayahuasca ya reglamentado</p>	<p>posesión, tráfico, producción, etc.</p>	<p>cual no puede impedirse o perturbarse de cualquier manera una ceremonia religiosa, cumplimiento de un rito o un acto cualquiera de los cultos tolerados en el país, y tiene una pena de tres a dieciocho meses de prisión</p>	<p>es parte una reserva en favor del uso ritual del peyote de sus pueblos indígenas -Ministerio no procede cuando se trate de peyote u hongos alucinógenos, en la presunción de acuerdo a la cantidad y circunstancias de que serán utilizados en ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por las</p>
--	--	---	--	--	---

					autoridades propias
<b>Diferenciación en las penas de acuerdo a una categorización adecuada de las sustancias ilícitas</b>	-No existe en la legislación	-No existe en la legislación	-Existente en la <i>Controlled Substances Act</i> pero con penas de no menos de diez años y sin oportunidad de reducir la pena	-La hay al menos en cuanto a la despenalización de la marihuana	- En Código Penal y Ley General de Salud: pena de cinco a quince años y de cien a trescientos cincuenta días multa, a quien posea alguno de los narcóticos en tabla, sin la autorización proporcionada de la Ley General de Salud; si el inculcado posee alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de

					Salud y la cantidad resulte igual o superior de multiplicar por mil las ahí referidas, se presume posesión con objeto de narcomenudeo
--	--	--	--	--	---

Tabla 4: Comparación de normatividad, sexualidad

Sexualidad					
	Argentina	Brasil	Estados Unidos	Uruguay	México
No discriminación por orientación sexual	-Definición de Identidad sexual en Ley 26.743 (2012) sobre Identidad de Género	-En constitución promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad, o cualesquiera otras formas de discriminación	-Obergefell et al. vs Hodges permite el matrimonio entre personas del mismo sexo	- Reconocimiento constitucional a la igualdad ante la ley de las personas, sin reconocimiento u otra distinción entre ellas sino, la de los	-Constitución prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias,

				talentos o las virtudes	estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y menoscabe o anule los derechos y libertades de las personas -Amparo en revisión 152/2013 permite matrimonios entre personas del mismo sexo basándose en el principio de dignidad y no discriminación
Libertad sexual	-En Código Penal el abuso sexual está penado con seis a quince años de reclusión, más casos agravantes	-Pena a la violación sexual de seis a diez años de prisión - Pena establecida es de uno a dos	-Sentencia Eisenstadt vs Baird de 1972 sobre el otorgamiento de anticonceptivos a personas no	-Violación castigada en Código Penal con dos a doce años de prisión	-Se castiga además el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años o incapaces, a

	<p>-Penado por Código Penal el promovente o facilitador de prostitución o corrupción de menores, tanto de menores de edad, como de mayores de edad que brindan su consentimiento</p> <p>- Retención con fines sexuales cuenta con una pena de uno a cuatro años en Código Penal</p> <p>-Cirugías de cambio de sexo son incluidas en el Plan Médico Obligatorio de acuerdo a la Ley de Identidad de Género</p>	<p>años al acoso sexual</p> <p>-En Código Penal avorecimiento a la prostitución penado para el que induce o atrae a alguien a la prostitución, facilita o impide que la abandone, con prisión de dos a cinco años</p>	<p>casadas sin carga criminal</p> <p>- Bowers vs Hardwick no considera inconstitucional la criminalización de la sodomía entre adultos con consentimiento</p>	<p>quien procure, obligue, facilite o induzca por cualquier medio a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos. La pena en este supuesto es de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa</p> <p>- Se castiga el hostigamiento sexual,</p>
--	---	---	---	--

					<p>definido como el asedio reiterado con fines lascivos a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales o de subordinación</p> <p>-La violación se castiga con prisión de ocho a veinte años, y se define a la misma como el que por acto donde medie la violencia física o moral, se realice cópula con persona de cualquier sexo</p>
Derechos reproductivos	-En Código Penal: aborto aún penado con tres a diez años al que lo realiza	-En Constitución maternidad protegida	-Caso Roe v. Wade establece que las leyes estatales criminales sobre	-Constitución protege la maternidad, en cualquiera que sea la	-Protección Constitucional: derecho para las mujeres embarazadas,

	<p>cuando lo hace sin consentimiento de la mujer, y puede elevarse hasta a quince años si la mujer falleciera. En caso de que haya consentimiento de la mujer, el que lo realiza es penado de uno a cuatro años, con una pena máxima de seis años, si la mujer falleciera</p>	<p>-Con fundamento en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable, la planificación familiar es considerada como libre decisión del casado en la Constitución -Provocar en sí misma un aborto o consentir el mismo tiene una pena de uno a tres años</p>	<p>el aborto, violan la cláusula de debido proceso, contenida en la Enmienda catorce de la Constitución Federal, la cual protege de la acción Estatal contra la privacidad del individuo, y en esa privacidad, puede encontrarse el derecho de la mujer a terminar su embarazo.</p>	<p>condición o estado de la mujer, teniendo el derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo - Ley N° 18.426 de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva que busca prevención de la morbilidad materna, la promoción del parto humanizado, promover el desarrollo de programas asistenciales con la estrategia de disminución</p>	<p>al decirse que ellas no realizarán trabajos que exijan esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación -En Código Penal: se castiga al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento si fuera ella incapaz, realizara en ella inseminación artificial -Se sanciona de cuatro a siete años de prisión y hasta setenta días multa a quien</p>
--	---	--	---	---	--

				<p>del riesgo y daño                  -Ley N° 18.987 (2012) sobre Interrupción voluntaria del embarazo, a partir del derecho a la protección consciente y responsable de la procreación, así como el valor social de la maternidad – establecida en la constitución -, tutela de la vida humana y promoción del ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. Despenaliza el aborto.</p>	<p>implante a una mujer un óvulo fecundado                  - A la madre que voluntariament e procure su aborto se le impondrá una pena de seis meses a un año de prisión, siempre y cuando: no tenga mala fama: haya logrado ocultar su embarazo; el embarazo sea fruto de una unión legítima. Si faltaran algunos de estos supuestos, la pena será de uno a cinco años de prisión</p>
Equidad por razón	-Protección constitucional a	-En constitución:	-Obergefell et al. vs Hodges	-Constitución no establece	-En Constitución:

<p>de sexo y género</p>	<p>la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios -Matrimonio entre personas del mismo sexo permitido</p>	<p>igualdad entre el hombre y la mujer en derechos y obligaciones -Matrimonio entre personas del mismo sexo permitido</p>	<p>permite el matrimonio entre personas del mismo sexo</p>	<p>una definición de lo que constituye la familia, y se centra en la protección de los lazos creados, permitiendo igualdad en los lazos entre personas del mismo sexo</p>	<p>para trabajo igual, debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo o nacionalidad -Amparo en revisión 152/2013 permite matrimonios entre personas del mismo sexo</p>
<p>Dignidad</p>	<p>-Cambio a una adecuada expresión de la identidad de género puede ser solicitado por cualquier persona de acuerdo a Ley de Identidad de Género en un intento por preservar la dignidad de las personas</p>	<p>-Principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable, la planificación familiar es considerada como libre decisión del casado en la Constitución</p>	<p>-Obergefell et al. vs Hodges permite el matrimonio entre personas del mismo sexo basándose en el principio de la dignidad humana</p>	<p>- Reconocimiento constitucional a la igualdad ante la ley de las personas, sin reconocimiento o distinción entre ellas sino, la de los talentos o las virtudes</p>	<p>-Constitución prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil, o cualquier otra</p>

					<p>que atente contra la dignidad humana y menoscabe o anule los derechos y libertades de las personas -Amparo en revisión 152/2013 permite matrimonios entre personas del mismo sexo basándose en el principio de dignidad y no discriminación</p>
--	--	--	--	--	--