

Las incongruencias del sistema penal en relación a la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal.

Silvana Garbi.

Cita:

Silvana Garbi (2007). *Las incongruencias del sistema penal en relación a la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal*. VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-106/28>

Las incongruencias del sistema penal en relación a la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal

Silvana Garbi

Licenciada en Sociología, becaria de CONICET, IIGG.

garbisilvana@hotmail.com

Introducción:

Es harto sabido que la intromisión del sistema penal en pos de resolver los “problemas” asociados al (ab)uso del consumo de drogas consideradas ilegales¹, ha resultado ser disfuncional respecto al *objetivo explícito* en la legislación nacional y en las diversas Convenciones Internacionales de salvaguardar el bien jurídico Salud Pública a través de la reducción de la producción y consumo de sustancias.

Sin embargo y no obstante el evidente fracaso del abordaje penal en esta materia, a la par que se registraba un ininterrumpido incremento de la presencia de drogas a nivel mundial, paradójicamente se ha ido potenciando el mecanismo coercitivo del sistema penal focalizando su atención básicamente en el eslabón más débil de la cadena.

A los fines de relevar aquellas incongruencias del tratamiento penal en relación a la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal, comenzaremos haciendo un recorrido por las diversas Convenciones Internacionales como así también por las legislaciones nacionales a fin de desentrañar como ha sido construido el “problema de las drogas” y como se han ido perfilando las políticas asociadas a tal construcción del problema.

Haremos expreso hincapié en la ley 23737 que desde 1989 se encuentra vigente en nuestro país y cuyo abordaje ha perpetuado una línea criminalizadora y coercitiva en el tratamiento jurídico de los usuarios de drogas ilegales, provocando entre otras cuestiones, un notable distanciamiento de los sujetos que aún no han sido cooptados por el sistema penal respecto a los organismos asistenciales (sean estos sanitarios, educativos, sociales, etc.) ocasionando consecuencias drásticas en sus condiciones y calidad de vida. Analizaremos también aquellos artículos de la ley que refieren especialmente a las medidas de seguridad educativas y curativas, puntualizando sus incongruencias y los efectos adversos que acarrearán a fin de aportar a una reflexión crítica para el diseño de una política efectiva en esta temática.

El legado internacional en materia de drogas

Previo a pasar a analizar la legislación argentina vigente y sus impactos negativos en los usuarios de drogas consideradas ilegales, resulta pertinente hacer referencia a aquellos instrumentos normativos internacionales

relacionados con la temática puesto que han condicionado el derecho interno de nuestro país².

El protagonismo del Sistema Jurídico en el control de drogas constituye un hecho reciente, propio del siglo XX. De hecho, el primer Convenio Internacional sobre el control del abuso de opiáceos surge en Shangai recién en 1909 y encuentra su primer traducción en la Convención de la Haya en 1912. El objetivo de este Convenio como el de los años 20 y 30 ha sido “fiscalizar” el comercio de determinadas sustancias, es decir reducir la cantidad de droga disponible en la sociedad a través del incremento de las cargas fiscales sobre tales productos, limitando los canales comerciales a través de los cuales pueden dispensarse.

Vale decir que desde el primer momento el principal promotor tanto de ésta como de las subsiguientes orientaciones en materia de drogas ha sido EEUU, promoviendo lo que unas décadas más tarde, el presidente Reagan dio en llamar “GUERRA CONTRA LAS DROGAS” como objetivo urgente de seguridad nacional (e internacional).

El control sobre los estupeficientes se agudiza con los posteriores Convenios Internacionales de 1961 (“Convención Única sobre Estupeficientes”) y de 1971 (“Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena”). El primero aspiraba a fiscalizar “todo el ciclo de la droga”, motivo por el cual estableció unas listas donde se especificaron cuáles iban a ser las sustancias sujetas a control con la finalidad de evitar que éstas lleguen al alcance de la generalidad de los ciudadanos y así proteger la “salud” y el “bienestar público” (art. 2, punto 5 b). El incumplimiento de ese control debía ser sancionado a través de medidas administrativas y legislativas (multas, privaciones de autorización para comerciar, etc.) que prevean las correspondientes leyes nacionales de los Estados parte -entre ellos Argentina-. Es decir, que los Estados firmantes se obligaban asimismo –admitiendo las excepciones derivadas del orden constitucional de cada Estado- a calificar como *delito* tales infracciones y que “sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad” en los supuestos más graves (art. 36).

De este modo, se abre la vía para que el *control jurídico penal* comience a adquirir protagonismo.

En cuanto a la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena, ésta se centra principalmente en limitar el uso de las sustancias a fines científicos y médicos específicos, exigiendo a los usuarios una autorización emitida por los establecimientos médicos que se encuentren bajo la fiscalización directa de sus gobiernos. Respecto a las disposiciones penales, las mismas se sujetan a lo que establece la Constitución de cada país firmante, y tal como consta en el artículo 22 “(...) cuando las personas que hagan uso indebido de sustancias psicotrópicas hayan cometido esos delitos, las Partes podrán, en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o, además de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social (...)”.

Vale decir que tanto la Ley N° 17.818 sobre “Régimen de Estupeficientes” (Boletín Oficial del 8/8/1968) como la Ley de Psicotrópicos N° 19.303 (Boletín Oficial del 28/10/1971) sancionadas en nuestro país son instrumentos legales emanados de las Convenciones antes citadas y que, entre otras cosas se han dispuesto a regular las importaciones, las exportaciones, el comercio exterior, la elaboración y el despacho al público de estupeficientes y psicotrópicos y que además contienen listados de estupeficientes y psicotrópicos anexos previendo sanciones administrativas para las infracciones a dichos cuerpos legales.

Sin embargo y no obstante la proliferación de Convenciones Internacionales y su correlato en las Legislaciones Nacionales contra “el problema de la droga”, el tráfico y consumo de estupeficientes han escalado ininterrumpidamente llegando a cifras hasta entonces desconocidas. Ante este “flagelo”, las Naciones Unidas acordaron una reunión en Asamblea General que tomó lugar en 1984 con el expreso fin de elaborar una “nueva convención internacional” que acentúe la represión penal en esta materia. Con este legado se llevó a cabo cuatro años más tarde la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas. Si bien en las primeras líneas de su preámbulo manifiestan estar “(...) Profundamente preocupados por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupeficientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave *amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad (...)*” al tiempo que declaran estar “(...) deseosas de *eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupeficientes y sustancias psicotrópicas*”, centra todas sus esperanzas en el aumento de la represión penal. De hecho, acto seguido de definir los términos a emplear (es decir qué se entendía por estupeficientes, etc.) y los alcances de dicha Convención se despliega una numerosa cantidad de artículos destinados a tipificar como delito penal diversas acciones relacionadas con las sustancias, aunque como en el caso de las anteriores Convenciones, el límite para la sanción punitiva quedaba reservada para las normas constitucionales de los países parte y su orden jurídico interno.

Como puede advertirse, a la par que se iba intensificando el “problema de la droga”, o la percepción que de éste se tenía o, vale decir se *creaba*, se buscaba como única respuesta al sistema penal, pretendiendo que la ley resolviera cuestiones que les compete a otros espacios.

Veamos ahora qué sucede a nivel nacional.

Las legislaciones de drogas: un viaje de ida

La punición por la tenencia de drogas aparece el 25 de Julio de 1926, día en que se sancionó la ley 11.331 que establecía la *penalización a quienes no estando autorizados para la venta, tengan en su poder drogas* (a las que hacía referencia esta ley) *y que dicha posesión o tenencia no pueda ser justificada.*

Si bien esta norma estuvo vigente una cantidad considerable de años, hacia 1968 bajo la llamada “Revolución Argentina” se promulga la ley 17.567 mediante la cual se *desincrimina la figura de la tenencia de drogas para uso personal*. Sin embargo poco más de 5 años después la ley 20.509 deroga íntegramente dicho instrumento, retrotrayéndose a la situación legal que penaliza la tenencia de drogas, tal como sucedía antes de su sanción.

No obstante estos antecedentes, no existía aún en nuestro campo legislativo un instrumento que penalice específicamente las distintas relaciones o acciones con las drogas. Es por ello que la promulgación en Octubre de 1974 de la ley 20.771 marca un hito en relación al tratamiento jurídico dado en esta materia sobre todo al que refiere a la tenencia. Al respecto, el artículo 6 de la citada ley determina una multa dineraria y prisión de uno a seis años para “aquel que tuviera en su poder estupeficientes, aunque estuvieran destinados a su uso personal”. Por su parte el artículo 9 introdujo *el instituto de medida de seguridad curativa* para los condenados por cualquier delito que dependieran física o psíquicamente de estupeficientes. Esta medida se imponía de modo acumulativo a la pena, es decir que el tiempo que duraba el tratamiento se computaba para el cumplimiento de la pena. La misma consistía en un tratamiento de desintoxicación adecuado y de cuidados terapéuticos eficaces para la rehabilitación.

La ley que se encuentra en vigencia actualmente es aquella promulgada el 10 de Octubre de 1989 como Ley de Tenencia y Tráfico de Estupeficientes N° 23737. Lo novedoso de esta ley respecto a la tenencia de estupeficientes es que se desdobra esta figura en *tenencia simple* o *tenencia de droga para consumo personal*.

Para el caso de la tenencia simple, es decir para aquel “que tuviere en su poder estupeficientes” la ley prevé una pena de prisión de uno a seis años y multa dineraria mientras que si se demuestra que “por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la *tenencia es para uso personal*” la misma se reduce a un mes a dos años de prisión. Asimismo, para esta última figura la ley prevé *una medida de seguridad curativa* –para aquellos que presenten una dependencia física y psíquica de las sustancias- y *una medida educativa* para los que son considerados “experimentadores” y por lo tanto no posean tal dependencia. Para los casos en que al imputado se lo condene por el delito de tenencia de drogas para uso personal y este dependiera física y psíquicamente de la sustancia, el artículo 17 establece que el juez puede dejar en suspenso la aplicación de la pena y someter a la persona en cuestión a un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación (medida de seguridad curativa) por el tiempo necesario, eximiéndolo de la pena en el caso de que el tratamiento fuera exitoso. En cambio, si tras dos años de tratamiento se considera que no se ha obtenido el resultado esperado debido a la falta de colaboración del condenado, queda en manos del juez decidir si aplicar la pena acumulándola a la medida o bien continuar el tratamiento sin un plazo determinado. La *medida de seguridad curativa* para los casos en los que los imputados no tienen la condena (art. 18) consiste bajo su consentimiento, en un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación suspendiéndosele el trámite del sumario. En este caso, si el

resultado es satisfactorio se le dicta el sobreseimiento definitivo, pero como sucede con quienes tienen la condena, si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado se considera que no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanuda el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad.

En cuanto al tratamiento, el artículo 19 prevé que el mismo podrá ser ambulatorio, internativo o alternado según el caso, llevándose a cabo en “establecimientos adecuados” y habilitados por la autoridad sanitaria y que será dirigido por un equipo de técnicos que comprenderán los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social. También establece que el tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando *existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás*.

El artículo 20 determina que el juez debe distinguir -para la aplicación de los supuestos establecidos en los artículos 16, 17 y 18 (los referidos a la medida de seguridad curativa)- entre el *delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito*, con el propósito que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido en función del nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de llevar a cabo la orientación terapéutica más adecuada.

Cuando la ley hace referencia a la *medida de seguridad educativa*, se refiere a un programa de tres meses de duración cuya finalidad es educar al “experimentador” acerca del comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes.

Lo último que la ley establece para los casos de tenencia, es de acuerdo al artículo 22, que si después de un lapso de tres años de la recuperación exitosa que tuvo lugar tras el cumplimiento efectivo de las medidas que acabamos de describir la persona alcanza una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, “el juez previo dictamen de los peritos, podrá librar 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”.

Asimismo se encuentra en vigencia la Ley de Desfederalización N° 26.052 cuyo proyecto fue impulsado por el gobernador de Buenos Aires Felipe Solá. La misma responde a una modificación a la Ley de Estupefacientes N° 23.737/89 en lo concerniente a la *desfederalización de la competencia judicial para los casos de delitos menores vinculados al narcotráfico*. Los cuerpos legislativos provinciales puedan *optar* por adherirse a la normativa, permitiendo de esta manera que la justicia de cada provincia pueda aplicar esta ley. En el caso de la Provincia de Buenos Aires ha adherido a la ley y ha comenzado a aplicarla a partir del 9 de diciembre de 2005.

Las (in)congruencias del control penal del uso de drogas

Si miramos retrospectivamente observamos entonces un decidido y cada vez más punitivo empleo del derecho penal en el control del consumo de drogas. Si los problemas asociados al consumo de drogas asumen un empinado ascenso y la respuesta a esos problemas reside en radicalizar las sanciones punitivas, los logros obtenidos por el derecho penal no deben ser despreciables para que se continúen aplicando.

Sin embargo es fácil comprobar que la oferta de drogas y el consumo de éstas lejos está de haber disminuido.

El informe publicado hace apenas unos días por la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (ONUDD), da cuenta de ello al revelar que en nuestro país más del 6 por ciento de la población consume habitualmente marihuana, convirtiéndose con esta cifra en el país de mayor consumo de América latina, lugar que hasta ahora ocupaba Chile, con el 5,3 por ciento. Respecto al consumo de anfetaminas, éxtasis y cocaína el informe ha detectado un "leve incremento". Asimismo, y tal como se presentía, el consumo de pasta base de cocaína, conocida como "paco", fue la más relevante aparición del país en el índice mundial de consumo, al liderar el ranking de América Latina en el sector "estudiantes secundarios", con una prevalencia de 4,63 por ciento en 2006, más de un punto por encima de 2005.

No obstante, y como es de temer, el incremento en el consumo va de la mano con el negocio de la producción y es así como el informe da cuenta que Argentina es "un país que ya no sólo es de tránsito de estupefacientes, sino también de producción".

De acuerdo al organismo, se incrementó en el período 2005/2006 un diez por ciento el número de incautación de cocaína. (ONUDD, Informe Mundial sobre drogas 2007)

Entre otras cosas, este informe nos reconfirma una vez más que la ideología prohibicionista materializada en la penalización del consumo y tenencia de estupefacientes no ha demostrado ser eficaz en la reducción del consumo de sustancias muy a pesar de la notable incidencia que tienen las causas federales derivadas de la ley de drogas en las cifras del delito penal. Al respecto y según las declaraciones que realizara en el pasado mes de junio en el diario Página/12 el mismísimo Ministro del Interior Aníbal Fernández "si analizamos las causas federales, nos damos cuenta de que el 45 por ciento es por ley de drogas. De ese 45 por ciento, el cinco por ciento, o sea el 2,5 por ciento de todo lo que circula en los juzgados federales, tiene condena: algo está fracasando" (en Alarcón, C. Página/12, 19-06-07). En el mismo sentido pero refiriéndose al año 2001, el Foro de Estudios Sobre Administración de Justicia (FORES), reveló que de las 23.000 causas que había en estos juzgados en ese año, 12.934 eran por drogas. Es decir, del total del presupuesto de ese año (12.800.000 pesos), más de la mitad se fue en ese tema. De estos casos, 284 se desestimaron, 28 prescribieron, 8.856 se sobreyeron y 1.808 se archivaron. Sólo 153 (algo más del uno por ciento) llegaron a juicio y un muy reducido número tuvo sentencia (en Iglesias, M. Clarín, 19-05-03). Quizás lo más dramático sea lo que advierte el juez federal

Rodolfo Canicoba Corral en cuanto que "la mayoría de las causas son por tenencia para consumo personal, y es muy difícil que los jueces podamos resolver estos temas" (en Iglesias, M. Clarín, 19-05-03).

Otra de las incongruencias que subyace a las letras de las legislaciones nacionales y convenciones internacionales descriptas tiene que ver con que si bien éstas explícitamente consideran a la *salud pública como el bien jurídico a tutelar*, en verdad esta última constituye la esfera más perjudicada por la ideología prohibicionista.

En ocasión a la comisión convocada el pasado año por el Ministerio de Justicia para debatir sobre el nuevo Código Penal, Daniel Erbetta, integrante de la comisión y director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Rosario, considera que "el sistema actual focaliza la persecución en los adictos en un 70 por ciento. *Y lejos de reducir los daños que podrían ocasionarse a la salud pública, paradójicamente la ley los agrava: no sólo aleja al consumidor del sistema de salud, sino que además favorece un mercado de peores condiciones. Aumenta el costo del producto y permite que este sea de peor calidad, al no haber regulación*" (en Barbano, R. Clarín, 19-06-06)

Tal como anticipamos en la introducción del presente trabajo, las normativas vigentes operan un notable distanciamiento de los usuarios de drogas respecto a los organismos asistenciales (sean estos sanitarios, educativos, sociales, etc.) ocasionándoles consecuencias drásticas en sus condiciones y calidad de vida.

En la medida que la ideología prohibicionista induce a la clandestinización del usuario de drogas es absurdo al menos pensar en un digno acceso a la salud pública para aquellos usuarios que aún no fueron cooptados por el sistema penal, generándoles una restricción de sus derechos al privarlos no sólo de la acción terapéutica que necesita a raíz del consumo, sino también de la atención médica que urgen otras patologías –asociadas o no al consumo– (hepatitis, SIDA, cáncer, etc.) como también de la posibilidad de recibir información acerca de cómo evitarlos (por ejemplo, con relación al HIV, el uso de profilácticos, descontaminación de agujas, etc.) (Vázquez Acuña, M.).

Por otro lado, para quienes ya están siendo procesados por el consumo por determinarse que presentan una dependencia física y psíquica con la sustancia, la ley dispone que el acceso a la salud se les imponga coercitivamente y si no "prestan voluntad para su recuperación" se les duplica el castigo a través del encierro en una dependencia penitenciaria: pero, ¿puede haber cooperación en un tratamiento cuando este es coactivo³, y en muchos casos cuando además es contra la voluntad de los propios sujetos⁴?; ¿importa realmente la salud del sujeto cuando por su "falta de cooperación" se lo encierra en una dependencia penitenciaria donde es hartado sabido que se potencian las posibilidades de enfermarse o morirse?.

Es así que también en este caso, varios son los indicios que nos sugieren que a pesar de que "proteger la salud pública" sea el objetivo explícito de la mayoría de las normativas relacionadas a esta temática, no es tampoco éste el

objetivo real de las políticas de drogas. En este sentido son muy alusivas las palabras del Ministro Aníbal Fernández al sostener que "esta legislación lo único que nos demuestra es que la política criminal fracasó entre otras razones porque persigue al perejil. Agarra al consumidor en flagrancia y con cantidades mínimas. La ley demuestra que a la cárcel sólo van los adictos tenedores y los pequeños comerciantes. No hay otra razón. El error que comete el Estado al hacer esto implica costos. Una causa por tenencia cuesta quince mil pesos. Tener un adicto preso cuesta ¡cinco mil pesos al mes! *Si se juntara toda esa masa de dinero que se está invirtiendo en este tipo de causas podríamos, sólo por poner un ejemplo, duplicar en eso el programa de VIH*" (en Alarcón, C. Página/12, 19-06-07). Y éste no es un dato menor, el propio Ministro del Interior está concordando con que la legislación vigente no apunta a salvaguardar la salud pública sino más bien a "perseguir al perejil". Nada parece más claro.

Otra evidencia de ello surge de una nota publicada unos años atrás en Clarín, donde el por entonces director de la SEDRONAR el psiquiatra Wilbur Grimson, reclamaba que "la falta de presupuesto se traduce en la imposibilidad de dar tratamientos a los adictos. En todo el país hay sólo 1.500 camas para las rehabilitaciones que necesitan internación. Son muy pocas, y el 90 por ciento son de organizaciones no gubernamentales, que son las que están más actualizadas y capacitadas" (en Iglesias, M. Clarín, 19-05-03). Esto se traduce en la reconfirmación de que no existe desde los organismos oficiales un decidido propósito de protección de la salud de esta población (contradiéndose con el citado artículo 19 de la ley que prevé "establecimientos adecuados" para llevar a cabo los tratamientos derivados de la medida de seguridad curativa). De todas formas, y si lo hubiera, este acceso a la protección de la salud, jamás podría venir del entrecruzamiento con el sistema penal, al cual no se le puede exigir que cubra las falencias que otras instituciones no pueden/quieren resolver, problemas que son sociales y que el sistema penal no puede solucionar más que en apariencia.

Entonces nos preguntamos ¿porqué interviene el sistema penal?, ¿Qué rol vienen a cumplir las medidas de seguridad curativas y educativas?.

Tal como se expresa en sus propios términos las medidas de seguridad curativas y educativas, son eso: "medidas de *seguridad*" cuya legitimación se asienta, desde la perspectiva jurídico-penal, sobre la ideología positivista y sus intereses pseudos científicos de control punitivo hacia individuos seleccionados en base a características subjetivas tales como la "peligrosidad" (Scalia, P., 2006). Tal como señala Ferrajoli "la mayor contribución a la introducción de las medidas de seguridad en los ordenamientos penales modernos y su legitimación ideológica fue dada por la "Escuela Positivista" o antropológica del derecho penal, que sustituyó el criterio de responsabilidad individual por el de la *peligrosidad social* y concibió el delito como "síntoma" de patología psicosomática, en cuanto tal *necesitada de ser tratada y prevenida*, mas que reprimida, con medidas pedagógicas y terapéuticas destinadas a neutralizar causas etiológicas" (Ferrajoli, 1989)

En el caso que aquí estamos analizando, no estamos en presencia del "delincuente nato" de Lombroso, sin embargo, sea por las causas que sean, la

ideología que subyace a la ley nacional vigente como a las diversas Convenciones Internacionales considera que estos sujetos se han desviado de la norma y encarnan así una peligrosidad tal que requiere que el sistema penal despliegue sus mecanismos de defensa para resguardar al cuerpo social. Vemos entonces como estas medidas de seguridad se promueven para ese fin haciendo entrar en escena elementos extrajurídicos, saberes, técnicas, discursos “científicos” que se forman y se entrelazan con la práctica del poder de castigar. Y es así que vemos a médicos, trabajadores sociales, psicólogos, etc. que a través de las Instituciones Terapéuticas determinadas por los jueces, intervienen en el “cumplimiento de la pena”⁵. Ahora bien, esto *sólo* puede ser posible si lo que se castiga es otra cosa que el propio delito: tal como lúcidamente observara Foucault “(...) bajo el nombre de delitos se siguen juzgando efectivamente objetos jurídicos definidos por el Código, pero se juzga a la vez *pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones* (...) castigadas lo son por la economía interna de una pena que, si bien sanciona el delito, puede modificarse según que se transforme el comportamiento del condenado; lo son por el juego de esas “*medidas de seguridad*” de que se hace acompañar la pena (interdicción de residencia, libertad vigilada, tutela penal, *tratamiento médico obligatorio*) y que no están destinadas a sancionar la infracción, sino a controlar al individuo, a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas, y a no cesar hasta obtener tal cambio” (Foucault, 1988: 25).

Si recordamos los artículos referidos a las medidas de seguridad de la ley vigente –descritos más arriba- vemos cómo cada uno de estos elementos están presentes en su reglamentación: el artículo 19 claramente refiere al criterio de *peligrosidad* cuando establece que “el tratamiento podrá aplicársele preventivamente cuando (...) existiere *peligro* de que se dañe a sí mismo o a los demás”; por su parte las inadaptaciones, “los síntomas de patologías psicosomáticas” deberán ser tratadas –tal como el mismo artículo 19 establece– “por un equipo de técnicos que comprenderán los *aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social*” y como dice Foucault, *sin cesar hasta obtener el cambio*: que es lo que prevé la propia ley cuando en su artículo 18 explicita que “si por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanuda el trámite de la causa y *podrá aplicársele la pena* y continuar el tratamiento por el tiempo necesario o mantener solamente la medida de seguridad”; es decir opera aquí la lógica más nefasta de esta ley que castiga aún más severamente a quienes “no prestan colaboración” con un tratamiento impuesto en el marco de un proceso de judicialización. Para el caso contrario, *premia* a quienes sí obtuvieron el cambio esperado: de acuerdo al artículo 22 “si después de un lapso de tres años de dicha recuperación el autor alcanzara una *reinserción social plena, familiar, laboral y educativa*, el juez previo dictamen de los peritos, podrá librar 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”. Ahora bien, ¿no parece al menos iluso pensar en que un sujeto sobre el cuál se le ha puesto en marcha la reacción del sistema penal y de censura social tras haber sido etiquetado como “adicto” -y en razón de ello haber cometido un delito- pueda alcanzar una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa cuando bajo las condiciones estructurales dadas alcanzar

tales inserciones es casi diría una utopía hasta para quienes no cargan con esas estigmatizaciones?

La incongruencia del tratamiento también se refleja en el artículo 20 cuando se establece que para la aplicación de esta medida de seguridad curativa el juez, previo dictamen de los peritos, deberá distinguir entre el *delincuente que hace uso indebido de estupefacientes* y el *adicto a dichas drogas que ingresa al delito*, para que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido *en función* del nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada. En este artículo, al menos dos cuestiones merecen ser resaltadas: por un lado las relaciones establecidas con las sustancias y el etiquetamiento que corresponde a cada una de esas relaciones –el primero es un *delincuente que hace un uso indebido de estupefacientes*, no es un adicto, es un delincuente que consume; mientras que en el segundo caso, es un *adicto* que entra en la categorización de delincuente a raíz de su consumo-. La segunda cuestión que queríamos resaltar es cómo estas caracterizaciones parecieran determinar un tratamiento *diferenciado* de algo que en realidad es común a los dos casos: el consumo. Sin embargo la ley determina que el tratamiento debe establecerse en función del nivel de la patología y *del delito cometido* “a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada”, como si el haber ingresado al sistema penal por un delito distinto al relacionado con las drogas lo predispone ante el tratamiento de una manera distinta o le implicase una orientación terapéutica distinta sólo en función de ser un “delincuente” que hace uso indebido de drogas y no un “adicto” (que también hace uso indebido de drogas pero es un “adicto” en función de “haber ingresado al delito por su consumo”).

También vemos cómo en los distintos instrumentos internacionales y demás leyes dictadas en nuestro país en relación a las drogas aparecen otros fines solapados tales como el resguardo de intereses y bienes jurídicos como la “moral”, las “bases económicas, culturales y políticas” y la “seguridad nacional” entre otras.

Como vimos líneas más arriba, en el Preámbulo de la Convención Única de 1961 por ejemplo, las partes firmantes comienzan manifestando estar “preocupadas por la salud física y *moral* de la humanidad” y reconociendo que la “*toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad*”; como así también, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 que en su preámbulo señala que estas “*menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*”. En el caso de la ley nacional 20.771 es la “*seguridad nacional*” la que aparece en riesgo. De hecho, en el mensaje de envío de la ley al Congreso de la Nación, el 22 de Agosto de 1974, se puntualiza la necesidad de que sea la justicia federal la que tenga competencia en esta materia “por ser las conductas a reprimir atentatorias a la seguridad nacional, pues afectan al ser humano, provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad. Es en consecuencia un imperativo de la *defensa nacional* la preservación del individuo en todos los aspectos concernientes a su interrelación social” (en Vázquez Acuña, M.)

En resumidas cuentas, estas leyes a través de una combinación de fragmentos heterogéneos de discursos médicos, jurídicos y morales han ido produciendo discursos de verdad en torno a la figura del consumidor y al “problema de la droga” que se han consolidado en una percepción social que encadena conceptualmente *droga-delito-inseguridad ciudadana* y que es lo que finalmente legitima los mecanismos coercitivos de defensa social implementados desde el propio Estado, con los efectos que ello acarrea.

Podemos sostener entonces que la implementación de este tipo de políticas en materia de drogas ha fracasado respecto a su *objetivo explícito*, en tanto y en cuanto ni se ha logrado reducir el consumo, ni salvaguardar la salud pública, ni se ha reducido el tráfico y la producción. No obstante, esto nos hace al menos sospechar, que existen otros *objetivos implícitos* otros intereses que persigue, y tras los cuales estas políticas represivas despliegan todo su esplendor. De hecho, y retomando a Foucault, la “potencialidad” de la penalidad no debe reducirse al simple hecho de “reprimir los ilegalismos”, sino más bien “(...) de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a la otra; de neutralizar a éstos y sacar provecho de aquellos. En suma la penalidad no reprimiría pura y simplemente los ilegalismos, los diferenciaría, aseguraría su economía general” (Foucault, M. 1988: 277). Un reciente ejemplo de ello lo constituye la citada Ley de Desfederalización N° 26.052.A pesar de que ésta haya sido destinada a “combatir el microtráfico” las estadísticas muestran que en los hechos ataca al eslabón más débil de la cadena, al consumidor: y es así que de las 1724 causas judiciales por violación de la nueva ley de drogas iniciadas entre el 11 de Diciembre y el 29 de Enero de 2006, el 84 por ciento acusa a los detenidos de consumo personal o tenencia simple: adolescentes sorprendidos con marihuana en el bolsillo (86 por ciento de lo secuestrado son porros o pequeñas cantidades de yerba mientras que sólo el 3 por ciento de lo incautado es paco) mientras que *apenas el 16 por ciento de causas abiertas restantes –descontadas las vinculadas a la simple tenencia– está relacionado con el tráfico*. (Fuente: Página/12 13-02-06). Una vez más debemos citar las declaraciones realizadas por el Ministro Aníbal Fernández en Página/12 donde hace referencia a la selectividad de la ley vigente en la “caza de consumidores”⁶: “todo el mundo hizo la fácil, se metió en el zoológico a cazar. Nadie iba adonde estaban las presas más difíciles. (...) Hace muchísimo que no tenemos causas con entrega vigilada. Que no se encuentran redes ni rutas de narcotráfico. Cuando se hacen grandes decomisos, que de hecho los hacemos, muy rara vez hay detenidos importantes. (...) las fuerzas trabajaron para hacer cartón pintado. Las estadísticas han sido eso, cartón pintado para justificar un trabajo inútil, la persecución del consumidor. Por eso di la orden de no perseguir consumidores. Por perseguir consumidores las bandas crecieron a sus anchas y se volvieron lo que son” (en Alarcón, C. Página/12, 19-06-07).

Efectivamente, el *negocio* del narcotráfico es tal que a una política ficticia en contra de la droga no se le puede pedir más que esta *caza de perejiles*. Los datos arrojados por el informe del 2005 de la ONUDD son contundentes respecto al alcance financiero del mercado ilícito de drogas: el volumen

financiero en la producción fue en 2003 de 13.000 millones de dólares, frente a los 94.000 millones de las ventas intermediarias o al por mayor, y los 322.000 millones de dólares de las ventas finales. De acuerdo con esos cálculos, el mayor mercado es el del cannabis (marihuana), con un monto de 113.000 millones de dólares, seguido del de cocaína, valorado en 71.000 millones; los opiáceos, 65.000 millones; las drogas sintéticas, 44.000 millones, y la resina de cannabis (hachís) con 29.000 millones de dólares. Para dimensionar la verdadera magnitud e importancia que implican estas cifras basta decir que en las ventas por menor el volumen del mercado de las drogas ilícitas en todo el mundo supera al producto bruto interno (PBI) del 88 por ciento de los países del mundo mientras que el volumen de las ventas mayoristas fue en 2003 equivalente al 12 por ciento de las exportaciones mundiales de los productos químicos o al 14 por ciento de todas las exportaciones agrícolas del planeta, al tiempo que supera al de todas las exportaciones agrícolas lícitas de América latina y Medio Oriente juntos. (Fuente: La Nación, 22-07-05). Teniendo en cuenta entonces la voluminosa dimensión a la que asciende el dinero promovido por la droga y que ésta aumenta vertiginosamente a medida que se acerca al consumidor final, por un lado no sorprende en absoluto la proliferación de consumidores, como tampoco que una política contra las drogas ataque al eslabón más débil de la cadena, sin apuntar a desbaratar a las bandas que manejan el mayor negocio mundial, tal como se evidencia en estos datos.

Podemos afirmar entonces, que el fracaso de la política penal que instrumentan los Estados Nacionales para “atacar el problema de la droga” es sin lugar a dudas intrínseco a la construcción misma del problema, sin embargo, y no obstante lo notorio de este fracaso, si las políticas represivas continúan implementándose es debido a que *ese fracaso es necesario* para seguir manteniendo a la drogadicción como un vehículo mediante el cual el poder despliega sus artilugios de control y entre otras cuestiones reproduce las relaciones sociales de desigualdad.

Notas:

¹ De aquí en adelante cada vez que hablemos de “drogas” nos referiremos a las *drogas consideradas ilegales* en el momento histórico al que se está aludiendo.

² Dado que lo que nos interesa específicamente en este trabajo se refiere a la penalización de la tenencia de estupefacientes, analizaremos las legislaciones y convenciones sólo en este aspecto.

³ De acuerdo a las estimaciones del cuerpo médico forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo 3 de cada 10 personas sometidas a tratamiento se rehabilitan (Vázquez Acuña, M.). Si bien el evidente fracaso de esta medida puede no deberse *directamente* al carácter coactivo de la misma, sin dudas creo que tiene una gran incidencia en su fracaso. No obstante esta salvedad, la baja proporción de “rehabilitados” es un dato más que significativo si de evaluar la política se trata.

⁴ Pensemos también que los consumidores asocian sus consumos con muchas otras cuestiones que pueden no estar asociadas a una “enfermedad”, y un tratamiento en esos casos jamás resultaría.

⁵ Si bien jurídicamente se entienden a estas “medidas de seguridad” como “alternativas a la pena”, como sustitutas de una pena, consideramos que en los hechos constituyen un auténtico sistema punitivo y

coercitivo en tanto y en cuanto existe una efectiva privación de derechos y una profunda inflicción de un dolor.

⁶ Selectividad que se reproduce en el interior mismo del grupo de los consumidores ejerciéndose una *doble selectividad*, porque dentro de estos grupos el sistema penal escoge a aquella minoría más desprotegida que el *orden social y económico* se ha encargado de ponerlos en una situación de *desigualdad* frente a la *supuesta esencia igualitaria del orden jurídico*, es decir, a pesar que el consumo de drogas ilícitas se distribuye en *todos* los sectores sociales, el sistema penal *selectivamente* escoge a sus víctimas. Por eso, contrariamente a las apreciaciones que pululan en el imaginario social y que la criminología tradicional reivindica podríamos decir que la pertenencia a un estrato social desfavorecido más que provocar en los sujetos una mayor motivación para cometer actos desviados, *los coloca en tal situación* con una probabilidad más elevada de ser definido como desviado que quienes comportándose de idéntica forma pertenecen a un estrato privilegiado.

Bibliografía selectiva:

Alarcón, C. La orden es no perseguir más a los consumidores. (2007, Junio 19) *Página/12: Sociedad*.

Baratta, A. (1989). Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias, en Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor (pp. 73-94) Universidad de Santiago de Compostela.

Barbano, R. (2006 Junio 19) Proponen legalizar la tenencia y el cultivo de drogas para uso personal. *Clarín: Policiales*. 38-39

Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e Ragione*, Laterza, Bari. Citado en Scalia, P. (2006) *Medidas educativas y curativas en la Ley 23.737: discursos y praxis de censura social*. En Derecho Penal On Line. Disponible en: www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,277,0,0,1,0

Foucault, M. (1988) *Vigilar y Castigar*. México: Ed. Siglo XXI

Scalia, P. (2006) *Medidas educativas y curativas en la Ley 23.737: discursos y praxis de censura social*. En Derecho Penal On Line. Disponible en: www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,277,0,0,1,0

Vázquez Acuña, M. (s/d) La situación jurídica del usuario de drogas en nuestro país: entre la coerción y el derecho a la salud. Disponible en: www.sasnac.org.ar/docs/ciencias_sociales/la_situacion_juridica.pdf -

Narcotráfico, un negocio floreciente. (2005 julio 22). *La Nación: Editorial II*

ONUDD Informe Mundial sobre drogas 2007

Iglesias, M. (2003, mayo 19). Cada vez más droga, el drama crece ante la apatía oficial. *Clarín: Sociedad*.

Szasz, T. (1993) *Nuestro derecho a las drogas*. Barcelona: Ed. Anagrama.
