

El status legal de los
consumidores de drogas en clave
Agambeana

Breves Consideraciones en el contexto de los
Derechos Humanos

Daniela Arcuri

Tabla de contenido

Introducción	3
Parte I. Breve historia del surgimiento de los Derechos Humanos como hecho político .5	
Parte II. El fenómeno de la globalización de la estrategia de lucha contra el narcotráfico.....	12
Parte III. Drogas en Argentina, de la permisión a la ilegalidad	18
Parte IV. El fallo Arriola y el reconocimiento de la utilización simbólica del poder punitivo en la tenencia de estupefacientes para el consumo personal.....	23
Parte V. La configuración de los consumidores de estupefacientes como sujetos del ‘derecho penal del enemigo’	36
Parte VI. El ‘derecho penal del enemigo’ como estado de excepción	46
Colofón	56
Bibliografía	59

Introducción

“El que en el caso de necesidad

Actúa más allá del texto de la ley,

No juzga de la ley, sino del caso singular,

En el que ve que la letra de la ley no debe ser observada”¹



Es nuestra intención presentar un ensayo sobre algunas cuestiones relacionadas con la actual Ley N° 23.737 que establece el régimen legal de drogas en la República Argentina.

Para ello, intentaremos hacer un recorrido analítico de documentos y normas nacionales e internacionales, doctrina y jurisprudencia en torno al tema y finalmente una reflexión desde la perspectiva de los derechos humanos.

En particular, nos interesa advertir sobre la criminalización de los consumidores de estupefacientes, la utilización simbólica del derecho penal como herramienta habilitante de la violencia por parte del Estado, las nuevas construcciones jurídicas al servicio de las necesidades político – criminales y finalmente, y finalmente, poner al descubierto el sustrato legitimante.

Del mismo modo, las consideraciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Arriola merecer ser repensadas desde una perspectiva que es exorbitante al Derecho.

En especial, este ensayo es un intento por demostrar las implicancias de la biopolítica en los discursos jurídicos, como máscara habilitante de prácticas totalitarias, propias del derecho penal de autor.

¹ *(non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse)*
AGAMBEN, Giorgio, Homo Sacer II, Primera Parte, Estado de Excepción, pág. 39, Trad. Antonio Gimeno Cuspinera, Editora Nacional, Madrid, 2002.

Para ello abordaremos, el estudio e intentaremos relacionar el tratamiento que se brinda a los usuarios de sustancias psicoactivas, en el marco de lo que se ha denominado: 'derecho penal del enemigo'.

Como veremos, la justificación que subyace en este tipo de construcciones, generan excepciones que ponen en entredicho el fundamento mismo de los derechos humanos.

A su vez, es nuestro propósito remarcar una visión a la luz de la filosofía agambeniana sobre el status de los consumidores de drogas que señalaremos como contradictorios en relación con la lógica de los derechos humanos.

Desde esta lógica, traeremos a la reflexión si el discurso del derecho penal del enemigo configura una excepción al Estado de Derecho, como estructura de análisis de los delitos vinculados al narcotráfico, terrorismo y criminalidad organizada transnacional, y por tanto, una negación del hombre en términos políticos.

Para este comienzo, es propicio hacer una genealogía sobre lo que entendemos por derechos humanos y una toma de posición que nos facilitará el camino hacia el estudio del objeto propuesto.

Parte I.

Breve historia del surgimiento de los derechos humanos como hecho político

*“Cuanto más clara es la prueba de su incapacidad
Para tratar a los apátridas como personas legales
Y mayor la extensión de la dominación arbitraria mediante normas policíacas,
Más difícil es a los Estados resistir a la tentación
De privar a todos los ciudadanos de status legal y de
Gobernarles mediante una policía omnipotente”²*

Es interesante observar cómo el desarrollo de una incipiente política industrial, en los siglos XVII y XVIII, resulta transformadora de la realidad económica y social.

Con ello nos referimos a la modificación de las prácticas que trajo consigo la revolución industrial, y cómo, esta transición produjo en la modernidad una nueva subjetividad del ser humano.

Desde la filosofía, el ser humano empieza a ser pensado como un ser individual, autónomo y dotado de una razón que le permite tener conciencia sobre sus actos.

El sujeto así concebido, y en tanto consciente de sus actos, es el que servirá como base para la construcción de la teoría de los derechos humanos en la esfera jurídica.

En un principio, antes de su juridización, la esfera ética de este nuevo sujeto, que asciende junto con la nueva clase social dominante – la burguesía

² ARENDT, Hannah, Los Orígenes del Totalitarismo, Capítulo IX, La Decadencia de la Nación Estado y el Final de los Derechos del Hombre, pág. 368, Ed. Taurus.

-, contenía una serie de valores que se venían legitimando por la nueva configuración política que se quería defender.

Tan es así que coincidimos con RAFFIN³ cuando resalta que los derechos humanos cumplieron, en el nacimiento de la modernidad, una función de legitimación de las formas de vida burguesas.

Explicando que el derecho fue siempre en la historia de las formaciones sociales, uno de los elementos fundamentales para el mantenimiento del orden; que toda composición de poder se sirve de una constelación de discursos y dispositivos para asegurar su posición; y que entonces a partir del derecho, se construye el sistema de control social que fija el campo de batalla y de defensa de una cierta composición de poder.

Sobre las formas jurídicas, que ocultan el carácter agonal del derecho, y en virtud de la lucha entre la burguesía y el orden monárquico, se estructurará la sociedad civil y el Estado.

En este primer momento, bajo la filosofía del derecho natural y el liberalismo, los derechos son concebidos como un límite al poder real y como una defensa contra los excesos de este poder.

Las grandes revoluciones, como la de Estados Unidos de 1776 y la Francesa de 1789, receptan la modalidad del contrato, como uno de los instrumentos nuevos creados a partir de la burguesía, y lo transfieren a la creación de Constituciones para instaurar las nuevas sociedades.

El contenido de las constituciones deriva del nuevo sujeto y las nuevas formas de relaciones sociales que se dan a través del mercado, principalmente, en las declaraciones de derechos lo que se busca proteger es la propiedad privada y la libertad de los ciudadanos como prerrogativas arrancadas a la monarquía.

Sin embargo, una de las características de este nuevo sujeto, su vocación de universalidad, recién se trasladará a la categoría jurídica de los

³ RAFFIN, Marcelo, La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono Sur, Capítulo I, Del otro lado del espejo: la invención de los derechos humanos, pág. 1 y sgtes, 1ª. Ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

derechos humanos por acontecimientos que marcan la decadencia de los Estados – Nación como estructuras insuficientes para su protección desde la perspectiva internacional.

El quiebre entre moral y derecho, es lo que luego permite una base empirista para repensar racionalmente la defensa de estos nuevos derechos, mediante la ficción del contrato social.

Con la creación del ámbito de lo público deviene el hombre en su calidad de ciudadano, en clave burguesa, plasmado fundamentalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y garantizadas ahora por un nuevo actor político, el Estado, con la conformación de los Estados Nación.

El nuevo mapa geopolítico en constante expansión, la consagración del capitalismo y la internacionalización del capital, y su acumulación, traen consigo desequilibrios que generan movimientos y revoluciones populares.

La surgente cuestión social, la dicotomía entre la clase burguesa y la trabajadora en términos de derechos, y las relaciones entre los Estados derivará en la firma de convenciones y tratados sobre derecho humanitario, tal como la prohibición de la trata de esclavos y la asistencia a las víctimas de los conflictos armados.

La lógica del libre mercado y competencia es sustituida progresivamente por la configuración de monopolios para el reparto del mundo a favor de las potencias europeas, lo que confluye hacia la Gran Guerra, entre los años 1914 y 1918.

Es así como la Sociedad de las Naciones se fundó inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial; constaba originalmente de cuarenta y dos países, y se creó porque algunas personas en Francia, Sudáfrica, el Reino Unido y los EE. UU. creían que una organización mundial de naciones podría conservar la paz y prevenir una repetición de los horrores de la guerra⁴.

⁴ Véase, Organización de Naciones Unidas, Introducción a la Organización de Naciones Unidas, Disponible en: <http://www.un.org/cyberschoolbus/bookstor/kits/spanish/unintro/unintro3.htm>

Las dos cuestiones irresolutas eran la de la vigencia de los derechos individuales en el ámbito del derecho internacional y la protección de las minorías.

ARENDT⁵, dirá que: “La primera guerra mundial hizo estallar la comunidad europea de naciones hasta el punto de que se tornó imposible toda reparación del entuerto; fue algo que ninguna otra guerra había logrado hasta entonces. La inflación destruyó a toda la clase de pequeños propietarios más allá de cualquier esperanza de recuperación o de reconstitución, lo que ninguna crisis monetaria había logrado hasta entonces tan radicalmente. El paro, cuando sobrevino, alcanzó proporciones fabulosas y ya no quedó limitado a la clase trabajadora, sino que, con insignificantes excepciones, alcanzó a todas las naciones. Las guerras civiles que surgieron y que se desarrollaron a lo largo de veinte años de inquieta paz no sólo fueron más sangrientas y crueles que todas las que las precedieron, sino que se vieron seguidas de migraciones de grupos que, a diferencia de sus más afortunados predecesores de las guerras de religión, no fueron bien recibidos en parte alguna ni pudieron ser asimilados en ningún lugar. Una vez que abandonaron su país quedaron sin abrigo; una vez que abandonaron su Estado se tornaron apátridas; una vez que se vieron privados de sus derechos humanos carecieron de derechos y se convirtieron en la escoria de la Tierra. Nada de lo que se estaba haciendo, por estúpido que fuera y por muchos que fuesen los que lo sabían y los que preveían sus consecuencias, pudo ser deshecho o evitado. Cada acontecimiento poseía la irrevocabilidad de un juicio final, de un juicio no formulado por Dios ni por el diablo, sino considerado más bien como la expresión de una irrenunciable y estúpida fatalidad”.

Con el acaecimiento de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional toma conciencia del valor de la vida y de la dignidad del ser humano a partir de su negación⁶.

⁵ ARENDT, Hannah, Los Orígenes del Totalitarismo, Capítulo IX, La Decadencia de la Nación Estado y el Final de los Derechos del Hombre, pág. 343 y sgtes, Ed. Taurus.

⁶ “Los apátridas y las minorías (...) no tenían Gobierno que les representara y les protegiera y por eso se vieron forzados a vivir, o bien bajo la ley de excepción de los tratados para las minorías, que todos los Gobiernos (excepto Checoslovaquia) firmaron bajo protestas y jamás reconocieron como ley, o bajo la condición de una absoluta ilegalidad. (...) La desnacionalización se convirtió en arma poderosa de la política totalitaria y la incapacidad constitucional de las Naciones – Estados europeos para garantizar los derechos humanos a aquellos que habían perdido los derechos nacionalmente garantizados, permitió a los Gobiernos perseguidores imponer su norma de valores incluso a sus

Es a partir de la finalización de la guerra y de la necesidad de prevenir y condenar los actos cometidos, que en 1945 se crea la Organización de Naciones Unidas.

Esta organización acuña el término derechos humanos para referirse a la protección de los individuos, comprometiendo a los Estados Nacionales como garantes del pleno ejercicio de estos derechos y, especialmente, incorporando la noción de responsabilidad del Estado frente a la violación de los derechos universalizados.

Así, retomando a RAFFIN, de lo que hablamos cuando hablamos de Derechos Humanos es de la vida y de las maneras de vivirla, de las ideas que se asocian a ella y de sus modos de producción y reproducción, como una teoría y praxis dinámica no arbitraria⁷.

Es a partir de los procesos históricos de construcción de un Estado racional, que represente los intereses de los súbditos y esté bajo su control, que la forma de regulación de la vida del hombre individual y colectiva configura una nueva modalidad política de gobierno: la Democracia.

Y decimos democracia, entendiendo por ella, la ampliación de los actores sociales excluidos en la participación de la vida política. Sin embargo, la relación entre el poder político y la violencia pre - política es de implicación mutua⁸.

ponentes. (...) El primer gran golpe asestado a las Naciones – Estados con la llegada de centenares de miles de apátridas fue que el derecho de asilo, único derecho que habían llegado a figurar como símbolo de los Derechos del Hombre en la esfera de las relaciones internacionales, comenzó a ser abolido. (...) El segundo gran choque que sufrió el mundo europeo por obra de la llegada de los refugiados fue la comprensión de que era imposible desembarazarse de ellos o transformarles en nacionales del país en el que habían refugiado. Desde el comienzo, todo el mundo estuvo de acuerdo en que sólo existían dos maneras de resolver el problema: repatriación o nacionalización”. ARENDT, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Capítulo IX, *La Decadencia de la Nación Estado y el Final de los Derechos del Hombre*, pág. 344 y sgtes. Ed. Taurus.

⁷ RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono Sur*, Capítulo I, *Del otro lado del espejo: la invención de los derechos humanos*, pág. 53 y sgtes, 1ª. Ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁸ ZIZEK, Slavoj, *Contra los Derechos Humanos*, *New Left Review* 34, July – August, 2005. El autor destaca que la política puramente humanitaria y apolítica de meramente evitar el sufrimiento equivale a la prohibición implícita de elaborar un verdadero proyecto colectivo de transformación sociopolítica. Encuentra una contradicción entre los derechos humanos universales –prepolíticos – poseídos por todo ser humano en cuanto a tal y los derechos políticos específicos de un ciudadano, o miembro de una comunidad política en particular.

Es en este sentido que nos preguntamos al igual que ZIZEK: ¿Qué les ocurre entonces a los derechos humanos cuando son los derechos del *homo sacer*, de los excluidos de la comunidad política; es decir, cuando ya no son útiles, porque son los de derechos de aquellos que, precisamente, no tienen derechos, y son tratados como inhumanos?

Hay varios autores que realizan un aporte fundamental para dar respuesta a este interrogante, en especial y con mucha actualidad, la mayoría de los juristas que se han preocupado por advertir o justificar el avance del “Derecho Penal del Enemigo”⁹.

Con base a una postura sobre el Derecho Penal como limitante a la irracionalidad punitiva, debemos poner de resalto la contradicción que implica la expresión *derecho penal del enemigo*¹⁰.

Tal como lo sostiene CANCIO MELIÁ¹¹, el ‘*derecho penal del enemigo*’, es un concepto que sirve para describir un ámbito de las normas penales, pero sólo la parte nominal del sistema jurídico positivo.

Así, explica el autor aunando los argumentos expuestos por SILVA SANCHEZ¹², caracteriza a la política criminal del momento como producto del expansionismo del derecho penal, propia de la época postindustrial, en donde hay un surgimiento de nuevos tipos penales y una prolífica reforma de los anteriores.

⁹ Sobre este tópico, puede consultarse: APONTE CARDONA, Alejandro, Guerra y Derecho Penal del enemigo, Ed. AD-HOC, 2ª Ed., 2008. GRACIA MARTÍN, Luis, El horizonte del finalismo y el Derecho Penal del enemigo, Ed. Tirant Lo Blanch S.L., 1ª Ed., 1ª Reimpresión, 2005. JAKOBS, Günther, CANCIO MELIA, Manuel, Derecho Penal del Enemigo, Ediciones Civitas, 1ª Ed., Madrid, 2003. MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo, Ed. Hammurabi, 2ª Ed., 2008. POLAINO – ORTS, Miguel, Derecho Penal del Enemigo, Ed. Mediterránea, 1ª Ed., 2006. ZAFFARONI, Raúl, El enemigo en el derecho penal, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006

¹⁰ Consúltase ESPINOSA TORRES, María del Pilar, El derecho penal del enemigo. En este ensayo, la autora realiza un análisis sobre la caracterización de esta expresión por parte de los juristas como Muñoz Conde, Cancio Meliá y Jacobs. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espিনosa11.pdf>

¹¹ CANCIO MELIÁ, Ob. Cit., págs. 61 y sgtes.

¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

En este sentido, los fenómenos del expansionismo son la tendencia hacia un derecho penal simbólico, en el que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, y el resurgimiento del *punitivismo* como alternativa penal de solución de conflictos y/o agravación desmedida de las penas.

En la misma línea, CANCIO MELIÁ identifica ambos rasgos como fuente del '*derecho penal del enemigo*', dando lugar a un derecho penal de autor. Y este concepto, es diferenciado como: a) el adelantamiento de la punibilidad; b) penas desproporcionadas y altas; y c) la supresión o relativización de determinadas garantías procesales.

La identificación del 'enemigo', en estos términos, lleva al jurista a entender al sujeto del '*derecho penal del enemigo*' como el 'malhechor archimalvado', es decir, un concepto más seudoreligioso que militar, ya que no se trataría de neutralizar al autor sino de atribuir competencia a quien lo debe combatir por perverso y demoníaco.

En efecto, la lógica que se construye desde la perspectiva del '*derecho penal del enemigo*', es la de no ciudadano, y por tanto, restringido en los derechos y garantías comunes al resto de la población.

En este sentido, debemos adelantarnos y decir, que el '*derecho penal del enemigo*' no es ningún derecho, más bien una herramienta adaptada a las necesidades político criminales.

Y desde este abordaje político criminal, no sólo se presenta la negación al sujeto de su calidad de ciudadano, sino también, su dignidad humana como condición inherente a ser persona.

Estamos convencidos que este es el caso de los consumidores de sustancias psicoactivas, las consecuencias y efectos que se desprenden de la política criminal de la droga en nuestro país nos hacen inclinarnos hacia esta posición.



Parte II.

El fenómeno de la globalización de la estrategia de lucha contra el narcotráfico

Según la Organización Mundial de la Salud, la definición de droga es un término de uso variado. Así, “En medicina se refiere a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos. De ahí que una droga sea una sustancia que está o pueda estar incluida en la Farmacopea. En el lenguaje coloquial, el término suele referirse concretamente a las sustancias psicoactivas y, a menudo, de forma aún más concreta, a las drogas ilegales. Las teorías profesionales (p. ej., “alcohol y otras drogas”) intentan normalmente demostrar que la cafeína, el tabaco, el alcohol y otras sustancias utilizadas a menudo con fines no médicos son también drogas en el sentido de que se toman, el menos en parte, por sus efectos psicoactivos”¹³.

Es importante conocer el recorrido histórico de la utilización de las sustancias por parte del hombre¹⁴.

Los distintos usos de sustancias psicoactivas fueron prácticas utilizadas por muchas comunidades primitivas basadas en tratamientos mágicos, místicos, de hechicería o en creencias religiosas como métodos para inducir un estado de éxtasis o de meditación.

Hasta el día de hoy se conocen comunidades indígenas que siguen practicando rituales con el uso del peyote o de la ayahuasca en América del sur, y que conviven cerca de áreas densamente pobladas donde está prohibido su uso.

En América del Sur, en las culturas andinas - Incaica, aymará, quechuas - se conoce el uso también del San Pedro, ayahuasca, e inclusive la coca, pero ésta contiene un muy bajo nivel de psicofármaco, sustancia por la cual es equiparable con el té, café o el mate para la cultura guaraní.

¹³ Organización Mundial de la Salud, Glosario de términos de alcohol y drogas, pág. 33, Ed. Solana e Hijos A.G., 1994, Madrid. Disponible en: http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf

¹⁴ Fuente consultada, ESCOHOTADO, Antonio, Historia General de las Drogas, incluyendo el apéndice Fenomenología de las Drogas, Ed. Espasa, Madrid, 2002.

En las zonas de Ecuador, Perú, Bolivia, norte de Chile y noroeste argentino es común el mascado de coca o la infusión de coca empleada indistintamente tanto por hombres como por mujeres.

Estas culturas milenarias practican el culto a la pacha mama y veneran con la hoja sagrada de coca todas las deidades de la madre tierra.

También se puede decir que el antiguo Egipto ha conocido el uso del opio reconociendo los efectos del cual recomendaban como excelentes analgésicos o calmantes, así como la elaboración de la cerveza originariamente de la cultura sumeria y el cultivo de cáñamo en gran parte del viejo mundo.

En Grecia en cambio existe una ruptura entre la magia y la religión. Nace la ciencia como resultado de un proceso racional, al deslindar la mística de las cosas paganas y la filosofía en la búsqueda cognoscitiva de los fenómenos sociales.

Es en este periodo, en el cual surgen estudios importantes a través de la medicina y la farmacología, logrando individualizar en distintas especies, los fenómenos que producen las sustancias psicoactivas, propiedades o cualidades de ciertas plantas para una o más funciones.

Pero aunque no pudieron identificar las sustancias activas sino recién aproximadamente por el siglo XX, en buena parte la farmacopea griega suministra un avance importante para la ciencia botánica, farmacológica y médica.

En distintas regiones del mundo como en China o con el catolicismo en Europa y luego con la inquisición, surgen los primeros enfrentamientos, la persecución ideológica y religiosa, y las prohibiciones con respecto al uso de distintas especies de narcóticos.

En Asia con el Islam, el alcohol es reprobado mientras los fumaderos de opio ganan terreno. Pero para el pensamiento occidental el catolicismo ocupa la primera cruzada, se desata con toda clase de uso de psicofármaco en lo que se denominó como "Inquisición".

Para el cristianismo ortodoxo es aborrecible todo psicofármaco que es producto del mismo Satanás, y por lo tanto, en el rechazo a otras culturas y en la lucha para imponer el evangelio se necesitó exterminar las religiones destinadas a estas costumbres, eliminando todo pasado y quemando cuanto libro existía. Se calcula que miles de volúmenes destinados a las ciencias farmacológicas fueron destruidas a lo largo del siglo XIV.

Luego, tras el descubrimiento del nuevo mundo las crónicas de los conquistadores hacían referencia a los efectos del peyote y de algunos hongos como verdaderos frutos del demonio.

En el siglo XVIII los cronistas observaron y atribuyeron que los indígenas locales utilizaban distintas hierbas y plantas para comunicarse con sus dioses y que en la preparación de las ceremonias se les atribuía a los médicos-brujos – chamanes - que realmente comulgaban con el diablo. Se le asignaba a estas plantas como *satánica hechicería* y que la evangelización debía aniquilar las costumbres chamánicas para la conversión religiosa.

Con el surgimiento de los estados nacionales y con la liquidación del antiguo régimen, las reformas políticas liberales operan en los principios de convivencia civil y de las libertades individuales, concediéndose para algunas regiones mayores elasticidades para el uso de determinados psicofármacos.

En occidente aparecen las primeras empresas dedicadas a la comercialización del jugo de adormidera u opio.

El comercio marítimo portugués, holandés e inglés, compiten por mantener la hegemonía y el control de la planta en el oriente. Fueron los primeros en generar gestiones comerciales con países como India y China siendo estos grandes sumideros de metales preciosos y en el intercambio de bienes negociables para el resto de Europa occidental.

China fue el primer país en experimentar las consecuencias de las normas prohibicionistas al consumo del opio. Las penalidades del imperio chino, bajo el gobierno de Manchú en el siglo XIX, van desde castigo leve al consumo y la pena de muerte para el contrabandista.

Siendo China un país basto en plantaciones de esta especie, el gobierno decide devastar todas las reservas y a partir de mediados de siglo, la East Indian Co. Inglesa controla el mercado contrabandeando y abasteciendo a china. Los ingleses se benefician con la era prohibicionista china, y comercializa para china como para el resto del mundo el jugo de adormidera producida en la India.

Hacia fines del siglo XIX cuando china, bajo nuevo gobierno decide permisivamente volver a legalizar el psicofármaco. En poco tiempo china logra abastecer el mercado interno y amenaza con exportar la materia al extranjero. Esta etapa se la conoce como la segunda guerra del opio donde se evidencia un enfrentamiento entre China e Inglaterra.

A principios del siglo XX Inglaterra y Estados Unidos logran dominar la situación en oriente, a iniciativas prohibicionistas, donde por segunda vez los

chinos experimentan una inclinación negativa al uso del psicofármaco. El Emperador accede a firmar el tratado internacional que se conoce bajo el nombre de “Acuerdo de los Diez Años”, donde el Imperio Chino se comprometía a aniquilar las plantaciones de opio en el término de diez años. Coincidentemente los portugueses retroceden y la compañía East Indian Corporation logra monopolizar el comercio y abastecer y dominar el escenario internacional.

Es en esta etapa donde la guerra del opio ejemplifica las conveniencias sobre la ilegalidad de ciertas sustancias psicoactivas de la era moderna. Con el advenimiento de la ciencia química, ya no era necesario exportar grandes volúmenes de plantas o vegetales.

Posteriormente la ciencia farmacológica poseía los medios tecnológicos para aislar los componentes activos de distintas especies vegetales y minerales y lograr exportar distintos compuestos activos. Bajo esta etapa aparecen nuevas sustancias y preparados de laboratorios como la morfina, heroína, cocaína, entre otros y en base a la propagación de la etapa prohibicionista actual se emplea distintas campañas de difusión en base a la peligrosidad social sobre los efectos nocivos de los estupefacientes.

En el siglo XX, donde la globalización estremece las comunidades extranjeras, bajo el proyecto de la última cruzada contra la lucha de las drogas, se persigue al narcotráfico y el lavado de dinero a pesar que los grandes bancos internacionales reportan ganancias extraordinarias.

La supuesta peligrosidad está formada por la opinión pública, tanto en el consumo de sustancias de origen animal, mineral y/o vegetal, porque aparentemente yace la esencia misma de la criminalización del individuo.

Siguiendo el discurso sobre control social de estupefacientes, la concepción médico-farmacológica introduce el factor adictivo, habla de ciertas sustancias como adictivas abandonando definiciones formales y sin ingresar en la discusión de los términos narcóticos. Este paso previo que se obtiene por la dependencia de ciertas sustancias sirve para elaborar el concepto jurídico – político criminal como un modelo justificativo que conforma el primer eslabón para sentenciar el “uso indebido” del “uso debido”.

La teoría de la “reacción social” se sirve de los fundamentos caracterizados por un disvalor de la conducta, en un “debido uso” o en un “indebido uso”. De ahí, que quienes realicen un uso indebido sean criminalizados.

Con acierto, MOLLO afirma que: “El intento de eliminar, por intermedio de leyes, tanto el suministro como el consumo de drogas en nuestra sociedad ha fracasado, y la penalización del consumo de drogas ha generado victimización de los usuarios, - transformados en delincuentes en la cárcel o la comisaría -, mientras los verdaderos culpables permanecen inmunes por la corrupción policial y la operatividad hartamente selectiva del sistema. En este punto, existe una variable a considerar: el poder mundial del narcotráfico, el doble discurso de los estados prohibicionistas y los gobiernos comprometidos con los usufructos del negocio. George Battle, actual presidente de Uruguay, ha dicho: ‘el narcotráfico es el negocio más importante de Latinoamérica’. Puede inferirse que abastecer al mercado norteamericano, país que consume casi la mitad de la producción universal de la droga, no es sin la colaboración directa de las mafias norteamericanas y la complicidad de los agentes encargados de la represión del tráfico de las drogas. Naciones Unidas sitúa los ingresos de la industria ilícita de la droga por encima del comercio del petróleo; y un estudio de Rand Corporation concluye que aplicar el prohibicionismo cuesta quince veces más que los tratamientos para lograr la misma reducción del consumo de drogas”¹⁵.

Y agrega, “La droga es una mercancía y la drogadicción el verdadero rostro de la sociedad posmoderna. Drogadicción y delincuencia se unen, porque la organización y administración, alrededor de algunas drogas, está al margen de la ley jurídica pero dentro del mercado”.

Con el nuevo orden mundial, el problema de las drogas se plantea como un reto colectivo de seguridad global, debido a la “naturaleza multinacional de la amenaza”.

Ahora, sin embargo, se reconoce que los actores del tráfico ya no están dedicados exclusivamente a una actividad criminal, sino que son empresas multinacionales que se ocupan del comercio de mercancías ilícitas, cuyas operaciones se pueden realizar interactuando y mezclándose con mercados legítimos ya existentes.

El discurso hegemónico refleja, una preocupación fundamental por la economía, razón por la cual se puede calificar de económico-transnacional, complementado con un discurso geopolítico, en términos de seguridad, como “enemigo global”.

¹⁵ MOLLO, Juan Pablo, Al margen de la ley y dentro del mercado. Reflexiones en torno a la despenalización de la droga. Disponible en Derecho Penal Online: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,303,0,0,1,0>.

En relación directa con la globalización, el discurso científico se concentra en la “salud mundial”, aunque al consumidor se le percibe como cómplice del delincuente, ya que se insiste en que el problema de las drogas refleja malas decisiones de individuos con la libertad de decidir. A su vez, se considera como la principal atracción para la juventud, que se puede extender a nivel mundial.

La percepción del enemigo se amplía para incorporar a los carteles. Se asocia con la violencia y el terrorismo, pero sobre todas las cosas con la capacidad de estas empresas de controlar la banca, desde que sus operaciones se han globalizado. En este orden de ideas, se crea y se refuerza cada vez más el estereotipo “financiero”, asociado con el llamado “lavado de dinero”

En estrecha relación con los nuevos discursos y percepciones se implementa en la actualidad políticas donde la prioridad es desarticular las redes de traficantes y de manera especial confiscar sus bienes, dentro de un escenario global que abarca sus bases de operaciones en sus países de residencia.

Parte III.

Drogas en Argentina, de la permisión a la ilegalidad.

El primer antecedente en materia de penalización al consumo de estupefacientes en nuestro país se remite al año 1924, puesto que en la fecha de sanción del código penal sólo se establecía la figura de la administración infiel de medicamentos.

En 1924, al sancionarse la ley 11.309 se introdujo la punibilidad de la venta, entrega, suministro de alcaloides o narcóticos.

Dos años más tarde se publica la ley 11.331, complementaria de la ley 11.309 que incorpora la figura de "tenencia ilegítima", es decir, incriminando la posesión y tenencia de drogas no justificadas en razón legítima.

Posteriormente, se planteó el tema relativo a la tenencia para uso personal, que con votos divididos, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital resolvió mediante el fallo "Gonzales, Antonio" (17/10/1930), en el que se establecía que el uso personal de alcaloides no debía admitirse como excusa por parte de quien los poseía ya que no constituía una razón legítima de su tenencia. Con este precedente, lo que se distingue a la tenencia como delito.

El Proyecto Peco de 1942, sólo reprimía la tenencia de estupefacientes enderezada, es decir, con el "propósito de destinarla al comercio o suministrarlas o procurarlas a otro".

El proyecto de 1960 excluyó de punición de la tenencia de una dosis para uso personal.

En 1968, con la sanción de la ley 17.567, derogó la reforma al Código Penal de la ley 111.331, introduciendo el párrafo tercero del artículo 204 que sancionaba al "que, sin estar autorizado tuviere en su poder en cantidades que excedan las que corresponden para uso personal, sustancias estupefacientes".

En 1973, alegándose la ineficacia de la reforma al Código Penal de 1968 se restaura el régimen anterior.

En Octubre de 1974, el Congreso de la Nación sanciona la Ley 20.771 que tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición.

La jurisprudencia en materia de estupefacientes para consumo personal se ha expedido en varias oportunidades al respecto.

En Colavini¹⁶, la Corte Suprema se pronunció afirmando que el artículo 6º de la ley 20.771 (punición de la tenencia de estupefacientes destinados al uso personal) no era violatorio del Artículo 19 de la CN.

Fue fundado adhiriendo a los argumentos del Procurador General de la Nación, en el sentido de que el uso de estupefacientes iba mas allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturbaba la ética colectiva.

La Corte valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero, en esta línea afirmó: *"Si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual, conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas"*, así, se consideró lícita toda actividad tendiente a evitar la tenencia de drogas para uso personal.

La penalización de la tenencia se mantuvo hasta el año 1986, cuando la Corte Suprema de la presidencia del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín realizó una modificación en el régimen.

En este año, la Corte falla en la causa Bazterrica¹⁷ -conocido también por su labor como guitarrista y compositor de Los Abuelos de la Nada y de La Maquina de Hacer Pájaros-, en el cual la Corte cambia el criterio y declara la inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771 por considerarlo violatorio del principio de reserva incluido en el artículo 19 de la CN.

Allí el argumento fue: *"penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse (...)*

¹⁶ Fallos CSJN: 300:254) Disponible en: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.htm

¹⁷ Fallos CSJN: 308:1392 Disponible en: http://www.infoarda.org.ar/fallo_bazterrica.htm

de acuerdo a los datos de la común experiencia (...) no se justifica frente a la norma del art. 19", añadiendo por otro lado que "no se encuentra probado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas".

El 21 de Septiembre de 1989, durante la primer presidencia de Menem, se sanciona la ley 23.737, mediante la cual se derogaron los artículos 1º a 11 de la ley 20.771 y se incorporó en su artículo 14, segundo párrafo, la punición "...cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia [de estupefacientes] es para uso personal".

La ley comprende el control de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Incluye, además, la fiscalización de las materias primas y las sustancias que se emplean en su producción y fabricación ilícitas.

El artículo 14 de la referida Ley tipifica la tenencia simple de estupefacientes y la tenencia para consumo personal. De acuerdo a este artículo, en su primer párrafo, se reprime con prisión de uno a seis años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes.

El segundo párrafo del mismo artículo establece que la pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

El 11 de diciembre de 1990, la Corte dicta sentencia en la causa Montalvo¹⁸ por el que concluyó que la *"tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental..."*.

Con lo cual la Corte Suprema retoma el antiguo criterio adoptado en la causa Colavini.

Esta postura, se mantuvo hasta el 25 de Agosto de 2009, cuando la Corte Suprema compuesta por: Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Dra.

¹⁸ Fallos CSJN: 313:1333 Disponible en: http://www.infoarda.org.ar/fallo_montalvo.htm.

Elena I. Highton de Nolasco (Vicepresidenta), Dr. Carlos Fayt, Dr. Enrique Santiago Petracchi, Dr. Juan Carlos Maqueda, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni y Dra. Carmen María Argibay determinó en la causa Arriola¹⁹ que *"con sustento en 'Bazterrica' declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros"*.

La legislación nacional vigente en materia de estupefacientes en Argentina, se sigue rigiendo por la Ley 23.737 ya que a pesar de la declaración de inconstitucionalidad en el caso en concreto, la persecución penal en torno a este delito sigue vigente.

Más allá de la paradoja actual de estar penalizada la tenencia pero no el consumo de estupefacientes, y a poco de ahondar en el tema, vemos que Argentina ha ratificado una serie de tratados internacionales vinculados a esta especial materia, a saber, la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes (1961), modificada por el Protocolo de 1972; la Convención de Naciones Unidas sobre Sustancias Psicotrópicas (1971); y la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).

Por otra parte, en el ámbito hemisférico, Argentina ha adoptado mediante el decreto 1339/96, la Estrategia Antidrogas en el Hemisferio aprobada por la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas en su Vigésimo Período Ordinario de Sesiones que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires en el mes de octubre de 1996.

Pese a los compromisos internacionales, y la recomendación de Naciones Unidas de no criminalizar al usuario²⁰, el último informe de la

¹⁹ Fallo CSJN A.891.XLIV Disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp

²⁰ ONU, Informe Anual 2009, Prevención Primaria del Uso Indebido de Drogas. Disponible en: http://www.incb.org/pdf/annual-report/2009/es/AR_09_S_Chapter_I.pdf "Par a hacer realidad su potencial de prevención primaria la sociedad ha de pasar de la teoría a la práctica. La labor de prevención suele ser muy elogiada pero poco respaldada. Al reaccionar frente a una supuesta "crisis" relacionada con las drogas, los gobiernos suelen dar prioridad a medidas enérgicas, pero de corto aliento, como una campaña aislada en los medios de difusión o el fortalecimiento de las

Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico nada reporta sobre la situación de los consumidores de sustancias²¹.

medidas de represión. Los gobiernos deben luchar contra los ciclos de pánico e indiferencia que muy a menudo han caracterizado las reacciones frente a las cuestiones relacionadas con las drogas. A efectos de mantener el apoyo a las estrategias de prevención a largo plazo, la sociedad debe comprender que los problemas de drogas no constituyen una crisis aislada, sino una cuestión permanente. Si bien no cabe esperar que el uso de drogas y los problemas concomitantes se puedan eliminar, la prevalencia del uso de drogas puede reducirse y pueden alcanzarse beneficios sociales y económicos considerables. Las investigaciones y prácticas cada vez más rigurosas muestran el camino. Se tiene más conocimiento de los factores que contribuyen al uso de drogas; se vienen estableciendo objetivos factibles, y se acumulan las pruebas acerca de la rentabilidad de diversas actividades de prevención primaria. Los encargados de las políticas deben ahora comprometer recursos para llevar a cabo esa importante labor”.

²¹ SEDRONAR, Centros de Procesamiento Ilícito de Estupefacientes en Argentina, Un análisis a partir de los casos judicializados, Marzo 2011. Disponible en: <http://www.sedronar.gov.ar/images/novedades/biblioteca/centros%20de%20procesamiento%20il%C3%ADcito.pdf>

Parte IV.

El fallo Arriola y el reconocimiento de la utilización simbólica del poder punitivo en la tenencia de estupefacientes para consumo personal

“El Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo”²²

En Agosto de 2009, la Corte Suprema decide abocarse al estudio de una causa en la que entran en conflicto el derecho constitucional a la intimidad con lo previsto en el artículo 14 de la Ley N° 23.737.

Hemos elegido esta sentencia debido a las cuestiones allí vertidas, en especial, porque transparenta el trato dispensado a los consumidores de sustancias psicoactivas y nos lleva a la reflexión sobre la utilización del sistema penal en pos de la solución de supuestos peligros mundiales.

En el caso, los hechos que el tribunal de juicio tuvo por acreditados son la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

También tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes

²² DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, pág. 392 y sgtes., Ed. Ariel, 1999, Barcelona.

mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual —cada uno de ellos— (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.

En el considerando 9°, la Corte destaca que: “de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48)”²³.

En este sentido, la CSJN se preguntó acerca del alcance que cabe otorgarle a las acciones privadas previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico salud pública, afirmando que “han sido resueltas acertadamente en Bazterrica (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener”²⁴.

²³ Fallo CSJN A.891.XLIV Considerando 9°. Disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp

²⁴ Ídem, Considerando 10°.

Sobre la modificación de la postura sostenida en Montalvo y la vuelta a Bazterrica, la CSJN señaló: “En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328: 566)”²⁵.

En esta línea destacó que: “han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina Montalvo que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo. Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba Montalvo han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”²⁶.

Abona esta afirmación citando los hallazgos en los Informes Anuales de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y del Observatorio Interamericano sobre Drogas²⁷.

A su vez, la CSJN pone de resalto una justificación adicional: “otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en Bazterrica y Montalvo, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 (...) sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma

²⁵ Ídem, Considerando 13°.

²⁶ Ídem, Considerando 14°.

²⁷ Ídem, Considerando 15°.

constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (...) este acontecimiento histórico modifica en muchos aspectos el panorama constitucional, en especial los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional”²⁸.

Citando la normativa internacional junto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, y con relación al **derecho a la privacidad** y su vinculación con el principio de **autonomía personal**, la CSJN subraya que: “a nivel interamericano se ha señalado que el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”²⁹.

A mayor abundamiento, la CSJN invoca al principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos resaltando que: “guarda más compatibilidad con la solución postulada en *Bazterrica*. En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y *Montalvo*, respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico”³⁰.

²⁸ Ídem, Considerando 16°.

²⁹ Ídem, Considerando 17°.

³⁰ Ídem, Considerando 18°.

A continuación considera que el derecho internacional ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su re victimización. En tal línea subraya que: "No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una re victimización"³¹.

Sobre la base de la consideración de la mera peligrosidad de las personas la CSJN indica que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado: "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán (...) Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos"³².

Abonando esta línea, recuerda que ya en el precedente Gramajo (Fallos: 329:3680), la Corte declaró que: "En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad"³³.

De esta manera, sentenció: "Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad"³⁴.

³¹ Ídem, Considerando 19°.

³² CIDH, Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005.

³³ Fallo CSJN A.891.XLIV Considerando 20°, en sentido coincidente "Maldonado" (Fallos: 328:4343).

³⁴ Ídem.

En relación a los bienes jurídicos colectivos, tales como el **bien común, orden público, utilidad pública, salubridad pública e intereses nacionales** (artículo 22 inc. 3º, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3 , 14, 19 inc. 3º b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos), la Corte recordó lo manifestado en la Opinión Consultiva 5/86 de la CIDH.

En ella, se señaló que “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”.

En dicha opinión consultiva, se precisó especialmente que: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”.

Este último párrafo, lleva a la Corte a resaltar la vigencia del principio *pro homine*, conforme al art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 29 de la Convención Americana, “siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”³⁵.

Volviendo sobre la materia bajo examen, la Corte señaló: “Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el

³⁵ Ídem Considerando 23º.

tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales. Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos. En lo referente a la contención de la demanda, además de la persecución de la oferta, se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que los adictos puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones”³⁶.

Así, la CSJN reconoce que ninguna de las convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

Sin descartar dicha opción, y en el marco de los deberes de los Estados parte, se señala que tal cuestión queda "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico"³⁷.

Vemos que en el considerando 26° del fallo, la Corte realiza un análisis fáctico de la cuestión, al expresar: “Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculcado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha”.

En este sentido, exhorta a los poderes públicos al decir: “se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel penal, los compromisos internacionales

³⁶ Ídem Considerando 24°.

³⁷ Artículo 3°, inc. 2°, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes. Ídem, Considerando 25°.

obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (...) La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional (...) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor. Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero”³⁸.

Bajo este análisis de la normativa internacional y constitucional, la Corte afirma que: “lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna”³⁹.

Con cita a DWORKIN, la Corte interpreta el ámbito de aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional: “el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general

³⁸ Ídem, Considerandos 28° y 29°.

³⁹ Ídem, Considerando 31°.

de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo”⁴⁰.

Finalmente, la Corte dictamina: “Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en **Bazterrica** declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos”⁴¹.

A su vez, nos interesa poner de resalto algunos de los argumentos de los votos parciales de los Ministros de Corte. En el caso del Dr. Lorenzetti, señala tres cuestiones importantes para el análisis de la materia de este ensayo.

En primer lugar señala que: “El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”⁴².

Enlazado a esta afirmación, agrega que: “Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”⁴³.

De esta manera concluye: “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados

⁴⁰ Ídem, Considerando 32°. Referencia a DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, pág. 392 y sgtes., Ed. Ariel, 1999, Barcelona.

⁴¹ Ídem, Considerando 36°.

⁴² Fallo CSJN A.891.XLIV. Según el voto del Dr. Luis Ricardo Lorenzetti.

⁴³ Ídem.

en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”⁴⁴.

Por su parte, el Ministro Fayt destaca una cuestión medular: “Que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 establece que será reprimido con prisión de un mes a dos años quien tuviere en su poder estupefacientes, siempre que por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal. A su vez, y en lo que aquí interesa, el artículo 21 del mismo texto legal prevé que en el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. En su último párrafo dispone que si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia (...) En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez —y por una única vez— por una medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario”⁴⁵.

En este sentido asevera “Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana (...) Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su dignidad. Ello por cuanto — como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito— el acusado debe atravesar un *iter* necesariamente restrictivo de sus derechos que implica entre otras cosas: ser detenido verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro”⁴⁶.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Fallo CSJN A.891.XLIV. Según el voto del Dr. Carlos S. Fayt.

⁴⁶ Ídem.

Sobre las funciones que quiere abarcarse con el sistema penal, Fayt destaca con claridad: “Que sumado a ello, debe recordarse que la norma que aquí se cuestiona establece pena de prisión que sólo facultativamente —y siempre que se trate de la primera vez— puede ser suspendida por una medida de seguridad educativa o curativa (...) resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario —escudado en la ajenidad del problema— parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas”⁴⁷.

Del voto del Ministro Zaffaroni, rescatamos su cuestionamiento al régimen legal de drogas y la competencia para ello, como uno de los poderes públicos.

“Que si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la decisión no sólo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión”⁴⁸.

A modo de apretada síntesis, hemos identificado del fallo de la Corte las siguientes conclusiones que nos permiten comprender el funcionamiento del estado de excepción que describe Agamben y la persona negada en su

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Fallo CSJN A.891.XLIV. Según el voto del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni.

ciudadanía como refieren los detractores del mal llamado derecho penal del enemigo:

a) La discusión sobre los bienes jurídicos en juego por la realización de la conducta de tener estupefacientes para el consumo personal, tales como el orden público, la utilidad pública, los intereses nacionales y la salubridad pública; nos presenta el interrogante si estos conceptos son funcionales a la restricción y/o negación de los derechos humanos. Especialmente, si se analiza que en su utilización perjudican a muchos de los miembros de la sociedad que se declara proteger.

b) Sobresale de la lectura del fallo la dicotomía existente entre la vigencia y validez de las normas jurídicas por un lado, y el cumplimiento del fin propuesto. Con esto nos referimos, a la mención del fracaso de la estrategia de lucha contra el narcotráfico utilizando al consumidor como técnica de investigación. La respuesta brindada por la Corte no es ni más ni menos que la dignidad humana y la aplicación del principio *pro homine* como guía orientativa de que el hombre – ser humano – es el centro de la justificación y existencia del derecho, y por ello inhabilita su utilización como medio para otros fines.

c) Esta situación reseñada en el inciso anterior, también da cuenta de un reconocimiento por parte de la Corte de la utilización simbólica del Derecho Penal como herramienta político criminal que lejos de resolver la problemática la agudiza.

d) Invocando la reforma constitucional del año 1994, la Corte afirma que al incorporar los Tratados Internacionales con la misma jerarquía que la Constitución Nacional se ha modificado la política criminal de los Estados. Y, especialmente, en el voto del Dr. Zaffaroni se puede observar su señalamiento a la política criminal en esta materia, y específicamente, su indicación como poder público competente.

e) En otro orden, el régimen legal de drogas en Argentina, tal como está redactado en la Ley N° 23.737, favorece la revictimización de los consumidores en base a la supuesta peligrosidad. Este reconocimiento que realiza la Corte sobre la restricción de los derechos y revictimización, es explicado en la carencia de una estructura para dar respuesta a los verdaderos casos de adicción.

f) Así, el artículo 14, 2do párr. de la Ley N° 23.737 le da al juez que debe juzgar a un consumidor, dos opciones de la misma naturaleza, la pena o la medida curativa o educativa. Aquí la respuesta es siempre punitiva, la

primera estigmatizante, la segunda contra la voluntad de la persona, y ambas inhumanas.

g) En este sentido, la Corte exhorta a los restantes poderes públicos a brindar una respuesta integral en esta materia evitando la criminalización de los consumidores. Por ello es más que atinente la cita a DWORKIN respecto al deber del Estado de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto.

h) Resaltamos lo manifestado por Lorenzetti en cuanto a que el artículo 19 de la Constitución Nacional configura un paradigma en el cual el individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea y que toda intromisión o restricción debe ser justificada en la legalidad constitucional.

i) Creemos que el fondo de la cuestión, ya sea desde la perspectiva del Estado de Excepción o desde la del 'derecho penal del enemigo', es el trato desigual que se brinda a las personas, creando ciudadanos de primera, segunda o tercera categoría.

j) Esta desigualdad es política, puesto que pensar un sistema universal de derechos humanos y luego aplicarlo en forma retaceada sólo puede entenderse en términos de lucha, es decir, de la fuerza y los medios para hacerlo cumplir.

Parte V.

La configuración de los consumidores de estupefacientes como sujetos del ‘derecho penal del enemigo’

*“Es la ley como la lluvia: nunca puede ser pareja;
el que la aguanta se queja, pero el asunto es sencillo,
la ley es como el cuchillo: no ofende á quien lo maneja”⁴⁹*

Retomando la cuestión del consumidor como sujeto criminalizado, vemos con claridad meridiana cómo en la ley se instituyen dos tipos de alternativas para el tenedor de estupefacientes, la aplicación de una pena o una medida curativa⁵⁰ o educativa⁵¹, esto es, la cárcel o un tratamiento de rehabilitación en drogodependencia obligatorio y por tiempo indefinido⁵².

⁴⁹ HERNÁNDEZ, Jose, Martín Fierro, verso 6560, Ed. Hyspamérica Argentina, Buenos Aires, 1982.

⁵⁰ Art. 16, Ley 23.737 “Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una **medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial**, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”.

⁵¹ Art. 21 “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, **si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine**. Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley. La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente Ley, cuando éstos lo requiriesen. **Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia**”.

⁵² A contrario sensu, en el artículo 19 de la citada ley se diferencia el modo de aplicación en el caso de procesados o condenados, para los condenados se indica su carácter voluntario pero si analizamos que del cumplimiento de dicha medida se valorará su puesta en libertad, el mismo sólo puede tener un carácter coactivo. “La medida de seguridad que comprende el tratamiento de

En todos los casos, las soluciones son criminalizantes e invaden la esfera de la privacidad y la libertad de la persona. Por ejemplo, si a resultas de la aplicación de una medida de seguridad curativa, el consumidor no obtuviera un grado aceptable de recuperación el juez debe aplicar pena en forma concomitante con la medida de seguridad⁵³.

La ley 23.737 también obliga al juez a realizar un examen de expertos para diferenciar uso indebido de adicción, en todos los casos la ley establece un procedimiento estándar para recordarle al sujeto que la conducta es desviada⁵⁴.

desintoxicación y rehabilitación, prevista en los artículos 16, 17 y 18 se llevará a cabo en establecimientos adecuados que el tribunal determine de una lista de instituciones bajo conducción profesional reconocidas y evaluadas periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y que será difundida en forma pública. **El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.** El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso. **Cuando el tratamiento se aplicare al condenado su ejecución será previa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena. Respecto de los procesados, el tiempo de tratamiento suspenderá la prescripción de la acción penal.** El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los artículos 16, 17 y 18”.

⁵³ Art. 17, Ley 23.737 “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupeficientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desinformación y rehabilitación. **Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última**”. En el mismo sentido, el artículo 18 prescribe: “En el caso de artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupeficientes, **con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario** para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario. **Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanudara el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad**”.

⁵⁴ Art. 20 “Para la aplicación de los supuestos establecidos en los artículos 16, 17 y 18 el juez, **previo dictamen de peritos, deberá distinguir entre el delincuente que hace uso indebido de estupeficientes y el adicto a dichas drogas** que ingresa al delito para que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido en función del nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada”.

Sin dejar de soslayar la intemporalidad de ambas medidas de seguridad, el consumidor de estupefacientes según el actual régimen legal sólo se libra del proceso penal y sus consecuencias si logra acreditar una reinserción social plena⁵⁵, con todas las críticas que podríamos hacer a este concepto.

El fracaso de las ideologías re, ha sido demostrado cabalmente, pese a la jerarquía constitucional del principio de resocialización⁵⁶.

Este principio que da fundamento a una prevención especial positiva, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, implica una función correctora y de mejora del ‘delincuente’⁵⁷.

Al desconsiderarse el aspecto volitivo, desde la psicología se han formulado serias críticas. VÍQUEZ ha señalado que se trata del ejercicio de la violencia técnica, por cuanto se trata de convencer al desviado de su propia desviación en el marco de una relación totalmente asimétrica⁵⁸.

En nuestro ámbito, MUÑOZ CONDE considera que la resocialización es tendenciosa⁵⁹, puesto que implica adaptarse a las expectativas de la clase media, de allí que se afirme que los delincuentes adaptados a la forma de vida

⁵⁵ Cfr. Art. 22, Ley 23.737 “Acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación establecidas en los artículos 17, 18 y 21 **si después de un lapso de tres años de dicha recuperación, el autor alcanzara una reinserción social plena**, familiar, laboral y educativa, el juez previo dictamen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes”.

⁵⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas recogiendo la doctrina penitenciaria de los años sesenta establece que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (A. G. Res. 2200 A (XXI, 1966: núm. 10,3). De manera similar, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

⁵⁷ Para un mayor estudio del tema, puede consultarse: BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo Veintiuno, 6ª Ed., México, 2000. GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, Ed. Siglo Veintiuno, 2ª Ed., México, 2006. PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación, Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Ed. Siglo Veintiuno, 7ª Ed., México, 1999. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, pág. 55, Ed. Ediar, 2ª Ed., Buenos Aires, 2002.

⁵⁸ Veáse VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario Alberto, *El Rol del psicólogo criminológico en la institución carcelaria: una autocrítica*, Revista Costarricense de Psicología, junio/diciembre 1988, 12-13, págs. 47-55. En: SAENZ ROJAS, Mario A., *El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*. Revista de Ciencias Sociales (Cr.), Vol. I, Núm. 115, 2007, págs.. 125-136. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/153/15311510.pdf>

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *La resocialización: análisis y crítica de un mito*. En MIR PUIG, Santiago (Ed.), *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, págs.131-154, Temis, Bogotá, 1982.

burguesa no requieren resocialización, situación que agudiza la selectividad y diferenciación que establece el sistema penal.

En el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS de MOLINA⁶⁰ indica que “la función resocializadora implica un proceso de aprendizaje de valores que el sujeto debe ‘interiorizar’ y, por lo tanto, tiene un fundamento moralizante y valorativo. El fundamento pedagógico o métodos de aprendizaje es bastante objetable, pues para enseñar la interiorización de esos valores utiliza el encierro (...) La resocialización implica, necesariamente, un tratamiento, lo cual es criticado por las posiciones liberales, ya que una persona no puede ser ‘adecuado’ a la visión de mundo de otras. Si la sociedad es la que produce la delincuencia, resulta contraproducente y contradictorio exigirle al individuo que se resocialice; esto hace del programa resocializador algo ‘ideológico’, a saber, tendencioso y manipulador hacia una determinada concepción de mundo”.

Desde esta perspectiva, es claro que el caso en análisis nos lleva a pensar si el poder punitivo que se ejerce sobre los consumidores de estupefacientes de acuerdo al actual régimen legal se corresponde con su condición de personas o se acerca más a una configuración como entes peligrosos o dañinos.

Esta negación de derechos, sólo pueden ser pensadas desde la representación del individuo como no ciudadano, como no persona.

Así, se transfigura en la construcción del consumidor como un delincuente distinto al que comete delitos ordinarios, por constituir el actor primario de la cadena de narcotráfico, flagelo contra el cual el Estado está en guerra.

En estos términos, el sujeto pasa a ser considerado enemigo de la sociedad, para ello el poder punitivo cede ante legislaciones que autorizan la restricción de derechos y garantías de los autores de los ilícitos vinculados al mundo de las drogas, que previamente se ha demonizado.

Para atender a esta necesidad político criminal de persecución global del narcotráfico, criminalidad organizada transnacional y terrorismo, la estrategia de los gobiernos ha sido la creación de un ‘derecho penal del enemigo’, es decir,

⁶⁰ Cfr. GARCIA-PABLOS de MOLINA, Antonio, La supuesta función resocializadora del derecho penal. En: : SAENZ ROJAS, Mario A., Ob. Cit., págs. 130 y sgtes.

un derecho simbólico dotado de mayor represividad para dar un tratamiento diferenciado a quienes se etiqueta de ‘enemigos públicos’.

Lo cierto es que al posibilitar esta herramienta, se descascara la cubierta del Estado de Derecho y se abre el paso al Estado de Policía, que avanza generando mayores y nuevas causales de excepción justificado en la afectación de bienes jurídicos colectivos, tales como la salud pública, el orden público, la seguridad, por parte de todo ser humano considerado peligroso.

En este marco, consideramos que los bienes jurídicos colectivos sólo tienen validez en cuanto puedan servir al desarrollo personal del individuo, esta es la posición defendida por HASSEMER y MUÑOZ CONDE que compartimos. Sobre este sustrato, ambos autores parten de la proliferación de tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos de difícil determinación, o su configuración como delitos de peligro abstracto lo que contribuye a que las garantías penales disminuyan.

Es en este sentido que se afirma, en estos casos, que se ha pasado de entender el carácter preventivo del Derecho Penal en vez de su tradicional carácter represivo.

De esta manera, se invierte el principio de *última ratio* para resolver algunos problemas sociales⁶¹, o mejor dicho, económico-sociales.

En un artículo publicado por HASSEMER, sobre Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, se describe con mayor profundidad la problemática que traemos al análisis⁶².

En él pone de resalto que: “Ya *Hans Ryffel* en su temprano tratado clásico de filosofía *Rechtssoziologie* sostuvo, ‘también en nuestro ordenamiento jurídico, las funciones latentes y simbólicas del Derecho son amplias y juegan un rol importante. Ello es cierto fundamentalmente en el Derecho económico, pero también en el Derecho penal’. Ha sido especialmente Peter Noll quien se ha preocupado extensamente de la ‘promulgación de leyes simbólicas’. Ya en su

⁶¹ Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana, “El Delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, en la que se refiere a la obra de HASSEMER, Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno, pág. 239.

⁶² HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en Varios Autores “Pena y Estado”, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36. Artículo disponible en internet: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2/>

Gesetzgebungslehre había advertido de forma cautelosa que ‘Leyes con un carácter exclusivamente simbólico’⁶³ no son ‘excesivamente infrecuentes’ ”.

Para HASSEMER, simbólico, en sentido crítico es, un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas, en referencia a la aplicación de otros objetivos que los descritos en la norma⁶⁴.

Así, distingue las funciones manifiestas, como las condiciones objetivas de realización de la norma⁶⁵, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma; y por funciones latentes, entiende que son múltiples, que van desde la satisfacción de una ‘necesidad de actuar’ a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte.

Avanza aún más, al calificar de ‘engaño’ o ‘apariencia’ a la predominancia de las funciones latentes, cuando los fines descritos en la regulación de la norma son distintos a los que se esperaban de hecho.

Es en este sentido, HASSEMER que manifiesta que la concreción de lo simbólico no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma.

Sobre esta plataforma, afirma que: “El Derecho penal simbólico aparece bajo esta perspectiva como una crisis del Derecho penal orientado a las consecuencias (...) La orientación a las consecuencias varía y acentúa el problema de legitimación del Derecho penal. En tanto que una regulación orientada hacia el interior sólo debe demostrar, a efectos de justificación, su

⁶³ HASSEMER, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en el que cita a NOLL, refiere que: “Con ello entendía «Leyes que de antemano no son apropiadas para ser aplicables, las cuales pretenden con la excusa de su promulgación conseguir unos efectos sociales distintos de los que se alcanzarían en caso de ser aplicadas»”.

⁶⁴ En contra DIEZ REPOLLÉS, quien pone de resalto que: “El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios (...) Considero, sin embargo, que la desacreditación que se produce de los efectos simbólicos es apresurada, pues, en contra de lo que se sostiene, no sólo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos sino que, además, resultan imprescindibles para lograr tales propósitos”. DIEZ REPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la Pena*; Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>

⁶⁵ HASSEMER, Obra citada, “las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma”.

sometimiento a la jerarquía normativa (Constitución, Leyes), las disposiciones orientadas al exterior —tanto en su promulgación como en su ejecución— no sólo deben ser correctas, deben ser también eficaces, ya sea en la consecución de un objetivo (resocialización, reintegración), ya en la de todos (prevención general, control de la criminalidad). La prevención es un concepto aceptable sólo si es eficaz (...) La primera respuesta, la más antigua y simple a la pregunta de cuándo cumple el Derecho penal su función preventiva sería: cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es —con todas las diferencias de origen y concepto — negativa y de crítica del Derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía ser lo más preciso posible”⁶⁶.

Sobre esta primera cuestión, señala la previsibilidad de la incapacidad del concepto de bien jurídico para enfrentarse tanto a los intereses políticos criminales de conseguir una criminalización global y a los intereses de la ciencia penal de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico.

Aquí presenta también, la problemática de los llamados bienes jurídicos universales como amenaza el concepto de bien jurídico y el cambio al criterio preventivo del Derecho penal en virtud de necesidades de política criminal.

Como ejemplos de ello, HASSEMER expresa: “Ámbitos específicos de promulgación de leyes son fundamentalmente el Derecho penal económico, los impuestos, medio ambiente, acumulación de datos, terrorismo, drogas, exportación de materias peligrosas. Los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer (...) Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas; de la salud pública; del

66 HASSEMER, Obra citada.

funcionamiento del mercado; de la protección estatal empresarial o de la acumulación de datos comercial o administrativa”⁶⁷.

Uno de los conceptos fundamentales sobre los que estructura la crítica - y que compartimos -, se basa en la transvaloración de la definición de BINDING⁶⁸ como perspectiva creciente de la consideración de la sociedad de riesgo moderna que no puede aceptar sus peligros o riesgos de modernización, sino que necesita de un vínculo causal y con ello al mismo tiempo de una responsabilidad jurídica y social⁶⁹.

Este análisis lo lleva a afirmar que el Derecho penal en su forma jurídica liberal es escasamente apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar ámbitos de problemas y prevenir situaciones de peligro.

Concordamos con la posición de HASSEMER en relación con la utilización de los delitos de peligro abstracto y el Derecho Penal Simbólico por parte del legislador producto de la presión preventiva.

De otro modo, ¿porqué perseguir al consumidor, que es sólo el eslabón más débil, cuando el interés fundamental declarado es la lucha contra el narcotráfico por las graves consecuencias de asesinatos, corrupción y afectación a la salud pública de la comunidad?

⁶⁷ HASSEMER, Obra citada.

⁶⁸ HASSEMER, Obra citada. en la que hace referencia a BINDING, Die Normen und ihre Übertretung. I: Normen und Strafgesetze, 2ª ed. (1890), p. 368 y ss. “«Lesión del bien jurídico con su puesta en peligro» como una «perturbación de la certeza de la existencia»”.

⁶⁹ HASSEMER, Obra citada. en la que hace referencia a JAKOBS, “Jakobs construye —influido por la teoría sistémica de Luhman— su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad - Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 19^o Randnummern 1/4 y ss. - y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una «sociedad de riesgo». En la doctrina del bien jurídico ha sido KRATZSCH - Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985. - quien ha visto más claramente el significado penal de conceptos como inseguridad, complejidad, perturbaciones y orientación y cómo ello se ha plasmado por ejemplo en la creación de tipos de peligro abstracto que son una reacción específica a la puesta en peligro de bienes jurídicos «los cuales descartan una influencia directa debido al efecto conjunto de múltiples factores causales»; la norma combate «el peligro que amenaza al bien jurídico no como un peligro individual, sino como un elemento tipificado de una peligrosa “gran perturbación” (Dirección individual a través de un orden general)»”.

En este sentido, CANCIO MELIÁ señala la tendencia de un desplazamiento de la concepción liberal del derecho penal orientado al ciudadano hacia la concepción autoritaria orientada al enemigo⁷⁰.

⁷⁰CANCIO MELIA, Manuel, *¿Derecho Penal del Enemigo?*, Trabajo publicado en: Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003, págs. 57 a 102. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf. “Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la expansión del Derecho penal (...) en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un Derecho penal de la puesta en riesgo de características antiliberales (...) Entonces, ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que cabe denominar simbólicas? Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la ‘impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido’, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. (...) Sin embargo, reconducir los fenómenos de ‘expansión’ que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización ‘a la antigua usanza’, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. (...) Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal –dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos– persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como ‘otros’ no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. Según Jakobs, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (...) la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como ‘otro’, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización - y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído? En este sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo. En segundo lugar, este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es sólo un determinado “hecho” lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus ‘complejidades’ ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal (...) Cuando se aborda una valoración del Derecho penal del enemigo en cuanto parte del ordenamiento jurídico-penal, sobre todo se pregunta si debe ser aceptado como inevitable segmento instrumental de un Derecho penal moderno. La respuesta que aquí se ofrece es: no. Para ello, se

Es importante destacar, la diferenciación que realiza sobre la instrumentación del Derecho Penal y el 'derecho penal del enemigo', entendiendo que son contrapuestos. En el primer caso, porque la persona es reconocida como ciudadano y en el segundo, esta calidad le es negada justificada en el reconocimiento de la necesidad de aplicación de otros fines por el cuestionamiento de la norma.

Finalmente, el mal llamado derecho penal del enemigo, demuestra que es un derecho penal de autor, el castigo ya no está basado en el principio del hecho sino en la personalidad del autor, en su conducción de vida.

Creemos que las reflexiones realizadas se ajustan con claridad al caso de los tenedores de estupefacientes para su consumo personal, la intervención por parte del Estado en su privacidad se da producto de su elección de un estilo de vida.

propondrán dos diferencias estructurales (íntimamente relacionadas entre sí) entre "Derecho penal" del enemigo y Derecho penal: a) el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor. (...) Desde esta perspectiva, cabe afirmar que el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación -una forma exacerbada de reproche- da resonancia a sus hechos (...) Finalmente, corresponde ahora llevar a cabo una brevísima reflexión en torno a la manifestación técnico-jurídica más destacada de la función divergente de la pena del Derecho penal del enemigo: la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho (...) igual que lo que sucede respecto de la función de la pena que la produce, estructural: no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho -lo que ocurre en muchos otros ámbitos de 'anticipación' de las barreras de punición-, sino que la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos -los 'enemigos'- más que en la definición de un hecho".

Parte VI.

El 'derecho penal del enemigo' como estado de excepción

“Desde los campos de concentración no hay más retorno posible a la política clásica; en ellos ciudad y casa se han hecho indiscernibles y la posibilidad de distinguir entre nuestro cuerpo biológico y nuestro cuerpo político, entre lo que es incommunicable y queda mudo y lo que comunicable y expresable, nos ha sido arrebatada de una vez por todas. Y no somos sólo, por emplear palabras de Foucault, animales en cuya política está puesta en entredicho su vida de seres vivientes, sino también, a la inversa, ciudadanos en cuyo cuerpo natural está puesta en entredicho su propia vida política”⁷¹.

Como vimos, la construcción del 'derecho penal del enemigo' es un discurso que habilita una mayor utilización del poder punitivo, que debe ser claramente diferenciado del Derecho Penal como *dique de contención* del poder punitivo en clave democrática, y especialmente, nos interesa caracterizarlo como un discurso contra los derechos humanos.

En este sentido, ZAFFARONI afirma que: “En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho (...) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo autoriza a ello, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir, o, al menos, acotar, el fenómeno para que no desaparezca el estado de derecho”⁷².

El discurso del derecho penal del enemigo implica un avance sobre el tradicional derecho penal liberal o de garantías que puede ser caracterizado como la anticipación de las barreras de punición – alcanzando los actos

⁷¹ AGAMBEN, Giorgio, *HOMO SACER I*, El poder soberano y la nuda vida, pág. 217, Ed. Nacional, 1ª Ed., Madrid, 2002.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, págs. 11 y sgtes., Ed. Ediar, 1ª Ed., Buenos Aires, 2006.

preparatorios -, la desproporción en las consecuencias jurídicas – penas como medidas de contención sin proporción a la lesión o daño realmente inferido -, la suspensión o debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios desde la perspectiva del derecho penal de autor.

En este marco, la discusión ya deja de plantearse en términos jurídicos a pesar que se solape bajo sus formas, la naturaleza de tratar al otro como enemigo de la sociedad es sólo política⁷³.

Por ello, coincidimos con Zaffaroni al destacar que: “No es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se priva a alguien de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso”⁷⁴.

En esta misma línea, MARTÍN⁷⁵ reconoce que el Estado pueda privar a alguien de su ciudadanía, pero que ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo.

Pero, ¿Donde surge el concepto del enemigo? ¿Cuál fue su primera caracterización?

Encontramos su origen en el derecho romano, que luego fue reformulado por Carl Schmitt⁷⁶ en la teoría política, al distinguirse entre *inimicus* y el *hostis*. El primer término alude al enemigo personal, y el segundo al enemigo político o la realización extrema de la hostilidad debido a la posibilidad latente de la guerra.

Por ello, el *hostis* era considerado el extranjero, el extraño, era el que carecía de derechos en absoluto, porque estaba fuera de la comunidad.

Según ZAFFARONI⁷⁷ “del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las

⁷³ ZAFFARONI, Ob. Cit., pág. 16.

⁷⁴ ZAFFARONI, Ob. Cit., pág. 18.

⁷⁵ Cfr. MARTÍN, Luis Gracia, Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘Derecho Penal del Enemigo’, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/redpc>.

⁷⁶ Véase SCHMITT, Carl, El concepto de lo político, Ediciones Folios, México, 1985. En ZAFFARONI, Ob. Cit., pág. 22.

⁷⁷ ZAFFARONI, Ob. Cit., págs. 22 y sgtes.

subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del *hostis alienígena* – al que en escasa pero alguna medida protegía el *jus gentium* – y (b) la del *hostis judicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la *auctoritas* del senado, que era un poder excepcional: ‘en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo *hostis*, enemigo público’⁷⁸.”

Creemos, al igual que ZAFFARONI⁷⁹, que el enemigo no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico penal sino que ha sufrido un proceso de transformación y adecuación a las necesidades político criminales.

Lo que aquí interesa para el análisis es la segunda de estas figuras, el *hostis judicatus*, ya que el enemigo declarado configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder.

La institución del *hostis judicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos.

Y esta distinción es importante a la hora de comprender al hombre como simple ser viviente y al hombre como ciudadano.

En el primer caso, se nos presenta el hombre como individuo biológico; en el segundo, la vida del hombre contiene atributos adicionales de carácter jurídico – políticos.

AGAMBEN explica con claridad que: “Los griegos no disponían de un término único para expresar lo que nosotros entendemos con la palabra vida”⁸⁰. Llamaban *zoe* al simple hecho de vivir – común a todos los seres vivos

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción, pág. 146, Buenos Aires, 2004. En: ZAFFARONI, Ob. Cit., pág. 23.

⁷⁹ Al respecto, este autor ha manifestado que: “Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de los juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal”. ZAFFARONI, Ob. Cit., pág. 24.

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio, *HOMO SACER I*, pág. 9.

(animales, hombres y dioses) – y *bios*, que indicaba la forma o manera de vivir propia de un individuo o un grupo.

Este autor, citando a Platón en Filebo, menciona tres géneros de vida y Aristóteles, en la *Ética Nicomáquea*, distingue la vida contemplativa del filósofo (*bios teoréticos*) de la vida de placer (*bios apolaustikos*) y de la vida política (*bios políticos*), ninguno de los dos habría podido utilizar el término *zoe* por el simple hecho de que para ellos no se trataba en modo alguno de la simple vida natural, sino de una vida cualificada, de un modo de vida singular.

En el mundo clásico, la simple vida natural es excluida del ámbito de la *polis* en sentido propio y queda confinada en exclusiva, como mera vida reproductiva, en el ámbito del *oikos*. Por ello, cuando en un pasaje define el fin de la comunidad perfecta, lo hace precisamente oponiendo el simple hecho de vivir a la vida políticamente cualificada.

Es cierto que Aristóteles define al hombre como *polítikon zoon*. Sin embargo, político no es un atributo del viviente como tal, sino una diferencia específica que determina el género *zoon*, porque se funda, por medio de un suplemento de politicidad ligado al lenguaje, sobre una comunidad de bien y de mal, de justo y de injusto, y no simplemente de placentero y de doloroso.

FOUCAULT, se refiere a esta definición, en la cual sintetiza el proceso a través del cual, en los umbrales de la vida moderna, la vida natural empieza a ser incluida, por el contrario, en los mecanismos y los cálculos del poder estatal y la política se transforma en biopolítica: “Durante milenios el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles un animal viviente y además capaz de una existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente”⁸¹.

Según FOUCAULT, el **umbral de modernidad biológica** de una sociedad se sitúa en el punto en que la especie y el individuo, en cuanto a simple cuerpo viviente, se convierte en el objetivo de sus estrategias políticas.

Pone de manifiesto el paso del Estado territorial al Estado de población, y al consiguiente aumento vertiginoso de la importancia de la vida

⁸¹ FOUCAULT, Michel, *Historia de la Sexualidad, La voluntad de saber*, pág. 173, Ed. Siglo Veintiuno, 25ª Ed., México, 1998.

biológica y de la salud de la nación como problema específico del poder soberano.

Así, FOUCAULT subraya que: “El resultado de ello, es una suerte de animalización del hombre llevada a cabo por medio de las más refinadas técnicas políticas. Aparecen entonces, en la historia, tanto la multiplicación de las posibilidades de las ciencias humanas y sociales, como la simultánea posibilidad de proteger la vida y de autorizar el holocausto. En particular, el desarrollo y el triunfo del capitalismo no habrían sido posibles, en esta perspectiva, sin el control disciplinario llevado a cabo por el nuevo bio-poder que ha creado, por así decirlo, a través de una serie de tecnologías adecuadas, los **cuerpos dóciles** que le eran necesarios”⁸².

A este respecto, ARENDT había analizado, en *La condición humana*⁸³, el proceso que conduce al *homo laborans*, y con él a la vida biológica como tal, a ocupar progresivamente el centro de la escena política del mundo moderno.

Además atribuía precisamente a este primado de la vida natural sobre la acción política la transformación y la decadencia del espacio público en las sociedades modernas.

En este sentido, AGAMBEN le critica a ARENDT que no establezca conexión alguna con los penetrantes análisis que había dedicado con anterioridad al poder totalitario (en los que les falta por completo la perspectiva biopolítica), como la circunstancia, no menos singular, de que FOUCAULT no haya trasladado nunca su investigación a los lugares por excelencia de la biopolítica moderna: el campo de concentración y la estructura de los grandes estados totalitarios.

Es justamente el ingreso de la *zoe* en la esfera de la *polis*, la politización de la nuda vida como tal, lo que para AGAMBEN constituye el acontecimiento decisivo de la modernidad, marcando una transformación radical de las categorías político-filosóficas del pensamiento clásico.

⁸² FOUCAULT, Michel, *Escritos y Refranes*, Vol. II, pág. 719, Paris, 1994. En AGAMBEN, Giorgio, *Ob. Cit.*, pág. 11.

⁸³ ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Ed. Paidós, 1ª Ed., 4ª Reimpresión, Buenos Aires, 2008.

Toma de FOUCAULT el decidido abandono del enfoque tradicional del problema del poder, a favor de un análisis no convencional de los modos concretos en que el poder penetra en el cuerpo mismo de los sujetos y en sus formas de vida.

Este análisis tiene dos directrices de investigación: el estudio de las técnicas políticas – como la ciencia de la policía – por medio de las cuales el Estado asume e integra en su seno el cuidado de la vida natural de los individuos y el de las tecnologías del yo, mediante las que se efectúa el proceso de subjetivación que lleva al individuo a vincularse a la propia identidad y a la propia conciencia y, al mismo tiempo, a un poder de control exterior.

Para FOUCAULT, el estado moderno ha integrado en una medida sin precedentes técnicas de individualización subjetivas y procedimientos de totalización objetivos, y habla de un auténtico **doble vínculo político**, constituido por la individualización y por la simultánea totalización de las estructuras del poder moderno.

Como vimos, la utilización de sustancias psicoactivas por parte del hombre es conocida desde antiguo con distintas finalidades. Sin embargo, cabe preguntarse ¿Cuál es el origen de la intervención de las políticas gubernamentales sobre la vida de una persona? ¿De qué modo se habilita al brazo represivo del estado a avanzar sobre la persona convirtiéndola en el enemigo? ¿No es acaso el valor vida, uno de los principios irrenunciables del Estado de Derecho y de la Democracia?

La investigación de AGAMBEN se refiere precisamente a ese punto oculto en que confluyen el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico del poder.

Uno de los posibles resultados que arroja es que esos dos análisis no pueden separarse y que las implicaciones de la nuda vida en la esfera política constituyen el núcleo originario – aunque oculto – del poder soberano⁸⁴.

⁸⁴ AGAMBEN, *HOMO SACER I*, pág. 14 y sgtes. “Se puede decir incluso, que la producción de un cuerpo biopolítico es la aportación original del poder soberano. La biopolítica es, en este sentido, tan antigua al menos como la excepción soberana. Al situar la vida biológica en el centro de sus cálculos, el Estado moderno no hace, en consecuencia, otra cosa que volver a sacar a la luz el vínculo secreto que une el poder con la nuda vida, reanudando así el más inmemorial de los *arcana imperio*”. Al respecto puede consultarse también, FOUCAULT, Michel, Seguridad, Territorio y Población, y, Nacimiento de la Biopolítica, Ed. Fondo de Cultura Económica.

La **nuda vida**, para AGAMBEN, es la vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez insacrificable en el *homo sacer*, cuya función esencial en la política moderna ha pretendido reivindicar⁸⁵.

Para este autor, corrigiendo la tesis foucaultiana, lo decisivo es, el hecho de que, en paralelo al proceso en virtud del cual la excepción se convierte en regla, el espacio de la nuda vida que estaba situada originariamente al margen del orden jurídico, va coincidiendo de manera progresiva con el espacio político, de forma que exclusión e inclusión, externo e interno, *bíos* y *zoe*, derecho y hecho, entran en una zona de irreducible indiferenciación.

“El estado de excepción, en el que la nuda vida era, a la vez, excluida del orden jurídico y apresado en él, constituía en verdad, en su separación misma, el fundamento oculto sobre el que reposaba todo sistema político. Cuando sus fronteras se desvanecen y se hacen indeterminadas, la nuda vida que allí habitaba queda liberada en la ciudad y pasa a ser a la vez el sujeto y el objeto del ordenamiento político y de sus conflictos, el lugar único tanto de la organización del poder estatal como de la emancipación de él. Todo sucede como si, al mismo tiempo que el proceso disciplinario por medio del cual el poder estatal hace del hombre en cuanto ser vivo el propio objeto específico, se hubiera puesto en marcha otro proceso que coincide grosso modo con el nacimiento de la democracia moderna, en el que el hombre en su condición de viviente ya no se presenta como objeto, sino como sujeto del poder político”⁸⁶.

Según él, la decadencia de la democracia moderna y su progresiva convergencia con los Estados totalitarios en las sociedades posdemocráticas dan lugar a esta aporía, en sus términos ‘el cuerpo del hombre sagrado con su doble soberano’⁸⁷, su vida insacrificable y, sin embargo, expuesta a que cualquiera se la quite’.

⁸⁵ Véase, AGAMBEN, Ob. Cit., Nota I, pág. 221 y sgtes.

⁸⁶ AGAMBEN, Ob. Cit., pág. 17 y sgtes.

⁸⁷ AGAMBEN, Ob. Cit., pág. 20 y sgtes. “La definición schmittiana de la soberanía (<<soberano es el que decide sobre el estado de excepción>>) se ha convertido en un lugar común, antes incluso de que se haya comprendido qué es lo que en esa definición estaba verdaderamente en juego, o sea, nada menos que el concepto límite de la doctrina del Estado y del Derecho, en que ésta limita con la esfera de la vida y se confunde con ella”.

Las declaraciones de derechos⁸⁸ representan la figura originaria de la inscripción de la vida natural en el orden jurídico – político del Estado Nación. Esa nuda vida natural que, en el Antiguo Régimen, era políticamente indiferente y pertenecía, en tanto que vida creatural, a Dios, y en el mundo clásico se distinguía claramente en su condición de *zoe* de la vida política – *bios* – pasa ahora al primer plano de la estructura del Estado y se convierte incluso en el fundamento terreno de su legitimidad y de su soberanía.

A partir de la Primera Guerra Mundial, el nexo nacimiento – nación, con la aparición de los refugiados, ya no está realmente en condiciones de cumplir su función legitimadora en el seno del Estado – nación, porque, al romper la continuidad entre el hombre y ciudadano, entre nacimiento y nacionalidad, ponen en crisis la ficción originaria de la soberanía moderna. Esta figura, hace comparecer por un momento en la escena política de la nuda vida que constituye el presupuesto secreto de ella.

La excepción así planteada, pasó a ser parte del nacional socialismo y su plan de genocidio al pueblo judío en los campos de concentración, el pueblo judío encarnó al *homo sacer*⁸⁹.

⁸⁸ AGAMBEN, Ob. Cit., pág . 156 y sgtes. “El primer registro de la nuda vida como nuevo sujeto político esta yá implícito en el Writ de Hábeas Corpus de 1679”.

⁸⁹ AGAMBEN, Ob. Cit., pág . 205 y sgtes. *Homo Sacer*: Significado político del término pueblo indica en un mismo término, tanto al sujeto político constitutivo como a la clase que, de hecho si no de derecho, está excluida de la política. Pueblo es un concepto polar, que indica un doble movimiento y una compleja relación entre dos extremos. Pero esto significa, también, que la constitución de la especie humana en un cuerpo político se realiza por medio de una escisión fundamental y que, en el concepto “pueblo” podemos reconocer sin dificultades las parejas categoriales que definen la estructura política original: nuda vida (pueblo) y existencia política (pueblo), exclusión e inclusión, *zoe* y *bíos*. Si el pueblo contiene necesariamente en su interior la fractura biopolítica central, será entonces posible leer de una manera nueva algunas páginas decisivas de nuestro siglo. En esta perspectiva, nuestro tiempo no es otra cosa que el intento de colmar la escisión que divide al pueblo y de poner término en forma radical a la existencia de un pueblo de excluidos, de producir un pueblo uno e indiviso. El exterminio de los judíos en la Alemania nazi adquiere, a esta luz, un significado radicalmente nuevo. En cuanto pueblo que rechaza integrarse en el cuerpo político nacional, los judíos son los representantes por excelencia y casi el símbolo viviente del pueblo, de esa nuda vida que la modernidad necesariamente en su interior, pero cuya presencia no consigue tolerar en modo alguno. La biopolítica moderna está regida por el principio según el cual <<allí donde hay nuda vida, debe advenir un pueblo>>, a condición, empero, de añadir inmediatamente que este principio vale también en la fórmula inversa, que establece que <<allí donde hay un Pueblo, debe advenir la nuda vida>>. La fractura que se creía haber colmado eliminando al pueblo – a los judíos que son su símbolo-, se reproduce así nuevamente, transformando a todo el pueblo alemán en vida sacra consagrada a la muerte y en un cuerpo biológico que debe ser infinitamente purificado. Y de manera diversa, pero análoga, hoy el proyecto democrático-capitalista de poner fin, por medio del desarrollo, a la existencia de clases pobres, no sólo reproduce en su propio seno el pueblo de los excluidos, sino que transforma en nuda vida a todas las poblaciones del Tercer Mundo.

Es en este sentido, que AGAMBEN afirma: “En la biopolítica nacionalsocialista debe advertirse que implica la desaparición de la distinción entre el término policía y política: la policía se hace ahora política y el cuidado de la vida coincide con la lucha contra el enemigo. La revolución nacionalsocialista – se lee en Estado y Salud – quiere apelar a las fuerzas que tienden a la exclusión de los factores de degeneración biológica y al mantenimiento de la salud del conjunto del pueblo y eliminar las influencias nocivas para el completo desarrollo biológico de la nación”⁹⁰.

A pesar de haber aprendido de esta horrorosa experiencia, las pulsiones del Estado de Policía siguen latentes en nuestras democracias. Y se presenta como manifiesta contradicción con el Estado de Derecho.

Si el valor principal de toda política es la vida, y como señaláramos con anterioridad, si el hombre no puede ser medio para un fin último, cabe afirmar que la utilización de estrategia del uso de la violencia por parte del Estado negando los derechos de las personas abre paso al terreno de la excepción.

Incluso si pensamos, la política criminal de las drogas en términos biopolíticos, podemos ver con claridad que el denominado ‘derecho penal del enemigo’ no es otra cosa que el avance del estado de excepción.

El estado de excepción no es sino la otra cara de la selectividad del sistema penal⁹¹. Es la demostración más clara del incluido y el excluido.

⁹⁰ AGAMBEN, Ob. Cit., pág . 186 y sgtes.

⁹¹ “La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática (sobre personas sin poder y por hechos burdos y hasta insignificantes), provoca una distribución selectiva en forma de epidemia, que alcanza sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria, porque a) sus personales características encuadran en estereotipos criminales, b) su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección; y c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, con lo que su comportamiento termina correspondiendo al mismo (la profecía que se autorrealiza). En definitiva, las agencias acaban seleccionando a quienes transitan por los espacios públicos con divisa de delincuentes, ofreciéndose a la criminalización – mediante sus obras toscas – como inagotable material de ésta. En la sociedad tiene lugar un entrenamiento diferencial, conforme al grupo de pertenencia, que desarrolla habilidades distintas según la extracción y posición social (clase, profesión, nacionalidad, origen étnico, lugar de residencia, escolaridad, etc.) cuando una persona comete un delito utiliza los recursos que le proporciona el entrenamiento al que ha sido sometida. Cuando estos recursos son elementales o primitivos, el delito no puede menos que ser grosero (obra tosca). El estereotipo criminal se compone de caracteres que corresponden a personas en posición social desventajosa – y por lo tanto, con entrenamiento primitivo -, cuyos eventuales delitos, por lo general, sólo pueden ser obras toscas, lo que no hace más que reforzar los prejuicios racistas y clasistas, en la medida en que

El status del consumidor de drogas, es un claro ejemplo de exclusión política por la ilegalidad de una conducta que no daña a terceros. Resulta paradójal que la droga como mercancía que está dentro de la lógica del mercado, su obtención para consumo esté fuera de la ley.

En esta línea argumentativa, en el supuesto que el consumidor es atrapado por el sistema penal, pasa a ser el *hostis iudicatus*, el *homo sacer*.

Y en su calidad de enemigo de la sociedad queda sólo con su nuda vida frente al Estado por su elección de vida, por su personalidad disidente pero a la vez, por la introyección de la lógica de mercado: consumir.

Justamente esta es la propuesta del ‘derecho penal del enemigo’, el trato diferencial que se le procura al disidente, al que no se adecua a los valores de la sociedad post-industrial, que por cierto es una sociedad de consumidores por sobre todo.

No es casual que FOUCAULT mencione la transfiguración de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control. En la primera se crean y aplican los dispositivos para enmendar al anormal, al desviado; en la segunda, la aplicación de las tecnologías de vigilancia del peligroso.

Así, la intervención gubernamental habilita el poder punitivo en contra del excluido – en la negación de su faz política –, invocando bienes jurídicos abstractos como la salud pública, el orden público y seguridad, porque ya no pertenece más al cuerpo de la sociedad por peligroso.

El delito de tenencia de estupefacientes configura un universo donde el castigo a esta conducta es la expresión máxima del poder del Estado, la afirmación de la moralina colectiva y una reafirmación de la cultura hegemónica.

la comunicación oculta el resto de los ilícitos que son cometidos por otras personas en forma menos grosera o muy sofisticada, y muestra obras toscas como los únicos delitos. Esto provoca la impresión pública de que la delincuencia es sólo de los sectores subalternos de la sociedad. Si bien no cabe duda que es menester luchar contra la pobreza, la deficiente educación y asistencia sanitaria, etc., sería absurdo pretender que con ello se cancelan las supuestas causas del delito, cuando en realidad la criminalización de los estratos sociales carenciados en nada altera el inmenso océano de ilícitos de los segmentos hegemónicos, practicados con mayor refinamiento y casi absolutamente impunes”. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Ob. Cit., pág. 10.

Colofón

Una y otra vez, vemos que el proceso histórico marca las transformaciones sociales en términos agonales. El derecho no es ajeno a esta característica, como herramienta para el control social del poder hegemónico.

Desde su nacimiento, los derechos humanos han sido pensados como una construcción abarcadora del nuevo sujeto de la modernidad pero con vocación universalizante, ante las deficiencias demostradas por los Estados Nación de brindar protección a las minorías.

La Segunda Guerra Mundial nos legó una conciencia activa sobre el valor de la vida y la dignidad del hombre a partir de su negación, pero también la necesidad de estar alertas sobre la pulsión del avance del Estado de Policía en las democracias postmodernas.

Como hemos analizado, estas pulsiones pueden ser caracterizadas en los fenómenos del expansionismo del derecho penal como tendencia hacia un derecho penal simbólico, en el que la política criminal internacional persigue el objetivo de dar la impresión tranquilizadora pero a la vez, el resurgimiento del *punitivismo* como alternativa penal de solución de conflictos y/o agravación desmedida de las penas.

En estos términos, los juristas hoy discuten sobre lo que denominan el derecho penal del enemigo, que no es más que la forma solapada del derecho penal de autor, en el que, el adelantamiento de la punibilidad, las penas desproporcionadas y altas y la supresión o relativización de las garantías procesales, son justificadas a las necesidades político criminales de castigo a los delitos vinculados al narcotráfico, terrorismo y crimen organizado trasnacional.

Este discurso del enemigo, del tratamiento diferencial a la persona peligrosa, no es ningún derecho, ni es aplicable en ningún Estado que se precie de democrático, porque en la racionalización de su contenido no sólo se niega la condición de ciudadano sino su dignidad humana como condición inherente a ser persona.

Hace aproximadamente medio siglo que se discute en el mundo la estrategia de lucha contra las drogas, pero en todas las regiones y países se reconoce su fracaso.

La droga como mercancía no deja de estar dentro de la lógica del mercado y bajo sus reglas, pero fuera de la ley. Por ello, el discurso hegemónico señala su preocupación por la economía y le añade un componente habilitante para el control social, la seguridad.

El consumidor, en el mercado globalizado, es percibido como cómplice del delincuente por su conducción de vida y la supuesta afectación a la salud mundial. De esta manera se construye el sujeto objeto de persecución, el enemigo global.

Argentina no es ajena a las presiones internacionales de lucha contra la droga, así, y desde 1989, rige la Ley N° 23.737 que comprende el control de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica.

En este régimen legal, se prevé la criminalización de las personas que tengan en su poder estupefacientes para el consumo personal. Paradojalmente, se señala que no se pune el consumo pero si la tenencia; siendo éste un delito de peligro, es claro, que nos encontramos ante una anticipación punitiva.

En Agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo 'Arriola' en el que declaró inconstitucional el artículo referido al mentado delito con fundamento en la violación del artículo 19 de la Constitución Nacional, volviendo a la doctrina del fallo 'Bazterrica' de 1986.

Este fallo es de particular importancia porque pone en cuestión la utilización de bienes jurídicos colectivos – orden público, salud pública – como fundamento del avance sobre los derechos de la persona aplicando a *contrario sensu* el principio *pro homine*.

En él queda clara la discusión sobre la vigencia y validez de las normas que no cumplen con las finalidades declaradas, los efectos simbólicos de utilizar al consumidor como técnica de investigación a la luz del fracaso de la estrategia de lucha contra las drogas.

En este sentido, la Corte reconoce que la actual legislación favorece la revictimización de los consumidores en base a la supuesta peligrosidad.

Y, al mismo tiempo, pone en entredicho el tratamiento que se les brinda: la pena o el tratamiento en adicciones, que lejos de ser una respuesta integral criminaliza a los consumidores.

Creemos que el reconocimiento de esta desigualdad política, al considerar a los consumidores como sujetos peligrosos, como enemigos de la sociedad, forma el caldo de cultivo del Estado de Excepción.

¿Qué resocialización es posible en este marco, si la selectividad del sistema penal hace necesario justamente educar al disidente los valores y forma de vida neoburguesa?

Con menor razón será posible si los consumidores son tratados como enemigos públicos, por constituir el primer actor en la cadena del narcotráfico contra el cual el Estado está en guerra.

Creemos que el actual régimen legal del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal tiene una raigambre autoritaria, se lo castiga por su conducción de vida, y sus derechos y garantías son relativizados, análisis que es propio del discurso del 'derecho penal del enemigo'.

De esta manera, hemos caracterizado al mal llamado derecho penal del enemigo como un discurso contra los derechos humanos que opera habilitando mayor poder punitivo independientemente de la lesión o del daño realmente inferido.

La construcción del sujeto peligroso, del enemigo, trasciende las barreras jurídicas y sólo puede pensarse en términos políticos, del excluido.

Por ello, el 'derecho penal del enemigo' significa el avance del estado de excepción, y para ello se vale de la selectividad del sistema penal, que no es más que la otra cara del Estado de Excepción. Es la demostración más clara del incluido y el excluido.

La propuesta de análisis en términos agambeanos, justamente nos permite dar ese salto cualitativo, ver el punto en que confluyen el modelo jurídico – institucional y el modelo biopolítico de poder.

El status del consumidor de drogas, es un claro ejemplo de exclusión política por la ilegalidad de una conducta que no daña a terceros.

Su criminalización lo convierte en el *hostis iudicatus*, en el *homo sacer*, y en su calidad de enemigo de la sociedad, queda sólo con su *nuda vida* frente al Estado por su elección de vida, por su personalidad disidente pero a la vez, por la introyección de la lógica globalizada del mercado: consumir.

Bibliografía consultada

AGAMBEN, Giorgio, *HOMO SACER I, El poder soberano y la nuda vida*, Ed. Nacional, 1ª Ed., Madrid, 2002.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer II, Primera Parte, Estado de Excepción*, Trad. Antonio Gimeno Cuspina, Editora Nacional, Madrid, 2002.

APONTE CARDONA, Alejandro, *Guerra y Derecho Penal del enemigo*, Ed. AD-HOC, 2ª Ed., 2008.

ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Ed. Paidós, 1ª Ed., 4ª Reimpresión, Buenos Aires, 2008.

ARENDT, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Ed. Taurus.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo Veintiuno, 6ª Ed., México, 2000.

CANCIO MELIA, Manuel, *¿Derecho Penal del Enemigo?*, Trabajo publicado en: Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf.

CIDH, Serie C N° 126, *caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005.

DIEZ REPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la Pena*; Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, pág. 392 y sgtes., Ed. Ariel, 1999, Barcelona.

ESCOHOTADO, Antonio, *Historia General de las Drogas, incluyendo el apéndice Fenomenología de las Drogas*, Ed. Espasa, Madrid, 2002.

ESPINOSA TORRES, María del Pilar, *El derecho penal del enemigo*. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espিনosa11.pdf>

Fallos CSJN: 300:254) Disponible en: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.htm

Fallos CSJN: 308:1392 Disponible en: http://www.infoarda.org.ar/fallo_bazterrica.htm

Fallos CSJN: 313:1333 Disponible en: http://www.infoarda.org.ar/fallo_montalvo.htm.

Fallo CSJN A.891.XLIV Disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp

FOUCAULT, Michel, *Escritos y Refranes*, Vol. II, pág. 719, Paris, 1994. En AGAMBEN, Giorgio, *HOMO SACER I*.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la Sexualidad, La voluntad de saber*, Ed. Siglo Veintiuno, 25ª Ed., México, 1998.

FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la Biopolítica*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

FOUCAULT, Michel, *Seguridad, Territorio y Población*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

GARCIA-PABLOS de MOLINA, Antonio, *La supuesta función resocializadora del derecho penal*. En: SAENZ ROJAS, Mario A., *El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*. Revista de Ciencias Sociales (Cr.), Vol. I, Núm. 115, 2007, págs.. 125-136. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/153/15311510.pdf>

GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*. Un estudio de la teoría social, Ed. Siglo Veintiuno, 2ª Ed., México, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el Derecho Penal del enemigo*, Ed. Tirant Lo Blanch S.L., 1ª Ed., 1ª Reimpresión, 2005.

HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, en Varios Autores "Pena y Estado", Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36. Artículo disponible en internet: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemmer-2/>

HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno*. En: DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El Delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Ediciones Civitas, 1ª Ed., Madrid, 2003.

MARTÍN, Luis Gracia, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del 'Derecho Penal del Enemigo'*, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/redpc>.

MOLLO, Juan Pablo, *Al margen de la ley y dentro del mercado. Reflexiones en torno a la despenalización de la droga*. Disponible en Derecho Penal Online: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,303,0,0,1,0>.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Hammurabi, 2ª Ed., 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *La resocialización: análisis y crítica de un mito*. En MIR PUIG, Santiago (Ed.), *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, págs.131-154, Temis, Bogotá, 1982.

Organización Mundial de la Salud, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ed. Solana e Hijos A.G., 1994, Madrid. Disponible en: http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf

Organización de Naciones Unidas, *Introducción a la Organización de Naciones Unidas*, Disponible en: <http://www.un.org/cyberschoolbus/bookstor/kits/spanish/unintro/unintro3.htm>

ONU, Informe Anual 2009, *Prevención Primaria del Uso Indebido de Drogas*. Disponible en: http://www.incb.org/pdf/annual-report/2009/es/AR_09_S_Chapter_I.pdf

PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación, Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Ed. Siglo Veintiuno, 7ª Ed., México, 1999.

POLAINO – ORTS, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Mediterránea, 1ª Ed., 2006.

RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono Sur*, 1ª. Ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985. En ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

SEDRONAR, *Centros de Procesamiento Ilícito de Estupefacientes en Argentina, Un análisis a partir de los casos judicializados*, Marzo 2011. Disponible en: <http://www.sedronar.gov.ar/images/novedades/biblioteca/centros%20de%20procesamiento%20il%C3%ADcito.pdf>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario Alberto, *El Rol del psicólogo criminológico en la institución carcelaria: una autocrítica*, Revista Costarricense de Psicología, junio/diciembre 1988, 12-13, pags. 47-55. En: SAENZ ROJAS, Mario A., *El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*. Revista de Ciencias Sociales (Cr.), Vol. I, Núm. 115, 2007, págs.. 125-136. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/153/15311510.pdf>

ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, 2ª Ed., Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZIZEK, Slavoj, *Contra los Derechos Humanos*, New Left Review 34, July – August, 2005.