

# Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina

Eugenio Raúl Zaffaroni\*

## 1. DATOS CRIMINOLÓGICOS

### A) Consumo de tóxicos

Adelantamos desde el comienzo una cuestión que nos resulta altamente problemática, que es la propia definición de “estupefaciente” y “psicotrópico”. Aunque más adelante volveremos sobre el problema que ello plantea en el derecho argentino vigente (ley 23.737, del 10 de octubre de 1989), en atención al mismo aclaramos que preferimos referirnos simplemente a “tóxicos” legales e ilegales o, mejor, sometidos a regulación penal y no sometidos a regulación penal.

En el país se carece de estadísticas serias en muchísimas materias. No existen datos confiables a este respecto. Las estimaciones que se realizan por lo general son tendenciosas. Los datos más confiables son los kilogramos de cocaína secuestrados por la policía (en especial la Policía Federal Argentina), pero eso, dadas las características del país, no es indicador cierto de consumo, aunque puede ser un indicio.

Según puede inferirse de los pocos datos obtenidos por autoridades sanitarias y lo que la observación general indica, existen distintos consumos de tóxicos. En principio, el alcohol es de consumo extendido en todo el territorio nacional. El país es gran productor de vino, con una fuerte industria vitivinícola en gran parte de la zona andina, desde Río Negro hasta Salta. Esta producción abastece a todo el país, aunque por imitación

\* Catedrático de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

también está aumentando el consumo de cerveza, especialmente en los centros urbanos. En general, el consumo de alcohol es de bebidas fermentadas, aunque se consumen también bebidas destiladas. Las autoridades sanitarias han alertado muchas veces sobre el consumo abusivo de alcohol, pero es poco lo que se ha hecho por controlarlo.

Es interesante consignar que durante muchos años la jurisprudencia de todo el país —federal y provincial— siguió el criterio conforme al cual la embriaguez completa por ingesta voluntaria de alcohol era irrelevante a los efectos de la imputabilidad. Al ebrio total, que no recordaba nada —o solo muy parcialmente— de lo que había sucedido, se lo penaba como plenamente imputable. Las consideraciones al respecto eran de carácter supuestamente social, extendiéndose ampliamente sobre los efectos “disolventes” del “vicio” en la sociedad. Todos los argumentos “degenerativos” eran moneda corriente en la jurisprudencia. Se llegó a denegar una eximente de servicio militar obligatorio por incapacidad del padre en razón de que el padecimiento que lo afectaba era “alcoholismo crónico”, lo cual era un “vicio” y no una enfermedad.

Con algunas variantes la situación se mantuvo hasta 1963, en que tuvo lugar un giro en la jurisprudencia plenaria de la Cámara de la Capital, a partir del cual se hace la aplicación de la teoría de las “acciones *liberae in causa*”.

Otro consumo de tóxicos sumamente extendido es el de psicofármacos, que provoca un alto número de muertos y accidentes con serio riesgo de vida. Hay, en general, dos formas de uso: el que hacen jóvenes en forma ilícita y perseguida por el sistema penal, y el que hacen personas adultas y preferentemente mayores de cuarenta o cincuenta años, en gran parte mujeres, en forma más o menos lícita: con recetas médicas. Parece que los médicos recetan psicofármacos con gran generosidad, particularmente sedantes y también algún estimulante y antidepressivo. El uso de sedantes como panacea para todos los problemas sociales, personales y de salud se halla grandemente extendido. Los casos de intoxicación aguda o crónica abundan y constituyen un verdadero problema de salud. No obstante, la atención pública no se fija en este fenómeno ni se lo visualiza como problema.

Entre la población más pauperizada (especialmente de las llamadas “villas” o asentamientos de viviendas precarias), masculina y muy joven (niños y adolescentes), se ha difundido el uso de inhalables. Los inhalables no habían cundido en la Argentina hasta la década de los años ochenta. Llamó la atención sobre ellos la publicitación inopinada de un caso de muerte, con conferencia de prensa policial autorizada judicialmente, receptado en revistas sensacionalistas y en diarios de gran circulación. Posteriormente se llegó a explicar en algunas revistas la forma de practicarlo con el pretexto de alertar a los padres, y en este momento es uno de los tóxicos más difundidos en los sectores carenciados jóvenes masculinos. Los efectos irreversibles sobre el sistema nervioso y las cuerdas vocales son evidentes en muchos casos. Tampoco hay una alarma social a este respecto, porque no se lo proyecta socialmente como problema. En las zonas marginales de Buenos Aires, ante la total inoperancia de las autoridades frente al fenómeno, la policía tomó algunas

medidas primitivas en ocasiones, primitivismo que no le es imputable, porque al menos es la única que intenta llevar a cabo algo para contenerlo: una de aquellas consiste en pegotearlos el cabello a los niños y adolescentes que usan el inhalable con el mismo elemento (que generalmente es pegamento). Como consecuencia, deben cortarse el cabello en forma estigmatizante. Obviamente se trata de una práctica ilícita, pero es la única que se ha intentado.

En cuanto a las intoxicaciones que suelen preocupar al sistema penal, es decir, las referidas a tóxicos como el LSD, la heroína, la morfina, la cocaína y la marihuana, la situación es también muy diversa en cada caso.

El LSD parece pasado de moda. La heroína es desconocida en la Argentina. Prácticamente no hay consumo de heroína, ni tampoco venta. La morfina también parece ser un tóxico pasado de moda. En general, la policía se concentra en cocaína y marihuana.

Ninguno de estos dos tóxicos constituye hasta el presente un serio problema de salud en el país, al menos si comparamos el número de víctimas fatales o irreversibles de los tóxicos que mencionamos anteriormente. Es muy bajo el número de muertes por sobredosis de cocaína, aunque tampoco disponemos de estadísticas. No obstante, dado que cada uno de esos casos es ampliamente publicitado, cabe pensar que se trata de un número reducido.

La cocaína se ha convertido en considerable fuente de ingresos, o sea en franca tentación para un amplio sector de personas, particularmente en la actual recesión prolongada y ante la destrucción del aparato productivo que ha sufrido el país. Debe tenerse en cuenta que estas situaciones no solo afectan a las actividades lícitas sino también a las ilícitas, es decir, a los delitos contra la propiedad, que resultan menos rentables. De cualquier manera, tenemos la sospecha de que el consumo de cocaína en el país está aumentando, aunque sin que su uso o abuso pueda dar lugar a una verdadera continuidad adictiva en la gran mayoría de los casos. La hipótesis no la podemos confirmar, pero lo cierto es que la escasa capacidad de consumo de nuestra población, cada día más empobrecida, aleja de las grandes mayorías del país la posibilidad del uso continuado de un producto tan extremadamente caro, que parecería reservado a algunos sectores privilegiados, a la distribución que ocasionalmente puedan hacer personas de esos sectores en reuniones más o menos colectivas, o bien, a un consumo esporádico. Cabe anotar que la cocaína que circula en el país es de baja calidad (bajo grado de pureza) por las señaladas razones y que, fundamentalmente, la Argentina es país de paso del tóxico con destino a otras latitudes.

En cuanto a los problemas de la cocaína, sintetizando, podemos decir que la Argentina no es país productor de coca, no se han encontrado laboratorios para procesar coca o pasta básica en gran escala, no tiene una gran capacidad de consumo que pueda generar un mercado codiciado por los grandes traficantes (el interés puede existir, pero siempre es relativamente pequeño en relación con otros mercados); cabe pensar que una parte del producto circulante es pago en especie del tránsito y el producto que usualmente circula es de bajo nivel de pureza. Tampoco

es un país en el que se produzca ningún "lavado" importante de dinero. Estas operaciones tienen lugar en Uruguay, donde tienen asiento todas las sucursales de bancos extranjeros y a través del cual se produce la gran fuga de capitales argentinos. La concentración de riqueza argentina en Punta del Este es realmente impresionante.

Mucho más extendido, por supuesto, es el consumo de marihuana, que se cultiva incluso domésticamente. Su empleo en forma esporádica es muy amplio, aunque tampoco poseemos información. Lo que podemos observar en los ámbitos universitarios nos proporciona una idea del mismo. No se conocen situaciones de muerte por este tóxico, y el argumento más usado en cuanto al mismo es que, por lo general, constituye el peldaño con el que se inicia una escala hacia las "drogas fuertes". No creemos que su uso constituya un verdadero problema social ni de salud en el país. Por su forma de uso tampoco genera una complicación con la irrupción del SIDA. En los casos que conocemos su uso es social, eventual, no cotidiano, al menos en la práctica más corriente de su empleo.

#### B) La práctica de la persecución penal del consumo y tráfico de drogas

Este tema requiere una explicación histórica de las últimas dos décadas, incluso vinculada a los diferentes marcos políticos del país.

El problema de la persecución penal no era muy manifiesto ni grave hasta la irrupción de la violencia política en la Argentina en la década de 1970, particularmente después de 1974, en que organizaciones violentas retornaron a sus prácticas anteriores, y la represión violenta también cobró evidentes características de ilegalidad. La violencia desatada en los dos últimos años del gobierno constitucional que cayó en el golpe de Estado de marzo de 1976, reforzó una rara ideología, en la que se mezclaban elementos de la ulterior "seguridad nacional" con resabios de utopías de corporativismo de extrema derecha pasada de moda (fascistas y nazistas), siendo su máximo exponente el entonces ministro de Bienestar Social, López Rega. En este contexto fue confundiendo todo: como suele suceder en estas ideologías confusas, libertad sexual, libre expresión corporal, indumentarias no convencionales, subversión, guerrilla y uso de "droga" constituían el mismo fenómeno o bien, eran todos expresión de un general síntoma de "disolución social", de "crisis moral" o de agresión al "ser nacional" (entendido en sentido nazista). No es de extrañar que en este marco se sancionasen leyes que se presentaron como íntimamente vinculadas: la ley 20.771, de "drogas", y la ley 20.840 de represión de actividades subversivas. Ambas fueron sancionadas por el Congreso en octubre de 1974, es decir, en pleno ejercicio de autoridad del nefasto personaje a que nos referimos.

Inmediatamente comenzó una persecución policial, aunque no muy intensa, centrada en la marihuana. Hasta entonces se había discutido en la doctrina y en la jurisprudencia si la tenencia era delito cuando se trataba de tóxico para consumo propio, pues la ley se limitaba a sancionar la tenencia, sin especificación alguna. La ley 20.771 de 1974, en su art. 6, introdujo una disposición redactada en los siguientes términos: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de

... el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal". Poca duda cabe acerca de que esta disposición fue introducida por indicación de la Policía Federal. Ha circulado la versión de que en su redacción intervino un conocido penalista fallecido, pero no la hemos podido confirmar.

De cualquier manera, bueno es señalar que las autoridades policiales tenían en esos momentos problemas mucho más serios de los que ocuparse y que, por ende, no pusieron mayor entusiasmo en la persecución de usuarios de marihuana. La cocaína no era un problema importante en el país, y tampoco se había hecho toda la propaganda que a su respecto se desató más tarde.

El art. 10 de la ley 20.771 agregó un párrafo al art. 77 del Código Penal, que definía como estupefacientes a las substancias "que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente". Los jueces federales de la capital de la república entendieron que como las listas aún no habían sido elaboradas ni publicadas, las conductas de tenencia resultaban atípicas. No hubo problemas, porque prácticamente no se conocían casos de tráfico en escala media o grande, por lo cual la citada ley prácticamente no tuvo efectividad durante el gobierno constitucional, al menos en la ciudad de Buenos Aires.

Con el advenimiento de la dictadura en marzo de 1976, las cosas comenzaron a cambiar. El régimen militar enfatizó una supuesta moralidad occidental y cristiana, y como parte fundamental de la misma comenzó a entender la lucha contra la droga, que era una suerte de debilitamiento del ser nacional (entendido en sentido nazista siempre) por parte del monstruo apátrida subversivo internacional dirigido desde quién sabe dónde. De esta manera, cada joven usuario de marihuana pasaba a convertirse en una suerte de traidor a la patria en la guerra que esta libraba contra la subversión, que no era un problema nacional, sino una manifestación más de la gran guerra que se libraba en todo el planeta entre el occidente cristiano y el oriente marxista. Tengamos en cuenta que el consumo no había variado sustancialmente y que la persecución era básicamente contra consumidores y pequeños vendedores de marihuana.

En estas condiciones, la disposición del art. 6 de la ley 20.771 cobró verdadera vigencia. El procurador general de la nación dictaminó que las listas elaboradas con anterioridad a la vigencia del art. 10 de la ley tenían efecto ultraactivo para la definición introducida en el art. 77 del Código Penal y, pese a la flagrante violación al principio de legalidad, la Corte Suprema nombrada por la dictadura acompañó el dictamen de su fiscal. Los jueces, también nombrados —y unos pocos confirmados— por la dictadura, acompañaron en un primer momento este criterio. En un famoso fallo, la Corte Suprema razonó que la tenencia para consumo debía ser penada, pues de no haber consumidores se acabaría con el tráfico. De este modo, se decidió la permanencia en prisión preventiva de un grupo de usuarios, alguno de los cuales murió en la cárcel en el curso de un motín carcelario en marzo de 1978 en la unidad 2 del Servicio Penitenciario Federal.

Las disposiciones en materia excarcelatoria eran muy severas, por lo cual el número de usuarios de marihuana presos fue en crecimiento. Esto coincidió con

una reforma a la ley de menores, que por la ley *de facto* 21.338 (de reforma masiva y represiva del Código Penal) sancionó la plena responsabilidad penal de los menores a los diez y seis años. En definitiva, el número de adolescentes que fue a dar a la prisión por fumar marihuana, incluso esporádicamente, fue considerable, dado que en la segunda oportunidad en que se les sorprendía no podían ser excarcelados.

En 1978 se profirió la primera sentencia que, sin declarar la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 21.771, consideró que no era aplicable cuando la tenencia no importaba un peligro para la salud de terceros, en razón de que la cantidad y forma de consumo de la misma no afectaba otro bien jurídico que la propia salud del tenedor. La citada sentencia de primera instancia respondía los argumentos de la Corte Suprema y fue inmediatamente revocada por la Sala 3ª de la Cámara de la Capital, con el argumento de que la tenencia de marihuana (en el caso se trataba de algunos restos del tóxico hallados en el bolsillo del reo) afectaba la seguridad nacional.

La necesidad de que cualquier delito afecte bienes jurídicos está consagrada en la Argentina por el art. 19 constitucional, que dispone que las acciones privadas de los hombres que no afecten el orden ni la moral pública ni perjudiquen a terceros, "están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

Pocos meses después, otra sentencia de primera instancia, de otro juzgado de la capital, declaró la inconstitucionalidad del citado art. 6. Igualmente, fue revocada por la Cámara de la Capital.

La prensa publicó artículos adversos a los jueces de primera instancia que sentenciaron en ese sentido. Poco después otra sentencia, igualmente revocada por la Cámara, consideró que la marihuana no es estupefaciente.

Uno de los problemas que planteaba esa legislación era la inclusión de las hojas de coca en la lista de estupefacientes. El "coqueo" o masticación de hojas de coca es una costumbre ancestral del altiplano peruboliviano, que penetra en nuestras provincias nortenas lindantes con Bolivia (Salta y Jujuy). Una sentencia de la Capital Federal absolvió a un matrimonio de ancianos bolivianos con largos años de vida en el país, con base en que la inclusión de hojas de coca no violaba la legalidad, porque no son "estupefaciente", sino simple materia prima para el clorhidrato.

La concentración de cocaína en las hojas es solo del 1%; la masticación provoca que una ínfima parte de esa baja concentración llegue a la sangre, pues es filtrada en el proceso digestivo (lo que no pasa con el clorhidrato, que se inhala o se inyecta). En 1978 el Instituto de Patología Regional de Salta investigó los efectos del coqueo, mediante el control de un grupo de cien agentes de la policía provincial, cincuenta de los cuales eran "coqueros" con más de diez años de práctica, y los otros cincuenta no lo eran. El resultado fue que no se observaron diferencias clínicas, salvo un pequeño índice de menor colesterol entre los "coqueros". El director del Instituto fue amenazado con la cesantía por el marino que ocupaba el Ministerio de Bienestar, aunque su trabajo fue premiado por la Academia de Medicina de Córdoba.

La sentencia absolutoria se basaba en esta investigación y en el argumento jurídico de que una ley penal en blanco no podía ser una delegación de funciones

legislativas: el poder ejecutivo podía precisar qué estupefacientes entraban en su lista, pero no podía incluir lo que no lo era.

La Sala 6ª de la Cámara de la Capital revocó la sentencia de 1980 argumentando que el poder ejecutivo podía incluir el café en sus listas, si lo consideraba conveniente. El voto mayoritario citaba a San Agustín fuera de contexto, y la decisión de la Cámara fue comentada elogiosamente por un profesor de Córdoba.

En el fondo, se sostenía que no era posible determinar qué cantidad de hojas de coca eran destinadas al consumo y cuáles podían ser empleadas para fabricar cocaína. Con ello se pretendía poner a la población al servicio de la policía, aparte de que esa imposibilidad es obviamente falsa. La prohibición del coqueo aumentó el precio de las hojas de coca, promovió el contrabando de las mismas y provocó el procesamiento de varios policías implicados en este comercio. Afortunadamente, el buen criterio del juez federal de Salta, que decidió no aplicar la ley en la provincia, evitó males mayores.

El ministerio público no estuvo en esa ocasión exento de toques racistas, pues afirmó que el uso de coca en el altiplano, si bien no podrá decirse que hubiese provocado efectos degenerativos, no era menos cierto que tampoco había producido grandes hombres. En un segundo caso, idéntico al anterior, el mismo juez le recordó que Chuquisaca fue el centro cultural del Virreinato y que la justicia argentina dependía de la Real Audiencia de Charcas, sin contar con la importante civilización prehispánica.

En 1980 se volvió a elevar la edad de responsabilidad penal de los menores, con lo cual una parte del problema se solucionó. El extremo rigorismo, que llevaba al procesamiento, condena y estigmatización a miles de jóvenes se intentó paliar con cuestiones de prueba: defectos formales del secuestro, del peritaje, etc. Paralelamente, ese rigorismo hizo que cayesen bajo el poder penal jóvenes parientes de jueces, ministros, militares, etc. Comenzó a abrirse una brecha jurisprudencial en las dos salas menos cavernícolas de la cámara de la dictadura, sobre la base de la insignificancia para el bien jurídico.

En lo doctrinario hubo autores que plantearon que la "tenencia" no es una acción, en lo que tampoco les faltaba razón. El "suministro" fue entendido por algún sector jurisprudencial como el acto de fumar en grupo (pasarse el cigarro se consideró "suministro"). Otro sector rechazó este criterio.

En estas condiciones se llega al gobierno constitucional de 1983. La ley 20.771 se mantuvo inalterada, pero la jurisprudencia comenzó a flexibilizarse. En cierto momento se logró una jurisprudencia plenaria en la Cámara de la Capital en el sentido de las sentencias antes minoritarias. Finalmente, en 1986, la Corte Suprema, por ajustada mayoría (tres votos contra dos), declaró la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771.

De inmediato comenzó un embate llevado a cabo por gestión policial e internacional, con la intención de sancionar una nueva ley. En el ámbito del poder ejecutivo se gestó un proyecto que fue compatibilizado con otro de la oposición, pero fue

desbaratado en el Congreso por el "lobbying" de intereses que terminaron creando una comisión especial en la Cámara de Diputados. El proyecto del ejecutivo, compatibilizado en el Senado, desincriminaba la tenencia para consumo y centraba la atención en el tráfico, teniendo en cuenta el uso de tránsito de cocaína que se hace del país y del riesgo de utilizarlo como base de elaboración del producto final. El proyecto que finalmente resultó en el Congreso era represivo de las conductas nimias, en la línea de la ley 20.771. Se logró postergar su sanción y dejar las cosas en el estado en que se hallaban.

Una insistente campaña, supuestamente preventiva, comenzó a publicitar inauditamente el consumo de tóxicos y a acicatear la consiguiente curiosidad de los adolescentes. Esta campaña llevó en un momento dado el problema "droga" al segundo lugar de preocupación pública, según las encuestas. Los espacios de televisión dedicados al tema fueron muy considerables. En general, toda noticia policial era adornada con la intervención de la "droga". No hubo delito que prácticamente, según la proyección pública, no fuera cometido bajo el efecto de tóxicos. En general, esta tónica se conserva.

El estereotipo que se proyectaba era el del delincuente con síndrome de abstinencia. Obviamente, el estereotipo del heroínmano es una completa invención, en un país en que no se conoce la heroína. La cuestión suele confundirse, porque algunos profesionales médicos y psicólogos no se percatan de que los jóvenes que cometen delitos contra la propiedad adquieren tóxicos como podrán adquirir otras cosas, pero que esto nada tiene que ver con el estereotipo que se difunde. En la realidad no hay casi delitos en los que efectivamente intervengan tóxicos ilegales, salvo los referidos a esos tóxicos. La policía, por un lado, se encuentra en la necesidad de reconocer este hecho, pero no parece tener mucha voluntad de desbaratar el estereotipo proyectado. Un servicio de noticias, particularmente escandaloso y de pésimo gusto, fue el principal motor de esta proyección estereotipada.

En estas circunstancias tuvo lugar la última campaña electoral presidencial. Como es dable imaginar, todos los personajes largamente comprometidos en la labor menos seria se incorporaron cabalgando sobre el discurso de los medios masivos, y una buena parte de la campaña se basó en la lucha contra la "droga" mediante la promoción del deporte y la represión penal.

Instalado el nuevo gobierno, de inmediato se creó una Secretaría de Estado dedicada a "drogas"; en el Congreso no fue difícil que los legisladores de la oposición —que desde el oficialismo no habían logrado imponer la ley impulsada policial e internacionalmente— se pusiesen de acuerdo con los portadores del discurso de medios masivos del nuevo oficialismo y, en rápido trámite, sancionaron la ley vigente N° 23.737, del 1° de octubre de 1989.

Dado que la Constitución Nacional no establece cuántos miembros debe tener la Corte Suprema de Justicia de la nación, el poder ejecutivo impulsó una ley que aumentaba de cinco a nueve el número de ministros de la Corte. Al mismo tiempo, dos de los magistrados de la corporación renunciaron. De este modo se pudo renovar prácticamente toda la Corte Suprema, en la que aún continúan tres

de sus antiguos miembros, y seis de reciente designación. Como también es lógico suponer, esta Corte retrocedió a la jurisprudencia anterior a 1986, es decir, al criterio de la Corte Suprema de la dictadura militar, sin ningún argumento innovador.

En cuanto a la práctica misma respecto del consumo y del pequeño tráfico, en lo que a la policía se refiere, es conveniente señalar que la "droga" es el más serio pretexto que se tiene para ejercer un poder de control social configurador o positivo (en términos foucaultianos). Merced a ese pretexto la policía puede realizar, "razzias", frecuentemente amparadas y legalizadas desde el poder judicial. Uno de los jueces que más apoyaba esos comportamientos se encuentra preso por tentativa de extorsión y otros cargos, en un escándalo que no tiene casi precedentes en la historia judicial argentina.

La "droga" es el pretexto para la intromisión de la policía en locales nocturnos, en la vida privada de las personas y, además, permite que agentes de policía foráneos intervengan en sus procedimientos, haciéndolo constar incluso en las actas judiciales. El poder policial se halla potencializado, pues la policía argentina está facultada por ley para privar de libertad a cualquier persona por el término de 24 horas, aduciendo simple "averiguación de antecedentes". Han sido inútiles todas las medidas judiciales tendientes a declarar la inconstitucionalidad de esta facultad, al igual que la de juzgar contravenciones. Durante muchísimos años el pretexto policial se escudó en el juego y la moral pública. Finalmente, el juego perdió sentido, fue derogada la ley de comienzos del siglo que autorizaba los allanamientos por juego ilegal, las pautas de libre expresión corporal y sexual no pudieron contenerse por más tiempo. La sociedad argentina, afortunadamente, adquirió un espacio que ya no puede volver a controlar el paternalismo que llegó a límites de increíble absurdo en la dictadura genocida y, por ende, la "droga" surge en estos últimos años como el principal pretexto para la intervención policial disciplinadora.

La cocaína y la marihuana no tienen ninguna incidencia en la criminalidad argentina, salvo en los delitos vinculados a los tóxicos: tráfico, suministro, falsificación de recetas, etc.

La mayor parte de la población penal consume tóxicos, por lo general psicofármacos, pero no llegan a la prisión por delitos vinculados al tráfico, sino por delitos comunes contra la propiedad. A veces, el uso lo adquieren como hábito en la prisión. El personal penitenciario atribuye la introducción de tóxicos a la "palomita" (pequeños paquetes arrojados con cordeles desde el exterior), en tanto que algunos presos acusan la existencia de personal implicado en la introducción. Es difícil establecer la verdad, pero lo cierto es que el consumo interno es elevado.

Uno de los problemas más delicados que se han planteado en los últimos años es el de la población penal afectada por SIDA. La mayor parte de los afectados contrajeron el virus por el uso de agujas contaminadas. Solo una pequeña parte son homosexuales. La acción en materia de SIDA en la Argentina, ha sido eficaz casi exclusivamente entre los homosexuales, pues en ella se comprometieron sus propias organizaciones y realizaron una intensa campaña de esclarecimiento. Entre los heterosexuales y los usuarios de tóxicos inyectables, lamentablemente no se ha obtenido el mismo resultado.

En alguna medida se logró mejorar la situación de los portadores no sintomáticos, a los que se destinó un local especial en las afueras de la ciudad. Se llegó a esa situación luego de la denuncia de un escandaloso tratamiento a que se los sometía (malos tratos, torturas, vejaciones y discriminación para las visitas) en la cárcel general. Cabe consignar que la investigación de SIDA se sigue realizando solo en los casos que se detectan como "grupo de riesgo", sin que quede en claro cuál es el número de infectados que hay realmente en prisión.

### C) Actitud social ante el fenómeno de las drogas

La sociedad argentina es sumamente compleja y ha atravesado momentos muy dispares en su rápida dinámica de los últimos años. Bajo la dictadura, la "droga" era una parte de la propaganda oficial vinculada a la ideología de la "seguridad nacional". La confusión de la población a este respecto fue total.

Terminada la dictadura, la "droga" (siempre manejada como un contexto confuso y propagandístico) fue incorporada a la vigente política de "seguridad ciudadana". Esta incorporación tiene un triple efecto:

a) Suscita un alto grado de curiosidad en los adolescentes. La "droga" se presenta como algo milagroso, que produce placer (vinculado a lo sexual) y que está prohibido: la prohibición de la "droga" se identifica con la prohibición del placer. No hay ninguna publicidad que señale que los tóxicos disminuyen esta capacidad. Por momentos se tiene la impresión de que los propios autores de los mensajes creen en esta asociación.

b) Genera un alto grado de paranoia en los padres. La "droga" resulta algo misterioso, desconocido y fatal, asociado a muerte, delito y estigmatización. El desconocimiento acerca de la realidad abre un espacio de miedo por el que se desplaza la paranoia. A los mensajes de "seguridad nacional" ("¿Sabe dónde está ahora su hijo? ¿Conoce los peligros que le acechan?") sigue el de seguridad ciudadana: una revista, por ejemplo, publica un artículo titulado "cómo saber si su hijo es drogadicto" plagado de inexactitudes y consejos absurdos que llegan hasta análisis de orina clandestinos.

c) Centra la atención en la cocaína y la marihuana y hace que no se perciban como "droga" los otros tóxicos, especialmente los psicofármacos y los inhalables. Los problemas de salubridad pasan por un sendero que nada tiene que ver con la propaganda publicitaria de la "droga".

De cualquier manera, la actitud de la opinión pública varía casi continuamente, puesto que la "droga" ocupa un lugar de privilegio en las encuestas, en ocasiones en que la atención no se desplaza a problemas más reales y cotidianos, como la corrupción, los conflictos salariales, la inflación, escándalos políticos, etc. La "droga", como todo lo vinculado al sistema penal, se manifiesta para desplazar la atención pública de ciertos problemas, pero esa manipulación tiene límites y cuando estos se sobrepasan, la "droga" pierde "rating".

## 2. DESCRIPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

### A) La ley penal material

La vigente ley 23.737 de 1989, en buena medida, es una ley que responde a un modelo continental. Su articulado, por su general carencia de técnica legislativa, deja ver la influencia de modelos importados ajenos a nuestra tradición y de textos farragosos elaborados en ámbitos policiales. Todo el Código Penal argentino consta de 306 artículos; la ley 23.737 consta de 47 artículos, o sea, un volumen legislativo equivalente a casi la sexta parte del Código Penal.

Dada esta extensión, su análisis resulta imposible en el marco de una ponencia descriptiva. Hemos preferido adjuntar copia del *Boletín Oficial* del 11 de octubre de 1989, sin perjuicio de comentar aquí sus disposiciones más llamativas.

La carencia de técnica llega al extremo de que la ley contenga 47 artículos sin división de títulos o rubros, de modo que estos debemos inferirlos de su desorden.

Los arts. 1° a 4° agregan o modifican tipos del Código Penal referidos al expendio. El art. 5° revela la falta técnica, común a casi toda la legislación continental y propia de un modelo de tradición no europea continental; la riqueza abusiva y exuberante de verbos. Este artículo contiene por lo menos 24 verbos. No le van en zaga los arts. 6°, 7° y 8°.

El art. 9° plantea un serio problema, pues parece imponer al juez que tome partido por escuelas médicas, y aún por criterios éticos sumamente opinables. Las "dosis mayores de las necesarias" no están ni pueden ser seriamente determinadas en muchos casos, particularmente respecto de ciertos pacientes terminales.

El art. 10, como es obvio, o bien es una forma de participación ya abarcada en la fórmula general del Código, o no es nada. Las calificantes del art. 11 no pasan de ser criterios morales, y su redacción —propia de edicto policial—, hace que casi no haya conducta que no resulte calificada, a veces sin ningún sentido, sin contar con que no se sabe si los calificantes se limitan a los arts. 5° a 10, o abarcan los que se incorporan al Código. Basta pensar que la conducta se califica cuando se comete en "institución social" (que sepamos no hay institución que no sea "social"). En cuanto a "centro asistencial", no vemos que la conducta del médico (art. 9°) tenga un mayor contenido injusto porque la cometa en uno de esos "centros" (que bien puede ser privado) o en su consultorio.

La parte más farragosa y fantástica de esta ley es la referida al *tenedor para consumo*. Si nuestro entendimiento del lenguaje legal no es errado, creemos que la fantasía legislativa dispone lo siguiente:

art. 14: a) Pena de 1 a 6 años al que tuviere. b) Pena de 1 mes a 2 años para uso personal.

art. 17: El tenedor dependiente puede ser sometido a una medida curativa. Si tiene éxito se le exime de pena. Si no se cura se le impone la pena.

art. 18: Lo mismo puede hacerse suspendiendo el proceso.

art. 21: Si el tenedor para uso no fuese dependiente, se la darán clases. Si el condenado soportase las clases, no se impone la pena.

El art. 19 es clave en el sistema de la ley y muestra una clara intencionalidad: tiende a dar ocupación a todo un grupo de profesionales. Estas instituciones deben ser privadas, pues las públicas no existen o no tienen capacidad. Las privadas deben pagarse. No se dice quién lo hará. Los servicios penitenciarios ni remotamente pueden cumplir la previsión del último párrafo del art. 19.

La medida general del art. 16 ya estaba en la ley 20.771. Es una "doble vía" que no existe en el Código Penal. Si depende de "drogas" se le impone la medida; si es alcohólico, no; si se vuelve psicótico tampoco. Cabe consignar que casi nunca se ha aplicado.

El art. 25 extiende el encubrimiento en forma que altera gravemente las reglas del principio de culpabilidad. Es interesante la consecuencia patrimonial: no se produce en caso de delitos contra la administración cualquiera sea su gravedad.

El art. 35 es una verdadera originalidad y no conocemos antecedente análogo. Obsérvese que la madre puede ser dependiente grave, pero si no está procesada por delitos de estupefacientes no incurre en delito. Inversamente, sería delincuente una transportadora que nunca probó ningún tóxico. La cuestión no parece alterarse, incluso en caso de absolución. La extensión al "padre, tutor o guardador" parece implicar un deber solidario, aunque por la forma de redacción pareciera ser que estos debieran cumplir los requisitos de sujeto calificado del primer párrafo (cabe pensar que se excluye que "dieran a luz").

El art. 37, hasta donde nos alcanza nuestro entendimiento, abarca un delito de lesiones calificadas por envenenamiento, pero parece que el legislador cree que "lo que abunda no daña", principio que en materia penal no es verdadero. El art. 26, referido seguramente a caballos de carrera, completa el panorama de total heterogeneidad de esta ley tan *sui generis*.

El art. 45 establece un sistema de preservación de las multas frente a la inflación, que es propio de esta ley y que no rige para el resto de las multas penales. Quizá la única disposición acertada de esta ley sea terminar definitivamente con la posibilidad de criminalización del "coqueo", que fue introducida como exigencia de los legisladores de las provincias del norte (art. 15).

El concepto de "estupefaciente" que introduce el art. 40 de la ley en el art. 77 del Código Penal, a nuestro juicio es inconstitucional, porque importa una delegación de funciones legislativas. En definitiva, el art. 77 dice ahora que "estupefacientes" son los estupefacientes y los no estupefacientes que el poder ejecutivo quiera incluir en sus listas. Según este artículo, el poder ejecutivo podría incluir el tabaco o el chocolate, el café, el té o el mate. No hay allí una ley penal en blanco, sino una delegación legislativa expresamente prohibida por la Constitución y por cualquier Estado de derecho.

#### B) La legislación procesal penal

No menos curiosas son algunas disposiciones procesales de la legislación vigente. El art. 31 permite que cualquier policía nacional actúe en jurisdicción de otra, lo que no sucede con los restantes delitos, por graves que sean. El juez puede

actuar en extraña jurisdicción territorial e impartir órdenes a la policía local, lo que no puede hacer ni siquiera en caso de homicidios en masa, genocidio, traición a la patria ni espionaje. El art. 33 es obvio o incomprensible; nos inclinamos por lo primero.

El art. 34 de la ley establece la competencia federal para todos los delitos de este desordenado "Código Penal" accesorio. No hace más que reiterar la disposición de la ley 20.771. Es claramente inconstitucional, pues la competencia federal es excepcional y no se puede extender a voluntad del gobierno federal en detrimento de las competencias provinciales. En la ley de referencia hay delitos de competencia federal, delitos de clara competencia provincial y otros cuya competencia depende de las particularidades del caso.

### 3. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

No existen en este momento proyectos en curso ni se están elaborando. A lo largo del recorrido de los últimos años las opiniones doctrinarias que se enunciaron fueron básicamente las siguientes:

a) *Opiniones críticas* fundadas en los principios del derecho penal de garantías, básicamente en el art. 19 constitucional, en la racionalidad de la pena y en la utilidad de la punición.

b) Se expresaron *opiniones legitimantes* de las soluciones represivas, algunas de las cuales no resisten análisis serios:

1) Se dijo (Corte Suprema de la dictadura y Comisión Penal de la Cámara de Diputados) que si no hubiese consumidores no habría traficantes. Se respondió que si no hay clientes en los prostíbulos no habría prostitución, ni proxenetismo.

2) Se dijo que el consumidor adquiere ilícitamente. Se recordó que la ley no pena al que usa, sino al que vende o compra para la venta, pues eso es "comercio". No "comercia" el consumidor que se provee de alimentos en el mercado. Se recordó también que son muchos los casos de participación necesaria de la víctima (estupro, instigación y ayuda al suicidio, etc.).

3) Se dijo que todo usuario es un traficante en potencia. Se respondió que eso es un tipo de autor normativo presunto (*juris et de jure*), lo que resulta inadmisibles en el derecho penal no autoritario, ni totalitario.

4) Se dijo que la impunidad del usuario dificulta la punición del traficante. Se respondió que eso solo es posible en el nivel más inferior del tráfico y que es inadmisibles que en la duda se decida condenar a todos.

5) Se dijo que el consumo afecta la "seguridad nacional". No resiste el análisis.

6) Se dijo que afecta a la descendencia y que convierte al sujeto consumidor en una carga pública. Se respondió que todo grave descuido de la salud puede provocar lo mismo y a nadie se le ocurre penarlo.

7) Se dijo que la automutilación para eludir el servicio militar es punible. Se respondió que el bien jurídico es la defensa nacional y no la integridad física del autor.

8) Se dijo que si todos nos "drogásemos" se produciría una catástrofe social. Se respondió que lo mismo sucedería con el suicidio, la autosatisfacción sexual, la sobrealimentación, etc.

9) Se dijo que el consumidor difunde el SIDA. Se respondió que nadie difunde el SIDA fumando marihuana.

10) Se dijo que el consumidor comete delitos para proveerse de "droga". La experiencia no lo confirma en la Argentina. En los casos en que tiene lugar, podrían adquirir cualquier otra cosa, pues no delinquen impulsados por la abstinencia.

En general, existen en la Argentina posiciones bastante realistas y otras que aprovechan la coyuntura de la "droga" para canalizar un derecho penal autoritario que abarca todos los elementos antiliberales que han recorrido el camino de la demolición del derecho penal de garantías desde el siglo pasado. En el fondo, no hay un debate sobre la "droga", sino el debate de siempre: derecho penal liberal o de garantías y derecho penal autoritario o totalitario.

En síntesis, creemos que la intervención penal, en la forma en que está planeada en la Argentina, es "frontalista", o sea, que trata de impresionar con una ley fantasmiosa, en la que se mezclan modelos foráneos, exigencias policiales, imaginación algo afiebrada, prejuicios de toda índole, ocurrencias de asesores de turno, exuberancia de verbos típicos, profundo y grave desconocimiento del Código Penal y del derecho penal, confusión conceptual, lenguaje oscuro y farragoso, etc. Su efectividad en cuanto a la preservación de la salud de los habitantes es nula y también paradójal. El reglamentarismo extremo fomenta gravemente la corrupción.

En definitiva, el consumo de tóxicos en la Argentina es un grave problema de salud y la intervención del sistema penal lo agrava añadiéndole un grave problema para la libertad de todos los habitantes de la nación. En rigor, no sabemos cuál de ambos problemas es más grave.

ILANUD  
San José (Costa Rica)  
Marzo de 1991.

## Alternativas a la actual legislación sobre drogas

José Luis Díez Ripollés\*

En los últimos años se generalizó la impresión de que la política sobre drogas hasta ahora desarrollada estaba resultando un fracaso y que exigía correcciones importantes<sup>1</sup>. Ello ha dado nuevo impulso a dos tendencias contrapuestas que han estado presentes desde el inicio, a principios de este siglo, de la política represiva del tráfico y consumo de drogas: la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales, y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos.

El presente trabajo, tras analizar algunos de los últimos esfuerzos realizados en ambas direcciones, pretende defender una alternativa concreta susceptible de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico siempre que haya voluntad política para ello.

### 1. UNA OPCIÓN FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRESIÓN: LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988

La Convención, que tiene su origen en las resoluciones 39/41, 39/42 y 39/43 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta-

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

<sup>1</sup> No creo necesario insistir sobre el particular. Véase una amplia consideración de opiniones nacionales e internacionales al respecto, en DIEZ RIPOLLES, "La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, págs. 347 y ss.; del mismo *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, págs. 11-58, 126-132.