

ESTADO DE DERECHO, SELECTIVIDAD PENAL Y TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

PARA CONSUMO PERSONAL

Por Ignacio Mahiques

I.- Introducción

En épocas donde se hacen escuchar cada vez más las voces de los que reclaman la despenalización de la tenencia de sustancias estupefacientes para consumo personal (art. 14, 2º Párr., Ley 23.737), sumándome a ellos, me propongo elaborar en las líneas que siguen algunas reflexiones críticas, desde una perspectiva político criminal respetuosa del Estado de derecho, en orden a los fundamentos que llevaron al legislador a calificar esa conducta como delictiva y, especialmente, a los efectos adversos generados a partir de su implementación en la dinámica social por las agencias *criminalizantes* del sistema penal.

Para analizar debidamente la “cuestión drogas” sería necesario hacer un desarrollo de la estrategia global en que se inspiran en general las legislaciones penales en esta materia, y de las serias objeciones que a ese diseño de política criminal se le han formulado desde las distintas disciplinas que se relacionan con esta concreta problemática.

Es decir que para criticar las actuales respuestas punitivas y proponer alternativas más beneficiosas, se debería elaborar un análisis integral del tema y, por lo tanto, comprensivo de todas las instancias en que se manifiesta el narcotráfico.

Sin embargo, dada la extraordinaria extensión del problema y la necesidad de acotar el objeto de este trabajo, me ocuparé aquí únicamente de examinar los aspectos que se vinculan al último eslabón de la cadena del tráfico de estupefacientes —los consumidores—, concentrando el abordaje, no en la perenne discusión acerca de si la punición de la tenencia para uso propio viola el principio de autonomía personal (art. 19, Const. Nac.), sino en la comprobación de que en una medida descomunal la persecución ha recaído sobre los usuarios, demostrando la ineficacia de la prohibición y exponiendo en su mayor intensidad la irracional y discriminatoria selectividad del sistema penal.

II.- La respuesta penal al problema de las drogas

El punto de partida del análisis, sobre el cual no se admiten mayores discusiones, es que los usos y consumos de drogas en los ámbitos urbanos engloban una realidad social compleja, caracterizada por diferentes dimensiones: cultural, antropológica, moral, farmacológica, sanitaria, jurídica y económica¹.

En este sentido, más allá de que muchos usuarios nunca pasan la barrera de ser meros experimentadores, los estupefacientes, sobre todo las sustancias con mayor potencialidad lesiva, son susceptibles de afectar la salud individual de aquellas personas que se ven comprometidas por su abuso y adicción y, por vía transitiva, de generar serios perjuicios en sus ámbitos familiares y sociales².

A los efectos de hacer frente a este problema, las agencias políticas entendieron que lo apropiado era implementar un régimen de prohibición absoluta de toda actividad relacionada con la producción, comercialización y consumo de estupefacientes; esto último, por cuanto para combatir el tráfico era necesario partir del usuario, involucrándolo en esta actividad, sancionando directa o indirectamente el consumo de drogas.

De la mano de las distintas convenciones internacionales en materia de estupefacientes, cuyo principal promotor resultó ser Estados Unidos –en función de ser uno de los países con más altos índices de consumo en su población–, gran parte de los países de Latinoamérica y del continente Europeo adscribieron a la política de “tolerancia cero”, lo que implicó instaurar normativamente una política de control total del ciclo de la droga³.

El movimiento jurídico internacional, fuertemente liderado por Estados Unidos y muy centrado en las drogas procedentes de los países del tercer mundo, surgió fundamentalmente a partir de la Comisión Internacional del Opio de Shanghai (1909) y encontró su primera traducción en el Convenio de La Haya del 23 de enero de 1912, siendo sus hitos principales el “Convenio sobre Represión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas”

¹ Documento oficial del comité científico asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja sobre los usuarios de drogas y las políticas para su abordaje. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Pág. 1.

² Mahiques, Carlos Alberto, “*Leyes Penales Especiales*”, Tomo I, Fabián Di Plácido Editor, pp. 70 y ss.

³ Vázquez Acuña, Martín E., “*Uso de drogas, ley penal y derechos humanos*”, LL-1998-II, Págs. 896 y sstes.

(Ginebra, 1936), el “Convenio Único de Estupefacientes” (Nueva York, 1961) y su enmienda de 1972, el “Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971” (Nueva York) y la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas” (Viena, 1988)⁴.

Allí los países que suscribieron las distintas convenciones buscaron de manera exclusiva, como una única solución al problema de las drogas, al sistema penal, obligándose a tipificar como delito la posesión de estupefacientes para consumo personal⁵, aunque incluyendo, como alternativa de salida del ámbito penal, ciertas medidas de seguridad de carácter curativa y educativa respecto del usuario y tenedor de drogas.

De esta manera, el consumidor, constituido en el actor central dentro del diseño de estas políticas, fue encarnado por estereotipos asistenciales y criminales que lo llevaron de la enfermedad a la delincuencia y viceversa, sin que pudiera distinguirse si se trataba de un delincuente o de un enfermo⁶.

III.- Las consecuencias de criminalizar la tenencia de drogas para uso personal

Las reflexiones críticas que siguen deben enmarcarse en la idea de que el objeto de abordaje del derecho penal comprende no sólo el estudio de la norma penal –eje central del sistema desde nuestro campo de conocimientos–, sino también cómo se la fundamenta (valores jurídicos) y cuál es su funcionamiento real (las prácticas operativas estatales), para lograr de ese modo una visión abarcadora que permita ejercer una suerte de *falsación* de dichas normas a la luz del contenido de los principios y derechos fundamentales que en materia penal están consagrados en nuestra Constitución⁷.

En función de ello, analizando el delito que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no desde la dogmática tradicional, sino desde las perspectivas señaladas precedentemente –esto es *cómo se ha fundamentado* la norma y *cuál*

⁴ Vázquez Acuña, *Op. Cit.*

⁵ Cuesta Arismendi, “Las drogas en el Derecho Penal Internacional” en “Las drogas, reflexión multidisciplinaria”, Cuadernos de Extensión Universitaria, Bilbao, 1987.

⁶ Neuman, Elías, “Drogas, estereotipos y resultados de cuatro decenios de represión”, en “Volumen de Homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David”, Ed. Depalma, 2001.

ha sido su funcionamiento real—, será posible deducir que la política criminal prohibicionista bajo la cual se inspira aquella figura se ha construido sobre una apreciación sesgada de la realidad y que, por lo tanto, la punición de esa conducta se ha revelado contraproducente e ineficaz para resolver los problemas generados a partir de la irrupción de la droga en los ámbitos urbanos.

Asimismo, también se podrá observar que el diseño instaurado ha profundizado la irracional y discriminatoria selectividad ejercida desde las agencias del sistema penal, generando graves consecuencias en los tejidos sociales sobre los cuales ha recaído .

a) *La inutilidad de criminalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal*

La experiencia adquirida desde la vigencia de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y la evidencia de la incorrecta y sesgada formulación de la realidad de la que parte, permiten calificar a la norma como inútil y contraproducente en función de la falta de proporción entre los medios y los fines proclamados.

Según la percepción de los que sustentan la prohibición de la tenencia para propio consumo, la realidad en esta materia está caracterizada por cuatro elementos: a) la relación necesaria entre consumo de droga y dependencia (y la evolución necesaria desde la dependencia de las drogas blandas a las drogas duras); b) la pertenencia de los toxicómanos a una subcultura que no comparte el sentido de la realidad propio de la mayoría de los “normales”; c) el comportamiento asocial y delictivo de los drogodependientes, que los aísla de la vida productiva y los introduce en carreras criminales; d) el estado de enfermedad psicofísica de los drogodependientes y la irreversibilidad de la dependencia⁸.

Los que, partiendo de aquella visión, postulan la incriminación de la tenencia para uso propio, sostienen que (1) el castigo del consumo implicaría una reducción en la demanda y que por este medio indirecto se arruinaría el negocio del tráfico; (2) que el consumidor es la vía para descubrir el traficante, por lo menos a aquellos que son

⁷ Rafecas, Daniel Eduardo, *“Una aproximación al concepto de garantismo penal”*, en *“Lecciones y Ensayos”*, UBA, Tomo 80, 2004; con cita de Binder, Alberto: *“Política Criminal, de la formulación a la praxis”*, Ad Hoc, Bs. As., 1997.

⁸ Baratta, Alessandro, *“Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias”*, en *“Tráfico y consumo de drogas. Una visión alternativa”*, UNAM-ACATLAN, México, 1991.

protagonistas del llamado “tráfico hormiga”; (3) que el consumo de drogas constituye en sí mismo un hecho de alta peligrosidad, en razón de que puede generar la comisión de delitos; y (4) que existe una tendencia del “adicto” a compartir el uso, que respondería a razones de naturaleza psicológica y también de conveniencia, en razón de que de esa manera se facilitaría el propio abastecimiento⁹.

Los conocimientos científicos demuestran, no obstante, que esta percepción obedece a una construcción sesgada y apartada en gran medida de los datos que se desprenden de la observación de la realidad.

Así, en relación a lo que ocurre cuando se consumen drogas ilegales, los elementos que componen esa “realidad” representan más bien la excepción que la regla. En la actualidad, en una fase posterior a la “inicial”, la gran mayoría de los consumidores de drogas ilegales no es dependiente, no forma parte de una subcultura “desviada”, no es asocial ni criminal ni tampoco está enferma (hay muchísimas más enfermedades y muertes causadas por las drogas permitidas, como el alcohol y el tabaco); y por último, desde un punto de vista clínico y social, la drogodependencia se puede curar¹⁰.

A su vez, la propia aplicación de la ley que reprime a quien tiene estupefacientes para propio uso ha revelado que la demanda no sólo no se redujo sino que aumentó, que no se ha podido llegar al narcotraficante, que los recursos se agotan en la selectiva persecución y estigmatización de quien consume estupefacientes y que toda esta construcción se erige como un obstáculo para disminuir las consecuencias nocivas para la salud del consumo de estupefacientes.

Con razón se ha afirmado que la legislación prohibicionista aparece más bien como una legislación “simbólica”, en el sentido de ilusión represiva, como si la mera existencia de una ley que prohíba el uso o tenencia conllevaría en sí misma la eliminación del uso de drogas¹¹.

De esta manera, la asunción de esa ineficacia y la deconstrucción de la “realidad” delineada en torno a la problemática relativa a las drogas, permite observar una dimensión distinta del problema y advertir que la norma penal cuestionada así como su

⁹ CSJN, *in re* “Montalvo, Ernesto Alfredo P. S.A. Infracción Ley 20.771, Rta. 11/12/1990”

¹⁰ Baratta, *Op. Cit.*

justificación parten efectivamente de una visión sesgada del problema e impiden advertir las consecuencias nocivas de su aplicación en materia del derecho de acceso a la salud¹².

Se ha visto el modo en que la respuesta penal o el tratamiento compulsivo, al etiquetar a quien usa estupefacientes como "delincuente" o "enfermo" obstruye seriamente cualquier intervención en materia de prevención y asistencia, haciéndolos más vulnerables. Asimismo, condiciona el contacto de los usuarios con centros sanitarios, a los que se identifica con las agencias represivas y de ese modo se coarta la posibilidad de que accedan a los tratamientos que deseen realizar y a la información acerca de cómo prevenir enfermedades tales como el HIV, hepatitis, etc. Por otro lado, la negativa de aplicar soluciones de reducción de daños bajo el entendimiento de que el reparto de jeringas descartables, sustitutos de estupefacientes o de éstos últimos en menor medida contribuye a fomentar el delito, provoca la imposibilidad de educar y prevenir enfermedades así como la de aplicar tratamientos eficientes que permitan asumir una relación responsable con los estupefacientes¹³.

Puede concluirse entonces que el fracaso del prohibicionismo, cuyas últimas pretensiones de "tolerancia cero", en cambio de cumplirse, han conducido a un mundo repleto de prisioneros por delitos de droga, principalmente consumidores, debe reorientar hacia políticas realistas y humanitarias, como la de la despenalización del consumo¹⁴.

De allí que, en los últimos años, a partir de la irrupción de este nuevo tipo de tendencias y políticas públicas, se esté buscado desmitificar la materia, erosionar paradigmas que se mostraron ineficaces, entrelazar circunstancias ocultas tras la represión del fenómeno y contar con un campo empírico más informado con el fin de ofrecer otro enfoque del problema¹⁵.

¹¹ Slapak, Sara; Grigoravicius, Marcelo, "Consumo de drogas: la construcción de un problema social", publicado en <http://www.scielo.org.ar/pdf/anuinv/v14/v14a23.pdf>

¹² CNCCF, Sala I, Causa N° 41.228, "V., D. J. y otro s/ sobreesimiento", 22/04/2008, voto del Dr. Farah.

¹³ Ídem anterior, con cita de Vázquez Acuña, "Uso de drogas, ley penal y derechos humanos" en LL-1998-II, ps. 896 y ssgtes; Touzé, Graciela y Rossi, Diana, "Derechos Humanos, Uso de Drogas y VIH/SIDA", en "Drogas, mejor hablar..." -p. 191 y ssgtes., y Gaviria Díaz, "Despenalización...").

¹⁴ Tocora López, Fernando, "Constituciones liberales y despenalización del consumo de drogas", publicado en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_25.pdf

¹⁵ Ver en este sentido el trabajo de González Zorrilla, "Drogas y control social" en "Poder y Control", N° 2, 1987, Ed. PPU.

b) La criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal como máxima expresión de la selectividad penal

En la aplicación del régimen penal de los estupefacientes, en particular de la figura que criminaliza la tenencia para el propio consumo, se puede observar con una notable claridad la proyección en la realidad de las elaboraciones sociológicas y criminológicas que, desde una perspectiva crítica, teorizan sobre el real funcionamiento del sistema penal.

Al respecto, el asunto puede encararse a partir de la descripción que expone Zaffaroni¹⁶, con cita de criminólogos críticos como Lola Aniyar de Castro y Alessandro Baratta, entre otros, acerca del modo en que operan y se articulan las distintas agencias del sistema penal, a partir de la intervención de éstas en las dos etapas en que se desarrolla el proceso selectivo de criminalización – primaria y secundaria –.

De acuerdo a esa corriente de pensamiento, las agencias de la criminalización secundaria – fundamentalmente las policiales –, dada su pequeña capacidad operativa frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda por la criminalización primaria, deben optar entre la inactividad o la selección; como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección.

En el caso específico de los estupefacientes, surge de la simple observación de la ley 23.737 la disparidad entre la amplia gama de conductas allí prohibidas que realmente acontecen en la realidad y las que llegan a conocimiento de las agencias del sistema por la vía de la selección criminalizante.

En este sentido, resulta de toda claridad que el proceso selectivo del sistema penal se incrementa con intensidad en el ámbito de la criminalización secundaria en materia de estupefacientes, pues es allí donde se exponen de manera más evidente sus principales características, esto es que “toda burocracia termina por olvidar sus metas y reemplazarlas por la reiteración ritual”, que, en función de ello, el sistema penal se vuelve “inoperante para cualquier otra selección”, que son captadas las “personas que causen menos problemas” y que a partir de esta lógica se proyecta un “estereotipo”.

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, EDIAR, Bs. As., 2002.

En efecto, los criminalizados no son los traficantes que obtienen las ganancias de lo que, sin dudas, constituye el negocio más redituable de la actualidad¹⁷, ni los usuarios de las clases más acomodadas, sino los experimentadores, adictos o pequeños traficantes – generalmente adictos– que pertenecen a los sectores más marginales y, por tanto, vulnerables de la sociedad¹⁸.

La situación de este grupo social es descripta con admirable lucidez por Tocora López¹⁹, cuando los define como “aquellos que deambulan por las calles de las megalópolis o de las ciudades inhóspitas e implacables; no los que consumen la droga en suntuosos departamentos de ciudades como Nueva York o París, ni los que la inhalan en las elegantes discotecas de las grandes ciudades, sino de aquellos trashumantes expulsados del sistema, aquellos que llegaron tarde al reparto de los bienes y de las prebendas”.

En ese sentido, destaca “la dualidad de la persecución penal: toda la represión penal en materia de drogas se ha desarrollado selectivamente, siempre recargándose sobre los eslabones más débiles de la cadena. En primer lugar ha acentuado la represión de los consumidores paliando la de los traficantes; dentro de estos ha privilegiado la persecución de los traficantes-consumidores, favoreciendo los traficantes-empresarios; y dentro de este grupo ha preferido perseguir a los pequeños traficantes (expendedores al menudeo, proveedores de barrio, etc.); y al interior de los traficantes mayores ha escogido perseguir a los menos poderosos, a los que menos vínculos tienen con el poder”.

“Y toda esta dualidad recorre la política práctica y real de la represión de las drogas. En los Estados Unidos por ejemplo se viene estudiando la disparidad en el trato de drogas como el crack y la cocaína, para denunciar que son más perseguidos los portadores de crack que los de cocaína. Ello revela discriminación sobre diferentes tipos de portadores, vehiculando una discriminación racial... En Colombia y en otros países andinos, se aprecia

¹⁷ García Vitor, Enrique..., *“Régimen Legal de los Estupefacientes. Política criminal y dogmática. Parte I*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2001.

¹⁸ Ver, en este sentido, el interesante trabajo realizado por Patricia A. G. Azzi y Natalia Eloisa Castro (“Los sospechosos de siempre”. “La selectividad policial en materia de ‘interceptaciones’ (detenciones) seguidas de requisas y secuestros en la vía pública por infracciones a la ley 23.737”), que forma parte del proyecto “El problema del delito en la ciudad de Mar del Plata. Una aproximación empírica en relación a su mensura y control”, del grupo de investigación “Crítica Penal”, aprobado por la Universidad Nacional de Mar del Plata (ciclo trienal 2001-2003).

¹⁹ Tocora López, *Op. Cit.*

un mayor peso en la persecución penal de los poseedores de basuco (base de coca — más barata y menos pura —) que la de los portadores de polvo de cocaína”.

“En esa dualidad salta la mayor: la guerra a la droga es una guerra racista. Los portadores de crack generalmente son afroamericanos mientras que los portadores de cocaína son jóvenes WASP. Las estadísticas de los propios organismos norteamericanos establecen ese acento racista que además no es solamente válido para el caso de la droga sino también para otros delitos. La tipificación de delitos contra la droga lo que ha hecho es potenciar el racismo del sistema penal. La Alianza para la Política de Drogas refiere que el 90 % de los encarcelados por drogas en Illinois son afroamericanos. Agrega que en el 2000, 58 de 259 jóvenes acusados de delitos de droga eran de color”.

“En cuanto al caso de países andinos productores de droga, la mayor persecución de la base de coca (sulfato de cocaína) revela una persecución socioeconómica, en la medida en que los consumidores de *basuco* son generalmente personas marginadas que no tienen capacidad de compra y adquieren el residuo del proceso de cristalización de la cocaína (clorhidrato de cocaína) por un precio mucho menor, pero también obteniendo una droga con mayores impurezas, que los expone a mayores riesgos. De todas maneras, aunque en países del mestizaje de los latinoamericanos el acento racista es un tanto menor que en los europeos y en Estados Unidos, igual se pueden apreciar diferencias raciales y socioeconómicas entre uno y otro tipo de consumidores”.

Este proceso lo describe también Anitua ²⁰, quien sostiene que la implementación en Estados Unidos de la “guerra a las drogas” —entendida como una forma de encontrar nuevos peligros, y con ellos nuevas necesidades de soluciones, representadas por burocracias especializadas—, fue la forma de seleccionar a determinados sujetos (negros, pobres, jóvenes) sin necesidad de que cometieran conductas tradicionalmente calificadas como delitos, evidenciando no sólo la exclusión practicada por las nuevas modalidades económicas, sino también las viejas y acendradas prácticas racistas de la sociedad estadounidense.

En ese sentido, apunta dicho autor que esa situación “se advierte en las proporciones raciales de los encarcelados en las prisiones estadounidenses, que no se

²⁰ Anitua, Gabriel Ignacio, “Historias de los pensamientos criminológicos”. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2010; Pág. 476/7

corresponde con las proporciones raciales de la sociedad en general. El 63 por ciento de los encarcelados pertenece a las minorías negras e hispanas, que no llegan al 25 por ciento de la población total. El incremento de encarcelamientos por tenencia o tráfico de sustancias ilegales afectó especialmente a la comunidad negra, ya que el 62,7 % de los encarcelados por delitos de drogas pertenecen a dicha minoría, llegando a sumar entre el 80 y 90 % en siete Estados. De acuerdo a los niveles actuales de encarcelamiento, un varón negro estadounidense recién nacido tiene una posibilidad entre cuatro de estar en prisión en algún momento de su vida”.

A partir de allí se ha construido un estereotipo según el cual el consumidor es un sujeto perteneciente a los sectores más pobres, que no comparte los valores de la mayoría y que posee un comportamiento asocial y delictivo que lo aísla de la vida productiva y lo introduce en carreras criminales, cuando la realidad indica que el consumo de drogas no es algo privativo de una clase determinada sino que alcanza a todos los sectores de la población.

De esta manera, equivocadamente, en forma de dogma, se asocia el consumo de drogas ilegales con la inseguridad ciudadana, la violencia, la juventud, la pobreza, el delito, el peligro económico, político, social y moral; generando en la sociedad un sentimiento de amenaza continua y de temor²¹.

En esta línea de pensamiento se encuentra Nils Christie, para quien “la guerra contra las drogas, en la práctica, ha abierto el camino para una guerra contra las personas percibidas como las cuotas menos útiles y potencialmente más peligrosas de la población...”²².

En otro orden de cosas, resulta fundamental tomar en consideración, por su influencia en la materia aquí tratada, otro de los puntos señalados por Zaffaroni, en cuanto a que la criminalización secundaria es casi un pretexto para que las agencias policiales ejerzan un formidable control configurador positivo de la vida social: su enorme abanico de actividades constituye un conjunto de atribuciones que pueden ejercerse de modo tan arbitrario como desregulado, y que proporcionan un poder muchísimo mayor y

²¹ Del Olmo, Rosa, “¿Prohibir o domesticar? Política de drogas en América Latina”. Ed. Nueva Sociedad, Caracas.

²² Christie, Nils, “El control sobre las drogas como una incursión a las condiciones totalitarias”, Cuadernos de Criminología N° 2, enero de 1994, Instituto de Criminología de Chile.

enormemente más significativo que el de la reducida criminalización secundaria. Sin duda que este poder configurador es el verdadero poder político del sistema penal.

Ciertamente, la facultad de detener a una persona por la sola razón de poseer pequeñas dosis de sustancias estupefacientes se traduce en un pretexto de las agencias policiales para ejercer, de modo discrecional, un “formidable control configurador de la vida social”, en forma similar al que se llevaba a cabo a través de los viejos edictos policiales que se mantuvieron en vigencia por muchos años o mediante el ejercicio de la facultad de detención por “averiguación de antecedentes”.

En efecto, por esa vía, sin necesidad de que se lleven a cabo conductas tradicionalmente calificadas como delitos, las agencias policiales cuentan con una herramienta eficaz para poder identificar, interrogar, detener y/o entrometerse de cualquier otra forma en la vida de quienes integran el enorme universo de posibles “autores” de ese delito –a la luz de los altos índices de consumo de drogas ilícitas en la población– y que, por alguna razón, despiertan el interés de aquellos que tienen la atribución de seleccionar la clientela del sistema penal.

Actualmente, es práctica corriente que el personal policial consigne en las actas de “interceptación” (detención) de personas en la vía pública seguidas de posterior requisita y secuestro de material estupefaciente, en las causas penales instruidas por infracción a la ley 23.737, con prescindencia de la habilitación judicial correspondiente, un “estado de sospecha”, motivador de tal proceder, sin explicitar objetivamente las razones que determinan la necesidad de tales medidas de coerción, cercenando –de ese modo– cuanto menos los derechos de los habitantes a: la libertad personal, la vida privada y la intimidad²³.

Por otro lado, las cifras oficiales sólo muestran los procedimientos que han tenido resultado positivo, mas son numerosos los casos en que el control ejercido no es formalizado a través de un sumario policial.

En definitiva, la criminalización de las toxicomanías es una de las tantas formas que encuentran las agencias policiales para controlar y seleccionar al socialmente diferente, al que no participa de los valores del grupo mayoritario, es decir a sujetos que a

²³ Azzi, Patricia..., *Op. Cit.*

lo largo del tiempo fueron identificados con algún tipo de desviación (vándalos, vagos, amenazantes, molestos, subversivos, pendencieros, peligrosos, problemáticos, indeseados, etc.); o, en otras palabras, para solucionar el problema de las “ventanas rotas” de la dinámica social²⁴.

De otro lado, la existencia de esta figura delictiva también es un elemento que puede contribuir al ejercicio de un “poder punitivo paralelo o subterráneo por parte de las agencias ejecutivas, que es independiente de todo cauce institucional programado, y que, conforme al discurso de la criminalización primaria, sería definido como criminal o delictivo”²⁵.

Ello es así en tanto la figura que criminaliza al simple tenedor de drogas, según los *fundamentos* y el *funcionamiento real* descritos en los párrafos precedentes, constituye una clara expresión de ese tipo de estructuras autoritarias que, en todas las sociedades históricas, han pugnado para conservar y reforzar el ejercicio de un poder vertical arbitrario en perjuicio del efectivo goce de los derechos individuales.

En función de lo expuesto, en el contexto de tensión y lucha permanente entre Estado de policía y Estado de derecho existente en todas las sociedades que institucionalizan el poder, la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal debe ser leída como un capítulo del modelo de Estado policía que sobrevive dentro del Estado de derecho.

IV.- Conclusiones

La conclusión a la que corresponde arribar es que la norma que criminaliza la tenencia de estupefacientes para el propio consumo no encuentra en la actualidad ningún

²⁴ Según la metáfora de las “ventanas rotas”, si una ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas serán rotas pronto porque una ventana sin reparar es señal de que a nadie le preocupa, y por lo tanto romper más ventanas no tiene costo alguno. Un edificio con todas sus ventanas rotas traduce la idea de que a nadie le importa lo que pasa en las calles, y pronto otros edificios serán dañados. Ello tendrá efectos negativos pues “sólo los jóvenes, los criminales, o los temerarios tienen algún negocio en una avenida sin protección, y por lo tanto más y más ciudadanos abandonarán la calle”. Por eso, la finalidad de la policía sería combatir las conductas desordenadas o antisociales como el vagabundeo, la mendicidad, la prostitución, etc., pues ellas serían la “ventana rota” que luego daría lugar a conductas más graves. De aquella teoría de las “ventanas rotas” se derivaría la técnica de policía intensiva conocida como “tolerancia cero”. Confr. Anitua, *Op. Cit.*, Pág. 489/490.

²⁵ Zaffaroni, *Op. Cit.* Pág. 14.

argumento válido que justifique su existencia a la luz de los principios del Estado constitucional de derecho.

Concretamente, porque el diseño político criminal que introduce al usuario de drogas ilícitas dentro del universo prohibitivo, al estar basado en una apreciación sesgada de la realidad, se propone objetivos para proteger el bien jurídico –disminución del consumo y acceso al narcotraficante– que no pueden ser ni siquiera remotamente alcanzados por esa vía; agudiza la irracional y discriminatoria selectividad ejercida por las agencias ejecutivas del sistema penal; posibilita el avasallamiento arbitrario de las libertades personales de los más vulnerables; e impide, por la utilización equivocada de los recursos, el acceso de los sectores afectados por las adicciones a los centros de salud asistencial.

Derivación de ello es que, en el marco de un respeto irrestricto de los principios constitucionales en que se inspira el modelo garantista del derecho penal, la figura delictiva aquí cuestionada (art. 14, 2º Párr., Ley 23.737) debería ser definitivamente suprimida del catálogo represivo.

En este sentido, el fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁶, el documento oficial emitido por el “Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancia Psicotrópicas y Criminalidad Compleja sobre los Usuarios de Drogas y Políticas para su Abordaje”²⁷ y el consiguiente debate que, con esa orientación, debe necesariamente desarrollarse en el Congreso de la Nación, constituyen los cimientos sobre los cuales deberá edificarse una nueva legislación en materia de estupefacientes.

El desafío es ofrecer, desde el Estado de derecho, una regulación superadora que admita la posibilidad de contemplar la situación de los usuarios de drogas desde una perspectiva sanitaria-asistencial –p. ej., a través de la implementación de políticas de reducción de daños– y que, al mismo tiempo, sea respetuosa de los principios en que se basa la convivencia social –p. ej., impidiendo el consumo de drogas ilícitas en lugares públicos a través de los institutos que ofrecen otras ramas del derecho, como lo es, p. ej., la coerción directa administrativa –.

²⁶ Confr. C.S.J.N., A. 891. XLIV, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, Rta. 25/08/2009

²⁷ Ver en <http://www.jgm.gov.ar/archivos/comisionnacional/DO1usuarios.pdf>