

**PREVENCIONES Y PROYECCIONES EN
TORNO A LA DENOMINADA
“DESFEDERALIZACION” DE LA LEY DE
ESTUPEFACIENTES**

GABRIEL BOMBINI

UNMDP

1.- INTRODUCCIÓN:

La decidida intencionalidad política del gobierno de la Provincia de Buenos Aires¹ de generar una propia política criminal en materia de conductas vinculadas a sustancias estupefacientes, importó como resultado la sanción de la ley 26052², que ha permitido mediante un inusual mecanismo de adhesión³, la recuperación de las competencias locales para la persecución de algunos de los delitos de menor entidad previstos en la ley 23.737⁴ como así también la de algunas figuras penales atenuadas, cuya creación se dispone⁵.

En lo esencial, las conductas de quienes tengan estupefacientes para consumo propio⁶ o simplemente los tengan⁷ o los comercialicen, entreguen, suministren o faciliten en dosis fraccionadas destinadas al

¹ **Ricardo Levene (n)** y **Silvia A. Stiep** (2005) en su publicación de Revista La Ley Año LXIX n°191: “Modificación a la ley de estupefacientes: desfederalización de los delitos de menor cuantía”, del 30/09/2995, citan la exposición de la Senadora Escudero como miembro informante en la discusión parlamentaria, en la que relataría el planteo realizado por el Ministro de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires en reunión con Senadores Nacionales de la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico: “...cuando un vecino de un barrio pobre de la ciudad indica el lugar donde se está vendiendo droga, la policía de la provincia de Buenos Aires no puede actuar –al igual que las policías de las demás provincias- sin una orden judicial de allanamiento...” (Diario de Sesiones HCS 06/10/2004 – Consideración del proyecto de ley por el que se sustituye el art. 34 de la ley 23.737 de Estupefacientes, Expediente S. 1222/03 y otros).-

² Con fecha 31/08/2005.

³ Textualmente, el artículo 34 actual de la ley expresa: “...Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación: 1. Artículos 5° incisos c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor. 2. Artículo 5° penúltimo párrafo. 3. Artículo 5° último párrafo. 4. Artículo 14. 5. Artículo 29. 6. Artículo 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal...” . De esa opción ha hecho uso la Provincia de Buenos Aires, mediante ley 13.392 publicada el 2/12/2005.

⁴ Conforme al artículo 2 de la ley 26.052 modificatorio del artículo 34 de la ley 23.737.

⁵ Se incorpora en concreto al artículo 5° de la ley un último párrafo que indica: “...en el caso del último párrafo del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, el suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y si correspondiere, serán aplicables los artículos 17. 18 y 21”, figura habitualmente conocida como el “convite”.

⁶ Conforme al texto original del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737.

⁷ Conforme al texto original del artículo 14 primera parte de la ley 23.737.

consumidor final⁸, son el objeto legalmente demarcado sobre el cual recae la competencia provincial para su investigación y juzgamiento⁹.

Resulta indudable, entonces, que la denominada ley de “desfederalización”, transita el camino de una política orientada a la criminalidad de menor relevancia en la materia, aun cuando sea remarcada o incluso sobrevaluada su trascendencia o conveniencia¹⁰.

Dejando fuera del propósito del presente trabajo profundizar sobre este último punto, en términos de oportunidad o réditos políticos, o bien en orden a la cobertura de los recursos materiales y humanos para soportar dicho traspaso de competencias –discusiones que de todos modos se consideran no sólo relevantes sino imprescindibles-, lo antedicho genera el deber de revisar algunos de los lineamientos generales expuestos por la literatura nacional e internacional en orden a la problemática de la política criminal en materia de drogas, y esencialmente a algunos de los efectos o consecuencias sociales negativas; para luego demarcar de modo absolutamente esquemático, algunas pautas generales que pueden ser objeto de debate en orden a lograr articular una intervención del sistema de justicia criminal que, sustentada en la revelación de los datos sociales, se yerga en el marco de una política pública

⁸ Conforme al texto del artículo 1 de la ley 26052.

⁹ No obstante la cuestión de las competencias ya ha suscitado discusiones de diversa índole no sólo en el orden doctrinario sino fundamentalmente en el jurisprudencial en lo atinente, por un lado a la definición de qué conductas concretas abarcan el concepto de “*dosis fraccionadas destinadas al consumidor final*”, y por otro si la tenencia con fines de comercialización no incluida del texto legal de la ley 26052, como tipo autónomo que anticipa la esfera de punibilidad a la actividad de comercio en sí misma, debe teleológicamente ser objeto de la llamada “desfederalización”. (Véase, por ejemplo, la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental de Mar del Plata en causa n° 10.334/c.)

¹⁰ Aún cuando no resulte el objeto de discusión de este trabajo, debe destacarse por ejemplo la oposición formulada por distintos Colegios de Abogados o Magistrados por considerar que la misma contribuiría al colapso virtual de la justicia provincial y reduciría la eficacia en materia investigativa (conf. Diario “La Nación” del 12/07/2005), o por algunos trabajos que destacan la inconveniencia del fraccionamiento de la competencia sobre la misma materia delictiva (conf. **Procajlo- Barbará**, “La ley 26052: nueva atribución de competencia en materia de estupefacientes”, en LL, 2006-I-11/15) y **Pampillio-Guereño**, “La lucha contra el narcotráfico: un camino sinuoso. Comentario a la ley 26052”, AL, LL, Bol. 27/7/2005, págs. I/V).-

racional y coherente, y adecuada con los principios constitucionales básicos que resultan pilar de las definiciones político-jurídicas fundamentales.

2. PREVENCIONES

Ciertos aspectos que han sido debidamente indicados por las experiencias en la materia hasta el presente, no sólo en otros contextos nacionales sino también en el propio, deben ser tenidos en consideración como *prevenciones* a la hora de ejecutar una política criminal respecto de aquellas conductas de menor entidad o gravedad que prevé la así denominada “ley de desfederalización”.

Numerosas podrían resultar las referencias en este sentido, sin embargo encuentro relevante tan sólo para el objeto del presente, subrayar, al menos, tres aspectos:

- a. La conciencia del carácter convencional de las prohibiciones insertas en la ley.
- b. Los usos simbólicos que se han usufructuado a partir de la supuesta tutela de la salud pública.
- c. Las características contraproducentes y selectivas que han generado las prácticas de criminalización en la materia.

Corresponde realizar, pues, una breve mención de cada uno de estos aspectos para la mejor comprensión de su alcance.

a. La conciencia del carácter convencional de las prohibiciones insertas en la ley

En primer lugar, como en ningún otro ámbito de intervención penal, debe ponerse de relieve el carácter meramente convencional producto de una decisión criminalizadora de las prohibiciones insertas en la ley¹¹, bajo determinadas justificaciones que pueden ser o no compartidas¹², pero evidenciando que existe otra alternativa que no es la que se ha escogido en nuestro país¹³.

Incluso más allá de la definición política de la criminalización, también se afirma que en sí, un concepto-clave en la especie tal como el de “droga”¹⁴ es construido a través de procesos de definición sociales e institucionales, no pudiendo reclamar genuinamente un status científico pues está basado en consideraciones morales y políticas; no se trata pues de un concepto meramente descriptivo sino que conlleva una noción de norma y prohibición (Ruggiero, 2005:97).

¹¹ Recuérdese por ejemplo debates similares en el contexto de los Estados Unidos de Norteamérica en torno a la denominada “ley seca”, que incluía como sustancia prohibida al alcohol.

¹² **Roxin**, por ejemplo, expresa que la punibilidad de la venta de drogas se justifica por la incontrolabilidad, que de lo contrario se produciría, de su difusión y de su peligro para consumidores no responsables, sobre todo también para los jóvenes menores de edad. Sin embargo, él mismo agrega, una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes (al respecto, indica que merece leerse a **Köhler**, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht*, ZStW, 104 (1997:59)

¹³ Repetidamente se menciona la influencia no sólo para nuestro país sino para toda la región latinoamericana de la política-criminal diseñada por los Estados Unidos de Norteamérica. Por todos, ver el trabajo de **Rosa del Olmo** (1992) *¿Prohibir o domesticar? Política de drogas en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad. Allí, describe (66), con cita de Ethan A. Nadelmann (1984, “International Drug Trafficking and US Foreign Policy” en *The Washington Quarterly*, Vol 8. n°4 autumn), los objetivos principales de la denominada guerra contra la drogas, en particular, las finalidades fundamentales de la política internacional de control de drogas de los Estados Unidos: 1. Eliminación de las drogas antes de que alcancen la frontera de Estados Unidos, lo cual incluye la reducción de la producción de opio, coca y marihuana por medio de una combinación de incentivos y sanciones, destrucción de las siembras antes de ser cosechadas, captura de las drogas en los diferentes puntos de proceso de refinamiento e interdicción de las drogas antes o a medida que ingresan a Estados Unidos. 2. Detención, enjuiciamiento, encarcelamiento de los traficantes de drogas y confiscación de sus bienes.

¹⁴ **Ruggiero** (cit.) extiende esta consideración también al concepto de “dependencia” en cuanto construcción social.

Pero, entonces, el debate abierto en torno a esta cuestión ubica, por un lado, a quienes propugnan la legalización –aún con diversas propuestas o alcances- frente a aquellos que, por el contrario, sostienen como una necesidad la posición prohibicionista. (**South**, 1999:219)¹⁵

Dentro de la primer dirección, concurren opiniones de diversos sectores (conservadores, liberales y radicales) que se oponen a las leyes que penalizan el consumo de drogas. Los conservadores para defender la libertad de mercado, y los liberales y radicales para defender una esfera de libertad personal lo más amplia posible dentro del espectro social (**Ruggiero**, cit.).

Así desde las posturas legalizadoras como la sostenida por **Nadelman** (1989) se afirma que los costosos, contraproducentes y poco afortunados esfuerzos invertidos en el combate a las drogas apuntan hacia la legalización de éstas como una alternativa más inteligente. Se explica que la disponibilidad no implica necesariamente incrementos de consumo inaceptables, y que la gravación de los suministros legales proporcionaría fondos para la educación, la salud y otros. La regulación aseguraría los niveles altos de pureza, lo que reduciría así los peligros para la salud que representan las sustancias adulterantes; por lo demás, la disponibilidad legal eliminaría el motivo de la redituabilidad, que es lo que impele a los mercados criminales.

En concreto y de modo resumido, se argumenta que:

- Acorde con el principio constitucional de lesividad, en tanto si la conducta no daña a terceros no puede ser penalizada.

¹⁵ Además de **Nadelman**, **Nigel South** incluye dentro de posiciones legalizadoras los trabajos de **Stevenson** (1990) *Can markets cope with drugs? En Journal of Drugs Issues, n° 20, vol 4: 659-666*, y (1991) *The Economics of Drug Policy en Whynes y Beans, (eds.) Policing and Prescribing: The British System of Drug Control. London: McMillan: 200-216*; **Graham** (1991) *Criminalisation and Control en Whynes y Beans, cit.: 245-260*, **Trebach**, (1991) *Rethinking American Drugs Policy; A Bundle of Peaceful Compromises en Whynes y Beans, cit..*

- Los problemas de robos, violencia y la adicción en sí misma están más relacionados con la prohibición de las drogas que con su uso en sí.
- La salud pública se vería mejor protegida con el control de calidad de drogas puestas en circulación legalmente, que respecto de la situación actual con los “cortes” con sustancias altamente nocivas que realizan los “dealers”.
- La legalización evitaría a los consumidores la experiencia de la prisión que en muchos casos acelera el proceso de uso y da impulso a las carreras de venta y tráfico de drogas.
- El precio de la droga bajaría con lo cual se evitarían robos para lograr su compra y se desvastarían redes de organización criminal.
- Tales efectos fueron los logrados con la abolición de la prohibición del alcohol.

De todos modos, como señala **Ruggiero** (ob. cit.) las propuestas presentan diferenciaciones.

Algunos postulan que ningún control institucional debiera imponerse a la producción y comercialización de cualquier droga, restringiendo la prohibición a la venta de drogas a menores de edad.

En el otro extremo, están quienes reclaman un control total de la calidad y cantidad de drogas producidas, con agencias monitoreando la venta privada o estatal.

En el medio, se ubica la estrategia según la cual “el gobierno vuelve disponibles legalmente a los adultos la mayoría de las sustancias que ahora están prohibidas, ejerce regulaciones fuertes sobre la producción a gran escala y la venta de drogas, garantiza programas de tratamiento de adicciones para

todos lo que las necesiten, y ofrece programas de educación honestos sobre drogas para los chicos (**Nadelman**, 1991:19).

En la otra vereda, se encuentran quienes se oponen a la legalización y prefieren mantener el esquema legal actual de nuestros países -como por ejemplo **Inciardi y Mc Bride** (1989) o **Wilson** (1990)- e indican que la misma incrementaría el consumo, y en consecuencia aumentarían los costos para la sociedad.

Sostienen, los primeros, que no es cierta la afirmación según la cual la ilegalidad del mercado de la droga contribuye a aumentar los precios, empujando a los consumidores a cometer delitos contra la propiedad; y que el consumo de drogas tiende a intensificar y a perpetuar un comportamiento dado, más que a crear carreras criminales.

No obstante tal debate, **García Vitor-Goyeneche** (2001:19) incluso, consideraban que, en realidad, a través de la cultura prohibicionista en la materia se atenta contra la preservación misma del bien jurídico que se dice proteger. Textualmente afirmaban: *“...la política criminal en materia de drogas se ha convertido en el medio más idóneo para lesionar el bien jurídico salud pública. En clara oposición a lo que se proclama, la experiencia demuestra que la prohibición conlleva necesariamente la profundización del proceso de marginalización de una franja de la población –la tóxico-dependiente-, que, al criminalizarles, impide que su salud pueda ser adecuadamente atendida. La ilegalidad se constituye, entre otros aspectos, en el principal obstáculo para controlar la calidad de la droga, lo cual evitaría numerosas e innecesarias muertes por esta causa...”*

En igual sentido, se apoyan en **Francisco Muñoz Conde y Bella Aunión Acosta** (1992: 510)¹⁶ quienes señalan que es precisamente la prohibición, al evitar los controles por parte de la administración, la causa de numerosas muertes por “sobredosis”, al igual que tiene incidencia en la transmisión del SIDA, hepatitis B y otras enfermedades, por lo que la salud pública no se ve mejorada con ella; agregando que por otra parte, es demostrativo del desinterés por la salud pública la coexistencia de un régimen de drogas legales, de dañosidad superior a las prohibidas como lo son el tabaco y el alcohol.

Vale decir, en definitiva, que la asunción de tal posición importa no sólo la afirmación de una serie de aspectos que se destacan como supuestamente positivos, sino la existencia de concretos “costos” que deben ser tenidos en consideración.

b. Los usos simbólicos que se han usufructuado a partir de la supuesta tutela de la salud pública

Por fuera de esa discusión, es una realidad insoslayable que la legislación de prácticamente todos los países se ha encargado de establecer como objeto de prohibición una gran cantidad y variedad de conductas relativas a las relaciones y acciones con determinados objetos que tienen la virtualidad de producir en los sujetos determinados efectos.

Así, en nuestro país, rige actualmente, con algunas modificaciones, la ley 23737, conocida como ley de estupefacientes, la que como se comentara resultó objeto de desfederalización en torno a aquellas conductas de menor

¹⁶ “Drogas y Derecho Penal” en Nuevo Foro Penal n° 54 cit.

entidad, asumiendo por ende -en caso de adhesión- las competencias en materia de persecución y juzgamiento las autoridades provinciales pertinentes.

Pero quizás también, sea éste un ejemplo ideal para demostrar cuánta influencia puede llegar a tener la ideología elaborada desde la posición hegemónica para criminalizar un determinado ámbito de relación social, crear en el seno de la sociedad un interés y una necesidad de intervención punitiva, y de ese modo, con tal excusa llevar adelante sus funciones reales no declaradas (conf. **Melossi**, 1992).

Al respecto, como dice **Del Olmo** (1995) el examen de esta cuestión exigiría estudiar tres planos:

- por un lado, el papel simbólico de los llamados por **Howard Becker** “empresarios de la moral”, y de la manera particular de los creadores de reglas (léase médicos y abogados), por su capacidad de organizar las percepciones, actitudes y sentimientos de los observadores, al dramatizar y demonizar el problema, a través de sus cruzadas de purificación contra aquellos grupos que perciben como “portadores del mal”.

- por otro, habría que examinar el papel legitimador que desempeñan los encargados en aplicar las reglas, “empresarios de la represión”, como así también el papel amplificador de los “empresarios de la comunicación” para reforzar el discurso en un momento determinado, por su capacidad de crear, hacer circular y expandir la información, con sus técnicas de manipulación individual.

- por fin, la consolidación final del discurso oficial/científico entre los diversos actores sólo se logra implementando determinadas estrategias, entre las cuales cada vez resultan más importantes las conferencias internacionales

que infunden creciente credibilidad a las acciones y dan proyección en última instancia al movimiento antidroga.

Pero subrayando concretamente los aspectos relativos a los usos simbólicos de tal legislación, puede señalarse que a partir de la utilización de particulares vocabularios emotivos, se instala en el discurso oficial y los medios de comunicación una necesidad de contrarrestar “*un flagelo*” o directamente encarar una “*guerra contra las drogas*”¹⁷.

Como explica **García Villegas**¹⁸, -en referencia a la legislación colombiana-, la misma respondió a propósitos políticos relacionados con la necesidad de crear una cierta representación en los ciudadanos, y no a propósitos instrumentales relacionados con la imposición constrictiva de un comportamiento, agregaría eventualmente lesivo de la salud pública.

En tales circunstancias, la estridente exposición del problema resulta útil no sólo para el objetivo de encubrir aspectos deficitarios de la intervención social del Estado –aún vinculados con la propia salud pública- sino también – como se verá en el punto siguiente- para fortalecer la violencia del dispositivo punitivo en distintas variantes¹⁹.

¹⁷ Como se ha visto, esta ha sido la textual denominación utilizada en el contexto norteamericano.

¹⁸ Así agrega que: “...*Explicar el fenómeno de la ineficacia de las normas con base en la incapacidad de los gobernantes, es explicar sólo una mínima parte del problema: las fallas instrumentales del Derecho Penal se encuentran, en numerosas ocasiones –y el derecho sobre narcotráfico está colmado de ellas-, mediatizadas por propósitos políticos, a través de los cuales los objetivos explícitos de las normas se sustituyen por otros objetivos no declarados en los textos, y cuya realización no depende del éxito instrumental de las normas...*”

¹⁹ En ese sentido, señala **Ganon** (1997:299) que “...*el tratamiento mistificante, que el discurso y la ley contienen por su clasificación arbitraria de las sustancias nocivas para la salud, produce desconocimiento real por ejemplo de los efectos que causan el tabaco y el alcohol. Por ello muchas personas piensan que el Estado sólo prohíbe lo que es peligroso para ellos. Pero así también puede llegar a legitimar una ineficacia reguladora del Estado, en lo económico-social, como puede ser, por ejemplo, las fallas de los jóvenes en las escuelas o la existencia cada vez mayor de hechos violentos al vincularlos comunicativamente con el consumo de drogas...*”.

Zaffaroni²⁰ (1993) por su parte, caracteriza a la legislación “anti-droga” como meras reiteraciones de fenómenos de deterioro y destrucción del derecho penal liberal, en donde se crea (inventa en el plano de lo real) o se magnifica un peligro social existente, se lo extrae de contexto y se lo hace “penal”, se absolutiza la “lucha” o la “guerra” contra ese peligro y se subordina todo a esa “guerra” o “necesidad de defensa” en función de un principio superior al que queda sometido el hombre que, con su dignidad de persona desaparece.

La artificiosidad de ese discurso, es lo que ha producido que le haya resultado dificultoso a los autores dogmático-penales establecer en forma cierta y concluyente *cuál* es el bien jurídico tutelado: así se ha hablado de la salud, de la libertad, de los intereses fiscales, de la moral o de la integración sociales, de la seguridad colectiva, de intereses económicos²¹, y hasta algunos han sostenido que se trata de un delito pluriofensivo, en cuanto se afectan una diversidad de bienes²².

Así, también, nuestro más Alto Tribunal de la Nación –en su anterior integración- ha sostenido que “...cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, la salud pública y hasta la misma supervivencia de la Nación, cuyo potencial humano es quizás su mayor patrimonio...”²³.

²⁰ En su reciente trabajo, (2006, “El enemigo en el derecho penal”, Buenos Aires: Ediar) en la misma línea (50) afirma que las dictaduras latinoamericanas fueron presionadas por la administración norteamericana para que declaran la *guerra a la droga*, plasmando en las múltiples legislaciones elaboradas en los países latinoamericanos en la década de los años 80’, las que se configuraron como violatorias del principio de legalidad, con multiplicación de verbos conforme a la técnica legislativa norteamericana, asimilando participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad, violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos y tóxico-dependientes.

²¹ Ver al respecto, **Prieto Rodríguez, J.I.** (1986: 160 y ss.)

²² Conf. **Beristain, Antonio** (1986:17 y ss.).

²³ In re “Montalvo”, CSJN, Diciembre, 11-990, ED, t. 141-469 y ss., del voto de la mayoría: Dres. Levene (h), Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O’Connor.

Pero, en definitiva, lo que se demuestra con todo ello, es que el concepto de bien jurídico salud pública, ha venido a actuar como legitimador de la actividad punitiva, y que la ideología como elemento de que se sirven quienes ostentan posiciones hegemónicas, ha creado e impuesto un discurso para realizar su verdadera función, cuál es la de ejercer el control social sobre determinado sector de la sociedad²⁴.

c. Las características contraproducentes y selectivas que han generado las prácticas de criminalización en la materia

Efectivamente en relación a este punto, se advierten como prácticas de criminalización que consolidan ese actuar unidireccionado:

- la difusión de prácticas de violencia y selectividad policial,
- la intromisión en el ámbito de derechos fundamentales,
- la generación de encarcelamientos masivos,
- y la ampliación de las redes de control a través de los “tratamientos/castigos”.

²⁴ A este respecto, es valioso traer a referencia las afirmaciones de **Ganón** (1997:295) en cuanto subraya que si históricamente la legislación argentina ha declarado y pretendido tutelar básicamente como bien jurídico la salud pública, la diferenciación típica de las conductas punibles debería relacionarse con la *peligrosidad tóxica, efectos residuales o la importancia social del consumo de la sustancia* cuya comercialización y/o ingesta se prohíbe, sin embargo y a pesar que sustancialmente la protección de la salud pública como “política sanitaria” continúa siendo la función manifiesta de la legislación en la materia, injustificadamente se distinguen psicotrópicos de estupefacientes y se excluyen tóxicos de consumo masivo como el alcohol o tabaco. Esta alternativa permite penalizar o despenalizar conductas similares que se relacionan con el tráfico, producción, consumo, etc., de “tóxicos” sin seguir una correcta política sanitaria que anhele proteger la salud del público en general y/o seguir los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud. Entonces, la legislación argentina tiene por tanto mucho más que ver con una específica reacción del sistema de control social para crear y mantener latentes determinadas imágenes de desviación “demoníaca” y de pánico moral, que con la protección de la salud de su población...”.-

Nils Christie ha sido enfático al señalar que “...la guerra contra las drogas, en la práctica, ha abierto el camino para una guerra contra las personas percibidas como las cuotas menos útiles y potencialmente más peligrosas de la población...”.

Enrique García Vitor y **Cecilia Goyeneche** (2001: 28) expresan en concreto que el proceso selectivo del sistema penal se acentúa con intensidad en el ámbito de la criminalización secundaria en esta materia, en tanto los criminalizados son los adictos y pequeños traficantes –generalmente adictos²⁵.

En concreto, con relación a los puntos señalados, y en particular en orden a la violencia y selectividad policial, cabe destacar los difundidos casos de requisas infundadas que han sido objeto de controversia ante Organismos Internacionales en materia de Derechos Humanos en los que el Estado Argentino ha resultado denunciado por las prácticas selectivas y arbitrarias²⁶.

Igualmente, numerosos estudios demuestran la clara tendencia a criminalizar a ciertos sectores sociales definidos por cuestiones de clase, franja etaria y género²⁷.

También merece destacarse en términos de alerta la influencia -que han destacado numerosas investigaciones- de la política criminal en torno a las drogas en términos de “*guerra contra las drogas*”, en la expansión súbita de las tasas de encarcelamiento en los Estados Unidos de Norteamérica, la que a su

²⁵ Los autores citan un estudio de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, realizado a partir del relevamiento de las causas ingresadas en los juzgados en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires en el transcurso del año 1996, de donde surge que el 87% de los casos la cantidad de droga secuestrada no llega a los 5 gramos, en tanto que en el 70% de los casos se trata de imputaciones de tenencia para consumo personal (ley 23737, art. 14 2ª parte) y el 23,9% de tenencias simples (ley 23737, art. 14 1ª parte). Igualmente se indica que la selectividad recae en forma abrumadoramente mayoritaria sobre masculinos jóvenes (de hasta 30 años de edad).

²⁶ Tal el conocido caso “Fernandez Prieto”, actualmente en trámite por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁷ Conforme **Azzi- Castro** (2006a) 263-335.

vez se ha mostrado altamente selectiva y discriminatoria (por todos, **Mauer**, 2001 y **Simon**, 2001).

Por fin, el uso de los tratamientos previstos en la ley han sido arduamente denunciados como penalizaciones encubiertas, como ampliación de las redes de control penal (**Cohen**, 1988), además de mostrarse -en términos generales- la ineficacia de los mismos (por todos, **Colombo**, 1999 y **Azzi-Castro**, 2006b).-

En este último punto, expresa **Ganon** (1997:296), *“...en coincidencia legitimante de la respuesta punitiva al consumo personal, la normativa conceptualiza la rehabilitación como una mal llamada alternativa. Esta simple conversión terminológica intenta discursivamente unificar “ayuda” con “castigo”, para una vez más sobrepasar los límites entre moral y derecho; lo público y lo privado. Esta transmutación discursiva le facilita al Estado, con el único fin de expandir sus redes de control, el apropiarse a medias de una tarea que respecto de las adicciones ha venido realizando durante años la sociedad en forma autónoma y que aún ejecuta sin asistencia estatal (provisional) para los tóxicos legales (v. gr. Alcohol). En este sentido de control expansivo el argumento que sigue la legislación se refleja en la exclusión de pena o sentencia para toda persona que siga satisfactoriamente una terapia. Pues, el Estado mantiene la vigilancia del “ofensor” con la constante posibilidad de cambiar rápidamente del “sanatorio” a la prisión ante la menor forma de rebeldía, sea suspendiendo el tratamiento, o no cumpliendo las estrictas reglas que se le impongan...”*.

3. PROYECCIONES

Ahora bien, en consideración de las *prevenciones* precedentes, que no pueden resultar soslayadas a la hora de evaluar el camino político-criminal a transitar en la materia, estimo pertinente señalar en sus lineamientos generales algunas de las que, personalmente²⁸ considero, pautas relevantes a debatir, precisamente, en torno a cómo diseñar estrategias de implementación de una política criminal en materia de estupefacientes en la Provincia de Buenos Aires que pretenda limitar los efectos negativos de la propia decisión criminalizante.

Aún cuando esta tarea deba ser realizada a partir de una puesta entre paréntesis -exigida por una praxis indetenible- de una larga serie de cuestiones que comienzan nada menos que por la legitimación misma del Estado para intervenir punitivamente en la materia, y que venga guiada por una suerte de *mala conciencia* en el sentido de **Pavarini** (1983), aparece como un esquema tentativo y necesario de reducción de un poder punitivo de otro modo incontrolado e incontrolable.

1. En primer lugar, la conducción y diseño de pautas político-criminales por parte del Ministerio Público Fiscal:

Si bien se trata de un desafío global del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, en la materia particular de competencias asignadas por la ley 26052, la necesidad de articulación de una política-criminal autónoma puede resultar –si sigue una atenta mirada a la cuestión- eje de la reversión de

²⁸ Más allá que algunas de las propuestas sugeridas coincidan con directivas, decisiones o prácticas institucionales que se estén llevando a cabo en la Provincia de Buenos Aires, las aquí sugeridas resultan a título absolutamente personal.

algunas de las prácticas institucionales policiales que derivan en aquéllos efectos negativos.

Se señalan simplemente algunos ejemplos de posibles intervenciones en tal sentido:

- a. Contralor de la actividad policial para la limitación de las posibles afectaciones a derechos fundamentales de las personas en allanamientos, requisas, etc.

Esto, sustancialmente, a partir, por un lado, de la disposición de funcionarios judiciales en los diligencias de allanamientos para controlar la debida extensión y formas de cumplimiento de las órdenes judiciales; y por otro, en las directivas concretas a funcionarios policiales para que se eviten requisas innecesarias o intromisivas en la vía pública.

- b. Priorización de los casos de mayor gravedad, en el marco de las competencias asignadas que enfocan casos de criminalidad menor.

Aún enmarcada en una política general de persecución acorde con el principio procesal de oportunidad y la necesidad de intervención penal como última razón extendida a las agencias de criminalización secundaria, en el específico ámbito de la ley de estupefacientes, existe un claro espacio de privilegio de tales pautas.

- b.1. Priorización según casos de refuerzo de la vulnerabilidad

En tales casos, cuando por los lugares de realización de las conductas, la difusión de la actividad o la calidad de sus destinatarios, se evidencie el posible aprovechamiento o reforzamiento de la vulnerabilidad de los agentes receptores, existen pautas objetivas razonables para privilegiar los supuestos de persecución.

b.2. Priorización de criterios de persecución según tipos, cantidades y calidades de sustancia

Una pauta sustancial para determinar la relevancia a otorgar a cada uno de los casos, resulta la estimación de la afectación de la salud pública como bien jurídico lesionado, que puede resultar –dentro de un espectro amplio de variables- tanto de la cantidad como su calidad, es decir de la catalogación de la toxicidad de las sustancias (conf. por todos, **Fernández Carrasquilla**, 1989).

Con relación al primer aspecto, mucho se ha trabajado sobre el tema e inclusive es factible acudir a los criterios establecidos por el Sedronar que indica como límite –tomando como referencia dos veces y media las dosis mortales individuales para una persona de 70 kgs., sin tolerancia farmacológica ni reacciones de sensibilidad o idiosincrasia alguna- a los efectos de su catalogación como casos para consumo personal: hasta 50 gramos de marihuana (hojas secas, semillas y flores); hasta 5 gramos de clorhidrato de cocaína; hasta 10 gramos de pasta base; hasta 0,5 gramos de MDMD METH (éxtasis/síntesis de éxtasis); hasta 3 gramos de anfetaminas; hasta 0,150 gramos de LSD; hasta 20 gramos de barbitúricos.

Con relación al tipo y la calidad de las sustancias, por ejemplo, en Inglaterra, se establece una clasificación de sustancias prohibidas en un sistema escalonado que refleja las percepciones oficiales respecto a los daños

que produce. Así, la clase A comprende la heroína y otros opiáceos fuertes, cocaína, LSD (ácido lisérgico) y MDMA (“extásis”), la clase B incluye marihuana, anfetaminas y barbitúricos, y la clase C, tranquilizantes y estimulantes suaves (**South**, 1999:189).

De modo, entonces, que al meritar la lesividad al bien jurídico-penal, debe realizarse una doble valoración cuantitativa-cualitativa, determinando tanto la cantidad de sustancia como así también de qué sustancia se trata, su grado de pureza, en función de su capacidad concreta de afectación.

c. Utilización de los criterios de oportunidad para los casos de tenencias para consumo personal

Por contrapartida, la implementación del principio de oportunidad reglado en la Provincia de Buenos Aires a partir de la introducción del artículo 56 bis en el Código Procesal Penal, importa una particular herramienta que permite, a la vez que prescindir de la discusión en torno a la cuestión de la constitucionalidad del artículo 14 segunda parte de la ley 23737, evitar la criminalización de los meros usuarios de estupefacientes.

2. Interpretación normativa conforme las exigencias constitucionales

a. De legalidad en relación a los requisitos típicos de las figuras en cuestión.

Partiendo de una técnica legislativa harto defectuosa como de la que adolece la ley 23.737 (conf, por todos, **Zaffaroni**, cit.)²⁹ debe tenerse en

²⁹ Para tener como referencia que no se trata del caso argentino aisladamente, se puede verificar la legislación de casi todos los países latinoamericanos (ver **Zaffaroni**, cit.). De igual modo, respecto de la

consideración en la determinación de los elementos típicos en las figuras que contemplan la orientación de la actividad hacia el tráfico de estupefacientes, la exigencia de su plena acreditación, fundamentalmente desde el punto de vista subjetivo, en cuanto se requiere un plus en el accionar doloso, más allá de la mera realización formal de los verbos típicos contenidos en la figura.

Asimismo, debe contemplarse –en un ámbito de menor criminalidad- las exigencias típicas de las figuras atenuadas introducidas en la reforma de la ley 26052 que permiten contener hipótesis que anteriormente resultaban de difícil solución, tal la situación del denominado “convite”, y las diferencias entre las actividades de entrega y suministro cuando se realizan a título oneroso.

b. De lesividad en cuanto al bien jurídico salud pública

Más allá de las problemáticas precedentemente expuestas, se ha afirmado que la salud pública o de un grupo indeterminado de personas constituye el bien jurídico previsto por la ley que reprime el tráfico de estupefacientes, lo que significa desde el punto de vista constitucional una exigencia de su lesividad³⁰ para habilitar el poder sancionatorio del Estado³¹.

Acorde con los criterios antes expuestos en relación a delinear una política-criminal en la materia, debe propiciarse una interpretación jurisprudencial que aprecie la concreta existencia de una lesividad de suficiente

legislación alemana en la materia como contraria al mandato de determinación que importa el principio de legalidad, véase **Frank SüB** (2000).

³⁰ En el sentido de **Zaffaroni – Alagia – Slokar** (ob. cit.)

³¹ Dicho bien es de carácter indisponible a diferencia de la salud individual que sí lo es. En tal sentido, desde España, **Rey Huidobro** (1987:142) expresa que “...*el legislador ha sabido apreciar que el usuario de la droga es la víctima en la que se materializa el riesgo para la salud, que es la ratio de la punición de este delito, no pudiendo ser autor y víctima al mismo tiempo... Sancionar al usuario supondría perseguir un tipo de autor, o lo que es lo mismo, por el tipo de conducta que lleva el sujeto y no por un hecho concreto cometido, criterios notoriamente incompatibles con un sistema de derecho en un país como el nuestro que se denomina democrático y social...*”

entidad y desde el punto de vista del observador “ex post”, sin afirmaciones simplemente dogmáticas en cuanto a la presunción previa del peligro.

Así debe valorarse el ámbito relacional³² –situación/personas- en que se desarrollan las conductas a valorar como así también el tipo, cantidad y calidad de las sustancias involucradas –tal como se especificara supra-.

c. De culpabilidad para los casos en que estuviera ausente o limitada.

Las actividades de tráfico de estupefacientes en algunas ocasiones están motivadas en la gestión -en sectores de economía precaria- del propio consumo, circunstancia que debe indudablemente llevar a examinar la existencia o el grado de capacidad de motivación en la norma que se desprende de esa doble condición de infractor y víctima, y que puede excluir o morigerar el grado del reproche a formular, de conformidad con las pautas de los artículos 34 y 41 del Código Penal.

La situación concreta de vulnerabilidad social debe ser también objeto de graduación o eliminación de la culpabilidad en el sentido en que lo propone la doctrina penal latinoamericana³³.

d. De proporcionalidad en cuanto al sistema sancionatorio

El mínimo legal previsto para las figuras que se encolumnan en la represión de las actividades de tráfico de estupefacientes se ancla en un tope de cuatro años de prisión que, valorado sistemáticamente con el resto de conductas previstas en el Código Penal y a la luz de las previsiones del artículo

³² Ver al respecto, la definición de bien jurídico de **Juan Bustos Ramírez** (1986) y **Hormazabal Malaré** (1992).

³³ Conf. **Bustos Ramírez** (cit.), **Gonzalo Fernandez** (1995:65 y ss. y 133) y **Zaffaroni- Alagia-Slokar** (2003).

26 del mismo resulta –considerado como parámetro general- demasiado alto³⁴. Por tanto, resulta necesario extremar en la interpretación los principios antes expuestos en los acápites a, b, y c, pero en ocasiones se requiere acudir a una figura como la prevista en el artículo 14 1ª parte de la ley 23.737, que debe ser considerada como tipo básico a los fines de adecuar debidamente las escalas punitivas³⁵.

e. De humanidad en torno a las alternativas legales al encarcelamiento

Enmarcado dentro de lo que podemos denominar mercados o economías ilegales en los que participan aquellos excluidos de los ámbitos legales por diversidad de factores relacionados con la vulnerabilidad social de sus grupos de pertenencia –edad, género, discapacidades, etc.-, la realidad de cada uno de los casos hace que las previsiones legales abstractas puedan no captar todos los casos que se presenten. Frente a tales supuestos, resulta conveniente explorar en torno al denominado principio de humanidad, las distintas alternativas legales al encarcelamiento tanto en su versión preventiva como punitiva (sólo como ejemplos: CPP, 159, CP, 10, 24660, 33)³⁶.

³⁴ Vender un cigarrillo de marihuana equivale en el mínimo de pena a una tentativa de homicidio, es superior a un robo con arma cuya aptitud funcional no se haya acreditado, o es superior inclusive al máximo de un abuso de armas.

³⁵ Así, creo que la interpretación incluso da sentido a una norma legal que de otro modo estaría simplemente reprimiendo un estado de cosas, es decir, una mera relación entre un sujeto y un objeto sin especificar finalidad alguna. (Conf. **Malamud Goti**, -1979- “La tenencia de estupefacientes para consumo propio: objeciones a la estructura del tipo”, *Doctrina Penal*) Al incluirla y requerir que de algún modo la figura del artículo 14 1ª de la ley 23.737 se entronque con un catálogo de figuras que teóricamente se alinean en la finalidad de represión del tráfico de estupefacientes, su existencia recobra sentido.

³⁶ Aún con utilización de otro principio enunciado por **Alessandro Baratta**, en este caso de proporcionalidad concreta en la jurisprudencia comparada pretendió darse solución a una cuestión como el caso de micro-tráfico llevado a cabo por una mujer a cargo de una numerosa familia y por razones económicas: Juzgado Superior Primero en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado de Lara, sentencia del 4 de Febrero de 1993: “...este sentenciador no aguardará a que el legislador eventual e improbablemente acepte la propuesta de **Baratta**, así que a través del método que indica las fuentes discursivas del derecho, hace de dicha proposición un instrumento útil dentro de su función jurisdiccional. y con base en ella decide de manera absoluta al asunto planteado, ya que la ley no proporciona una

3. Utilización restrictiva de las alternativas penales de la ley a fin de evitar el efecto de ensanchamiento de las redes de control.

Largamente se ha mencionado el efecto singular derivado de la inclusión de las medidas alternativas a la cárcel, esto es, el ensanchamiento de las redes de control –desde sus opciones custodiales duras representadas por la institución penitenciaria, que no han cesado, hasta las variantes blandas, que giran en torno a aquella, pero que no han logrado el efecto sustitutivo y de consecuente mengua encarceladora tal como se proyectaban-. (**Pavarini**, 1995, **Cohen**, 1988).

Se ha ejemplificado previamente sobre este efecto particular –además de otras problemáticas colaterales- en el caso de las *denominadas* medidas alternativas –educativas y curativas según la relación del usuario- en la ley de estupefacientes.

Así, por tanto, resultaría recomendable, evitar el uso extensivo y expansivo de la red sanitaria prevista en la Provincia de Buenos Aires, para contrarrestar tal efecto no deseado en términos de criminalización y/o las consecuencias negativas emanadas de acentuar el paradigma de la enfermedad (**Hugel**, 1997); y a su vez, por otra parte, potenciar las aptitudes del sistema de salud para aquéllos casos que fuera de los supuestos de derivación penal- optimicen los esfuerzos que se realice en la lógica de ese sistema.

alternativa que se adecue a una solución equitativa...”. Véase al respecto, el trabajo de **Rosell Senhenn, Jorge L.** *La ley penal, la tesis abolicionista y la actitud del juez en materia de drogas declaradas ilícitas en Derecho Penal*, 4, Rosario: Editorial Juris, 1996: 142-143.-

4. CONCLUSIONES

En definitiva, superada la instancia de discusión sobre su pertinencia o conveniencia, frente al desafío instalado de implementación en la Provincia de Buenos Aires de la denominada ley de “desfederalización” en materia de sustancias estupefacientes, que importa la inclusión de un tipo de criminalidad de menor rango, resulta relevante sostener –al menos- dos estrategias:

1) describir -para mantener presentes e intentar evitar- las problemáticas más relevantes que –desde el plano empírico- ha planteado la criminalización de tales conductas conforme la abundante doctrina nacional e internacional que ha denunciado tales prácticas negativas;

2) prescribir algunas pautas dinámicas –objetos de constante revisión y adecuación- de intervención conforme a los criterios político-criminales y normativo-interpretativos que se amoldan al diseño de nuestro estado constitucional de derecho.

5. BIBLIOGRAFIA

- Azzi, Patricia – Castro, Natalia** (2006a) “Los sospechosos de siempre”. La selectividad policial en materia de “interceptaciones” (detenciones) seguidas de requisas y secuestros en la vía pública por infracciones a la ley 23737 en *Crítica Penal II, Mar del Plata: Neos*: 263-335.
- Azzi, Patricia – Castro, Natalia** (2006b) Las medidas de seguridad previstas en la ley 23.737. Praxis y afectación de derechos fundamentales en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7/2006: 1253-1263.
- Baratta, Alessandro** (1987) *Principios de Derecho Penal (para una teoría de los derechos humanos como objeto y como límite de la ley penal)*, en *Doctrina Penal*, Año X.
- Baratta, Alessandro** (1993) *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico*, en AAVV, *Criminología y Derecho Penal*, Año II, n° 3 y 4, Guayaquil, Edino.
- Beristain, Antonio** (1986) *La Droga. Aspectos penales y criminológicos*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramirez, Juan** (1986) *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramirez, Juan** (1989) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ariel Derecho. 3ra. edición.
- Cohen, Stanley** (1988) *Visiones de control social*. Barcelona: PPU.
- Colombo, Marcelo** (1999) *Las medidas curativas y educativas en la ley de drogas*. Buenos Aires: Ad hoc.
- Del Olmo, Rosa** (1995) *Las drogas y sus discursos* en AAVV. *El derecho penal hoy – Homenaje al Prof. David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Fernandez, Gonzalo** (1995) *Culpabilidad y Teoría del Delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Ganon, Gabriel** (1997) *Las drogas: su problemática, la política y la legislación* en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 3 n° 6. Buenos Aires: Ad hoc: 293-300.
- García Villegas, Mauricio** (1992) *Eficacia simbólica y narcotráfico* en *Nuevo Foro Penal* n° 54. Bogotá: Temis.
- García Vitor, Enrique – Goyeneche, Cecilia** (2001) *Régimen legal de los estupefacientes. Política criminal y dogmática*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Hassemer, Winfried** (1989a) *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico* en *Doctrina Penal*, Año XII, Buenos Aires.
- Hassemer, Winfried – Muñoz Conde, Francisco** (1989b) *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Hassemer, Winfried** (2005) *Bienes jurídicos en el derecho penal*. En *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto: 63-75.
- Hormazábal Malarée, Hernán** (1992) *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.
- Inciardi, James – McBride, D.** (1986) *Legislation: A high risk alternative in the War on Drugs* en *American Behavioral Scientist*, n° 12: 91-106.
- Mauer, Marc** (2001) *The causes and consequences of prison growth in the United States* en *Punishment and Society*, Volume 3, Number 1, January: 9-20.
- Melossi, Dario** (1992) *El Estado del control social*. México: Siglo XXI.
- Nadelman, E.** (1989) *Drug prohibition in the United States: Costs, consequences and alternatives*. En *Science*, n° 245: 939-947.
- Pavarini, Massimo** (1983) *Control y dominación*. México: Siglo XXI.
- Pavarini, Massimo** (1995) *Los confines de la cárcel*. Montevideo: Carlos Alvarez Editor.
- Prieto Rodríguez, J.L.** (1986) *El delito de tráfico y consumo de drogas*. Barcelona: Bosch.
- Roxin, Claus** (1976) *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus.
- Roxin, Claus** (1997) *Derecho Penal. Parte General. T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas. (trad. de Diego Manuel Luzón Penal, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).
- Simon, Jonathan** (2001) *Fear and loathing in late modernity: Reflections on the cultural sources of mass imprisonment* en *Punishment and Society*, Volume 3, Number 1, January: 21-34
- South, Nigel** (1999) *Drogas: métodos de control, delincuencia y estudios criminológicos* en *Maguire, Mike; Morgan, Rod y Reiner, Robert, Manual de Criminología*. México: Oxford Press University: 188-231.
- Süß, Frank** (2000) *El trato actual del mandato de determinación* en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española) *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares: 223-247.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** (1990) *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** (1993) *La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario* en del mismo *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- Zaffaroni, E. R. – Alagia, A. – Slokar, A.** (2003) *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** (2006) *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.