

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

ASPECTOS POLÍTICOS CRIMINALES EN MATERIA DE DROGAS

ENRIQUE GARCÍA VITOR

SUMARIO: 1. Introducción – 2. De lo instrumental y lo simbólico en Derecho Penal. Característica de la legislación sobre drogas – 3. – Política criminal en materia de drogas; 3.1 Bien jurídico; 3.2 La cuestión económica; 3.3 Derecho Penal de autor; 3.4 Criminalización y control social – 4. La situación en Argentina; 4.1 Breve historia; 4.2 La actual previsión legal; 4.3 Las medidas de seguridad; 4.4 Confabulación, agente encubierto y arrepentido; 4.4.1 Confabulación; 4.4.2 El agente encubierto; 4.4.3 El arrepentido – 5. Conclusiones y propuestas.

1. Introducción

La problemática de la droga ha sido abordada tan intensamente desde hace más de un lustro que parece un tanto recurrente ocuparse de la misma nuevamente. Sin embargo la persistencia en una política criminal, desde nuestra perspectiva, incorrecta – claro ejemplo es la Ley 24.424 de reformas al régimen de estupefacientes (Ley 23.737) –, justifica esta incursión, la que por otra parte encuentra fundamento en aquello de que si callamos, de alguna manera, nos hacemos cómplices de la irracionalidad.

La idea central sobre la que reposan las conclusiones y propuestas que intentaremos elaborar es la de que: “La política criminal en materia de drogas es el problema, no la droga”, afirmación que representa con claridad nuestra posición.

2. De lo instrumental y lo simbólico en Derecho Penal. Característica de la legislación sobre drogas.

El replanteo del tema que nos hemos propuesto requiere que, como punto de partida, incursionemos, brevemente, sobre la función que el Derecho Penal cumple, o

pretende cumplir, en relación a la protección de los bienes jurídicos macrosociales, difusos o difundidos. Así lo creo porque en la doctrina se perciben algunas diferencias en cuanto al posicionamiento, relativo, de lo instrumental y de lo simbólico, como si se tratara de presencias incompatibles.

En este sentido se reconocen en el Derecho Penal, como en el resto del orden normativo, dos funciones, la instrumental y la simbólica, que han convivido desde siempre en una relación estructural de tensión – no de complemento –, advirtiéndose que en algunos ámbitos esta tensión se resuelve o inclina en favor de la última, en menoscabo de la real protección de bienes jurídicos que supone la primera, más allá de la crisis en que la misma se encuentra.

Hassemer, conceptualiza como simbólico, en sentido crítico, al Derecho Penal en el que las funciones latentes predominan sobre las manifiestas y del cual puede esperarse que realice, a través de la norma y su aplicación, otros objetivos que los descritos en la misma.¹

⁽¹⁾ HASSEMER, Winfried. *Pena y Estado N. I.* “La función simbólica del Derecho Pe-

El rechazo absoluto de la función simbólica no se puede preconizar, pero si, por el contrario, alentar su limitación al punto de equilibrio en el cual, en la protección racional de los bienes jurídicos, completamente adecuadamente a la instrumental.²

Hassemer, afirma que la idea del Derecho Penal simbólico se aprehende sin dificultad desde un Derecho Penal orientado a las consecuencias, advirtiéndose la sola orientación a lo simbólico como una crisis de éste.³

Para quién se inclina por encontrar el fundamento legitimador del Derecho Penal en su vinculación a una relación principios-consecuencias, resulta inaceptable la sólo orientación simbólica del mismo, en la cual la falta de protección real de bienes jurídicos es sustituida por la creación en el público de una ilusión de seguridad, de sentimiento de confianza en el ordenamiento jurídico y en las instituciones, que a la larga, al demostrarse su función de engaño, mina la confianza de la población en la administración de justicia, traicionando los principios del Derecho Penal liberal.⁴

La mera función simbólica del Derecho Penal se advierte con claridad en el ámbito económico, del medio ambiente, terrorismo, drogas, exportación de materias peligrosas, en el que como expresa Baratta,⁵ (...) las normas

continúan siendo violadas y la cifra obscura de las infracciones permanece altísima, mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho (...).

El Estado, sostiene Bustos Ramírez,⁶ quiere dar a la ciudadanía el mensaje que tiene interés en proteger sus necesidades fundamentales, y que para ello pone todos los medios a su alcance, utilizando el Derecho Penal como *prima ratio*, pues en realidad se carece de los recursos necesarios (controles administrativos eficaces, por ejemplo), para lograr la efectiva protección de los bienes jurídicos en juego. Para Bustos en un Derecho Penal de garantías el bien jurídico debe cumplir necesariamente un rol de enlace y equilibrio entre las aludidas funciones instrumentales y simbólicas.

Al observador advertido no escapa que lo que efectivamente hace la clase política es descargar su responsabilidad trasladándola al sistema penal, otorgando una respuesta conyuntural a la opinión pública, — conocedora de la incapacidad del mismo en este sentido —, con las consecuencias negativas sobre las que advierte Hassemer.⁷

nal", Ed. PPU, p. 23 y s., quien además advierte que la concreción de lo simbólico se logra, frecuentemente, ya con la formulación y publicación de la norma, sin necesidad de recurrir al proceso de aplicación.

(2) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Pena y Estado* cit. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", p. 9 y s.

(3) HASSEMER, Winfried; op. cit., p. 30 y s.

(4) HASSEMER, Winfried; op. cit., p. 36.

(5) BARATTA, Alessandro. *Pena y Estado*, cit. "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de una Criminología Crítica", p. 37 y s.

(6) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Pena y Estado* cit. "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", p. 101 y s.; quien con rigurosidad expresa: "Una regulación penal del medio ambiente que cumpla con el principio con el principio de necesidad de pena — que le niega a la actual —, requerirá, en todo caso, en primer lugar, una política de medio ambiente adecuada, en segundo lugar controles sociales efectivos, (...)".

(7) GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Nuevo Foro Penal* N. 54. "Eficacia simbólica y narcotráfico". Ed. Temis, p. 419 y s. Este autor sobre el particular sostiene que: "(...) Explicar el fenómeno de la ineficacia de las normas con base en la incapacidad de los gobernantes, es explicar sólo una mínima parte del problema: las fallas instrumentales del Derecho Penal se encuentran, en nume-

Creo que, estimando cierta la aguda advertencia de García Villegas, en el sentido de que hay que evitar las visiones reduccionistas de la realidad — tanto la que considera el fenómeno prohibicionista en materia de drogas, como una invención de la cultura desprovista de toda eficacia instrumental, como la que le estima como una simple manipulación política y deliberada de la realidad —, se puede seguir afirmando que el Derecho Penal, sólo simbólico, se aleja de la escasa legitimidad que aún exhibe, al no cumplir con una efectiva protección de los bienes jurídicos en juego.⁸

rosas ocasiones — y el derecho sobre narcotráfico está colmado de ellas —, mediatizadas por propósitos políticos, a través de los cuales los objetivos explícitos de las normas se sustituyen por otros objetivos no declarados en los textos, y cuya realización no depende del éxito instrumental de las normas (...); agregando que: la mayoría de la legislación colombiana sobre drogas de los últimos años “(...) respondió a propósitos políticos relacionados con la necesidad de crear una cierta representación en los ciudadanos, y no a propósitos instrumentales relacionados con la imposición constrictiva de un comportamiento (...)”.

(8) GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; op. cit. p. 452. La conclusión a la que arribo no se contrapone con lo que afirma el autor colombiano en el sentido de que “(...) lo simbólico y lo instrumental son dos elementos propios de la actividad política y también de la jurídica. En el Derecho, el estudio de la puesta en obra de una norma pone de presente la orientación hacia lo simbólico o hacia lo instrumental, que ha sido escogida por los aplicadores de la norma, de acuerdo con una visión de costos y beneficios, en un campo de acción en el que intervienen varias fuerzas (...)”, ello así porque esta constatación de la realidad operativa de los sistemas políticos y jurídicos, no impide seguir viendo como inconveniente la sola orientación simbólica de la norma penal, si bien tengo conciencia que ello pueda ser relativizado por quienes ven

3. Política criminal en materia de drogas

Como se ha señalado, es un axioma reconocido en el Derecho Penal actual que este se legitima en tanto pueda cumplir con ciertas funciones que se le adjudican, esto es, fundamentalmente, la exclusiva protección de bienes jurídicos en oposición a valores éticos o morales.

Este principio, contextualizado ideológicamente en el Derecho Penal liberal y que para nosotros tiene rango constitucional,⁹ nutre en esencia otros principios a él concatenados en forma tal que sin su reconocimiento es casi imposible explicarlos en toda su dimensión. Me refiero a los de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*, de merecimiento de pena, de humanidad, de tolerancia, y que complementados entre sí constituyen los pilares en que se asienta el Derecho Penal de las actuales democracias.

3.1 Bien jurídico

En materia de estupefacientes se ha sostenido tradicionalmente que el bien jurídico protegido es la salud pública, al menos ello surge claramente expresado en las discusiones de la legislación especial por la que se regula esta materia, que continentalmente responden a un modelo,¹⁰ que contempla los requerimientos hegemónicos de EE.UU. expresados a

la finalidad del Derecho Penal de exclusiva protección del bien jurídico como un recurso inconsistente, por el nulo valor intrasistemático que le asignan a éste.

(9) Así Eugenio Raúl Zaffaroni, sostiene que el art. 19 de la C.N. lo consagra, al excluir de la autoridad de los magistrados las acciones que no afecten el orden, ni la moral pública ni perjudiquen a terceros (“Política criminal, en materia de drogas en Argentina”, *Nuevo Foro Penal* n. 54 cit., p. 453 y s.).

(10) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 463.

través de las directivas de Naciones Unidas.¹¹

Sin mayores esfuerzos podemos comprender que en realidad este fin declarado, respondiendo a falaces afirmaciones que ocultan la cara moralizante de la represión, es de imposible verificación por cualquier análisis empírico. Por el contrario, el prohibicionismo, en realidad atenta contra la preservación del bien jurídico que se dice proteger.

En efecto, como ya lo he manifestado en otra ocasión,¹² la política criminal en materia de drogas se ha convertido en el medio más idóneo para lesionar el bien jurídico salud pública. En clara oposición a lo que se proclama, la experiencia demuestra que la prohibición conlleva necesariamente a la marginalización de una franja de la población — la toxicodependiente —, criminalizándola, impidiendo de esta manera que su salud pueda ser adecuadamente atendida. La ilegalidad, es la que impide, entre otros aspectos, controlar la calidad de la droga, lo cual evitaría numerosas e innecesarias muertes por esta causa.¹³

Por otra parte, demostrativo de que al legislador penal no le interesa la salud pública, es la coexistencia de un régimen de drogas legalis, de dañosidad notablemente superior a las prohibidas,¹⁴ como son el tabaco y el alcohol, cuya adicción es la causa más alta de mortalidad conforme las estadísticas de la Organización Mundial de la Salud, por lo que si realmente la salud es la que se intenta proteger, estas debieran prohibirse.¹⁵

Más aún, el bien jurídico salud pública, se encuentra seriamente comprometido en los ataques al medio ambiente y

enfermedades, por lo que la salud pública no se ve mejorada con ella. Esta grave incidencia ha sido claramente puesta de resalto en el considerando 6to. del Manifiesto de Málaga de 1989, más o menos en los mismos términos (*Nuevo Foro Penal* n. 54 cit., p. 481 y s.).

(14) Sobre ello llama la atención José Hurtado Pozo ("La problemática de las drogas en Suiza", *Nuevo Foro Penal* n. 54 cit., p. 523), al poner de resalto que el consumo de drogas legales provoca efectos lesivos iguales o más graves que el de las ilegales.

(15) No es que se propicie, sino que se advierte sobre la incoherencia del discurso, que, como expresa Carlos González Zorrilla ("Poder y Control" n. 2, 1987, Ed. PPU, p. 52), se ha pretendido salvarla mediante la afirmación de que las drogas legales no producen desviación, "(...) como si la desviación fuese una cualidad intrínseca a determinados actos humanos y no el producto de un proceso interactivo entre el sujeto y el contexto normativo que define sus acciones como aprobadas o desaprobadas". Consustancial a nuestra línea expositiva en el apartado 7mo. del Manifiesto de Málaga citado, se advierte sobre otra faceta importante del mismo aspecto al declarar que "(...) La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales e ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de drogas propias de esta última (...)"

(11) En este sentido sostiene José Luis Díez Ripollés, ("Alternativas a la actual legislación sobre drogas", *Nuevo Foro Penal* n. 54 cit., p. 467 y s.), que ya la Convención de 1984 reduce significativamente el énfasis puesto de manifiesto en los anteriores convenios internacionales (1961 y 1971) en la protección de la salud de la humanidad, trasladando el discurso hacia las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito.

(12) ¿Legalización de la droga?, en "Planteos Penales", Colección Jurídica y Social, Ed. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, U.N.L., p. 89 y s.

(13) Así Francisco Muñoz Conde Y Bella Aunión Acosta ("Drogas y Derecho Penal", *Nuevo Foro Penal* n. 54 cit., p. 510), señalan que es precisamente la prohibición, al evitar los controles por parte de la administración, la causa de numerosas muertes por "sobredosis", al igual que tiene incidencia en la transmisión del SIDA, hepatitis B y otras

por la falta de protección al consumidor — que en Latinoamérica ha alcanzado niveles altísimos —, sin que se advierta el desarrollo de una política administrativa agresiva tendiente a evitar las graves consecuencias lesivas de tales conductas; la intervención del sistema penal en esos ámbitos es desaconsejada, mientras no se estructuren los adecuados controles administrativo como se tiene dicho.

Al punto se lo puede concluir con la afirmación de que la legislación en materia de drogas no protege el bien jurídico salud pública, constituyendo la verdadera motivación de la prohibición otros intereses involucrados, preponderantemente los económicos de los países centrales consumidores, como lo afirma numerosa doctrina, nacional y extranjera, que se ha ocupado del tema.¹⁶

3.2 La cuestión económica

Dentro de los variados perfiles que se pueden observar en este aspecto, el más trascendente es el que vincula a la prohibición, y consecuente “guerra a la droga”, con el interés de las grandes potencias, EE.UU. a la cabeza, en preservar sus economías evitando el drenaje de divisas hacia los países productores, que son realmente importantes y dañinas para las mismas.¹⁷

Esta idea parece corroborarse por la circunstancia de que la “guerra” aparece

circumscripita en estos momentos a la producción de cocaína, explicándose el silencio en cuanto a la marihuana, en parte, en el hecho de que una variedad, de la mejor calidad (“sin semillas”), de alto THC, se cultiva, desde hace varios años, en cincuenta Estados de Norteamérica, y que sólo once de los mismos conservan la prohibición sobre esta droga.¹⁸

El panorama económico mundial se ha visto afectado por el crecimiento de una economía sin producción, es decir como consecuencia de la prohibición. En este sentido se afirma que el aporte del narcotráfico en el aumento del producto bruto de los países involucrados es creciente e ininterrumpido. Las cifras que proporcionan los entes especializados, DEA y Secretaría de Hacienda Norteamericanos incluidos, son alarmantes. Los investigadores estiman por ello imposible un pronóstico de los efectos que podría desencadenar la legalización absoluta, a la par que, algunos sostienen, que los narcodólares lavados, volcados a la economía formal, tienen incidencia directa en el proceso inflacionario de algunos países al producir su reactivación económica.¹⁹

⁽¹⁶⁾ Por todos Muñoz Conde y Anuón Acosta (op. cit., p. 511), indicando que el sustento de la vía represiva no está en la protección de la salud pública, sino en otros criterios, culturales, geopolíticos o económicos.

⁽¹⁷⁾ Elías Neuman cita un informe de Ronald J. Caffey, jefe de la Sección de Investigación de la Cocaína de la D.E.A., de 1982, que reconoce que “(...) Más allá de la amenaza de la salud pública, el tráfico de la cocaína está extrayendo de los Estados Unidos, 30 mil millones de dólares anualmente.” (“La legalización de las drogas”, Ed. Depalma, p. 65/66).

⁽¹⁸⁾ Estos datos, que proporciona Neuman (op. cit., p. 54 y 129), tomados en cuenta por otros analistas, más allá de la fidelidad, constituyen ejes evaluadores serios para observar la política criminal que se sigue por EE.UU., y que en el caso demuestra estar regulada por el factor económico, no por la salud pública, sin que se deje de advertir que están involucradas, igualmente, las ideas moralizantes del puritanismo.

⁽¹⁹⁾ Este fenómeno tiene, por su complejidad, numerosas y encontradas opiniones. Nicolás Hardinghaus, piensa que la inflación puede ser controlada como la producida por cualquier otra causa, a la par que sostiene que los efectos macroeconómicos de la droga son más bien positivos, hasta benéficos. Quién la reprime no debería hacerlo por razones económicas. (“Droga y

En lo que concierne a la economía de los países productores, ella se ha visto fuertemente influenciada – si negativa o positivamente resulta difícil de establecer –, por las ganancias del narcotráfico, como es el caso de Colombia, donde en algún momento se ofreció pagar su deuda externa por parte de los jefes del narcotráfico.²⁰ Lo que si se advierte con claridad es que la prohibición ha permitido, en términos relativos, a los agricultores de los países productores ocuparse de un cultivo que tiene buena demanda en el mercado internacional, y en el que su precio no está sujeto, como en todos los demás cultivos, a los subsidios que los países centrales otorgan a sus productores, y con los cuales es imposible competir.

Existe otro aspecto económico – negativo –, que se puede observar, aunque no se vincule a lo macro, sino a la “caja chica” de cada país y a los ahorros que se pueden hacer, sobre todo en estos momentos de crisis. El se vincula con el desarrollo en la mayoría de los países – los Latinoamericanos incluidos en virtud de compromisos hemisféricos (lease con EE.UU) –, de una burocracia sumamente costosa, que reclama permanentemente la asignación de recursos, a los que las mismas califican de insuficientes, pese a que con ellos se hubiesen podido implementar programas de ayuda, tal vez exitosos, para adictos.

crecimiento económico. El narcotráfico en las cuentas nacionales”, *Rev. Nueva Sociedad* n. 102, p. 106, citado por Jorge L. Rosell Senhenn, Jornadas Preparatorias de ICOPA '95, Paraná, Octubre de 1994.)

(20) Datos interesantes sobre la incidencia que en la economía de Colombia tienen los “narcodólares” aporta Elias Neuman (“La legalización de las drogas” cit., p. 56 y s.), quién explica en detalle los manejos de la economía formal y la subterránea (ilícita), como igualmente porque es un país con una balanza de pagos positiva debido a sus exportaciones, lo que no parece corresponderse con su tasa real de crecimiento.

Por otra parte esta burocracia, que para presentarse con posibilidades de “triumfo” en la guerra tiene que ser realmente importante, ha crecido en forma tan desmesurada que se ha tornado ingobernable para los Estados, llegando en Latinoamérica a constituirse en ideólogos y ejecutores de movimientos armados contra el poder constituido, como ha ocurrido por ejemplo en Bolivia.²¹ En esta dimensión, la política sobre drogas ya no es diseñada por los Estados, sino por las burocracias, atendiendo a sus propios intereses, que inclusive confrontan con los que fundamentaran su creación.²²

3.3 Derecho Penal de autor

Mas allá del compromiso con normas constitucionales que tienen algunas disposiciones contenidas en las leyes sobre la materia – un claro ejemplo es la que reprime la tenencia de estupefacientes aún cuando sea para consumo personal, por invadir la esfera privada protegida por el art. 19 de la C.N. –, sobre lo que no tengo dudas, lo cierto es que demostrada la impropiedad de las mismas para proteger el bien jurídico salud pública, que se dice preservar, se transforman en un medio para reprimir formas de ser, personalidades con concepciones valorativas distintas a las que sustentan quienes ejercen el poder hegemónico.

Mediante esta política, que reconoce precedentes históricos tanto en EE.UU., como en Argentina y Europa (alcohol, yerba mate u opio), se abandona la relación garantista entre mandato prohibitivo

(21) MALAMUD GOTI, Jaime. “Humo y Espejos”, Ed. del Puerto, p. 63 y s.

(22) Sobre este aspecto del problema resulta indispensable la lectura de la excelente y valiente investigación de Jaime Malamud Goti “Humo y Espejos” cit., en la que desnuda con claridad lo que se ha dado en llamar “la paradoja de la guerra contra las drogas”.

y bien jurídico, característica fundamental del Derecho Penal liberal²³ de acto, pasando a constituir un simple Derecho Penal de autor.

Quienes han aceptado tomar partido por la vigencia de un tal Derecho Penal, tolerando y preconizando la punición de los consumidores, a través de la incriminación de la conducta de tenencia de drogas aún cuando sea para consumo personal — es decir sin destino de tráfico —, parten de la explicitada y publicitada falsa premisa de que “si no existieran consumidores, no habría tráfico”, cuando, muy por el contrario, el silogismo correcto sería “si no existiese represión, carecería de sentido la existencia del tráfico”.

3.4 Criminalización y control social

El proceso de criminalización en materia de tóxicos ha sido desde siempre una forma de controlar socialmente al diferente, al que no participa de los valores del grupo mayoritario, con el plus de respuesta que el sistema penal importa, más allá de que igualmente se ejerzan contra los mismos otras formas de control, formales e informales.

Christie sostiene que la *guerra contra las drogas* constituye en gran medida una réplica de lo que fue el período de la *prohibición*, en que la cruzada estuvo dirigida no sólo contra el alcohol, sino igualmente enderezada hacia los nuevos aspirantes a la hegemonía moral en los EE.UU. Esta nueva arremetida importa una forma de control estatal sobre las clases potencialmente peligrosas, cuyo hedonismo se deplora.²⁴

González Zorrilla, singuiendo parámetros analíticos de Foucault, ubica con rigurosidad la relación droga-enfermedad con los mecanismos de control y de disciplina social, esencialmente respecto de los jóvenes, los que por otra parte son “(...) vistos como peligrosos a medida que aumentan sus dificultades para acceder al mundo adulto (...)”. Antes había expresado algo realmente importante en cuanto al control y la visión del adicto enfermo, cual es la idea de que ello permite realizar una explicación simplista y tranquilizadora sobre el consumo porque esa tendencia demostrativa de carencias de orden social o de rechazo a los valores tradicionales se relaciona con un agente extraño (“la droga”), evitando enfocar el problema desde la complejidad que supone la denuncia de injusticias patentes y de hipocresías sociales intolerables.²⁵

El proceso selectivo del sistema penal se acentúa con intensidad en el ámbito de la criminalización secundaria en esta materia.²⁶ Los criminalizados son, dato repetido en todos los estudios sobre el tema, los adictos o pequeños traficantes — generalmente adictos —, no los que medran con lo que, sin dudas, constituye el negocio más redituable de la actualidad.²⁷

2, enero de 1994, Instituto de Criminología de Chile, p. 43 y s. Autor que apunta que, en definitiva, las drogas han servido para explicar porque las cosas van mal en la sociedad, tal como sucedió en otros estadios con las brujas, los judíos o los Kulaks, lo que se conoce como mecanismo de “enemigos apropiados” (p. 55).

(25) GONZÁLES ZORRILLA, Carlos; op. cit., p. 53/54 y 56.

(26) Sostiene Nils *Christie* que “La guerra contra las drogas, en la práctica, ha abierto el camino para una guerra contra las personas percibidas como las cuotas menos útiles y potencialmente más peligrosas de la población (...)” (op. cit. p. 59).

(27) Eugenio Raúl *Zaffaroni*, aporta además un dato, que constituye una agravación en el

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; op. cit., p. 466, sostiene que “En el fondo no hay un debate sobre la ‘dogra’, sino el debate de siempre: derecho penal liberal o de garantías y derecho penal autoritario o totalitario”.

(24) CHRISTIE, Nils, “El control sobre las drogas como una incursión a las condiciones totalitarias”, *Cuadernos de Criminología n.*

La guerra a las drogas ha importado, por otra parte, una intromisión excesivamente perjudicial en el control social propio de los países Latinoamericanos — atacando su soberanía en materia política criminal —, puesto que ella se sustenta, como hemos venido observando, en necesidades de control que les son ajenas a éstos. La consecuencia más grave es que involucra a una franja importante de la población, que además es la que tradicionalmente se ha ocupado en el cultivo de las especies vegetales ahora prohibidas.²⁸

proceso de criminalización selectivo, cual es el de que la cocaína se ha convertido en una considerable fuente de ingreso para un amplio sector, motivado por la recesión y la destrucción del aparato productivo (op. cit., p. 455). Ello me hizo recordar lo que años atrás nos contara el malogrado Luigi Daga sobre como en Italia los jubilados y las amas de casa obtenían un incremento a sus ingresos con el pequeño tráfico.

- (28) Fernando Velásquez V., advierte sobre ello al sostener que: "(...) resulta evidente que la susodicha 'guerra contra las drogas' es una estrategia más de las naciones poderosas para (...) extender el control social por ellas ejercido hasta ámbitos nunca imaginados (...)" (*Nuevo Foro Penal* n. 54 cit. p. 414). Idéntico reproche se concreta en el punto 3.º, §§ 1 y 3, de las "Conclusiones del Seminario Internacional sobre la actual Política Criminal en materia de tráfico y consumo de drogas", realizado en Málaga en 1991, en los que se sostiene: "(...) Los participantes en el Seminario consideran especialmente preocupante que en los países latinoamericanos, donde la marihuana y la coca llevan siglos cultivándose, la 'guerra contra las drogas' se haya convertido en una guerra contra la población local en la que, a los graves daños ecológicos, se añade la destrucción de las culturas locales tradicionales y de los habituales sistemas de interacción entre el hombre y la naturaleza (...)", agregando que: "(...) A pesar de que hasta hace pocos años el consumo y tráfico ilícito de coca y marihuana no constituía un grave problema social en aquellos países, la

4. La situación en Argentina

4.1 Breve historia

No he de ocuparme en detalle del proceso legislativo argentino,²⁹ puesto que nuestra reciente historia en materia de tóxicos no guarda relación con los precedentes que se tuvieron en consideración a la época de la sanción del Código de 1921,³⁰ ni con las modificaciones que se introdujeran con posterioridad hasta la sanción de la Ley 20.771, en el año 1974.³¹

enorme presión que están sufriendo por parte de las naciones industrializadas les ha colocado en una situación imposible, tanto económicamente como en relación con sus políticas de control social (...)", (op. cit. p. 559/561). A ello debe sumarse la advertencia que hace Jaime Malamud Goti en el sentido de que "(...) La criminalización de vastos sectores de una población debilita necesariamente la autoridad del estado, especialmente cuando la coerción está dirigida a prevenir un "crimen sin víctimas (...)", (op. cit., p. 166).

- (29) Ello lo hice en una ponencia presentada a las "XI Jornadas Nacionales de Derecho Penal", Mar del Plata, setiembre de 1986.

- (30) Que no se ocupó del tema en forma expresa, quedando atrapados los estupefacientes, según los intérpretes, por los términos "sustancias nocivas" o "mercaderías peligrosas", estando subordinada la punibilidad a que la venta, entrega o distribución se hiciera disimulando su carácter nocivo, para inducir a engaño. (Conf. Justo Laje Anaya, "Narcotráfico y Derecho Penal argentino", Ed. Lerner, p. 21 y s.).

- (31) No obstante ello se tiene en cuenta que, como lo pone de resalto Roberto Bergalli (*Poder y control* n. 2, cit., p. 111), algunas de las actuales cuestiones en debate, como la incriminación de la tenencia, ya fueron planteadas en el año 1926 por el agregado introducido como § 3.º al art. 204 del CP por la Ley 11.331, que dió lugar a un importante proceso de discusión en el ámbito de la jurisprudencia.

El citado cuerpo normativo, que está signado por la impronta de la homogenización de la legislación sobre drogas — mimetismo legislativo le denominará *Neuman* —,³² que se diera en Latinoamérica a partir de la aceptación de las recomendaciones sugeridas por la Convención Única sobre Estupefacentes de Nueva York de 1961, constituye el primer conjunto de disposiciones que consagra los lineamientos político criminales a que nos hemos estado refiriendo, impregnado de una filosofía moralizante y totalitaria, que llegaba a punir la mera tenencia, aún cuando fuese para consumo personal, contrariando las objeciones de la buena doctrina nacional. En efecto, atrás quedaban las enseñanzas que se oponían a tal incriminación por considerarla violatoria de la esfera de reserva (art. 19 CN), o bien, del principio político criminal liberal, de la impunidad de la auto lesión, los dos argumentos mayoritariamente utilizados, que orientaron la reforma de 1968 (Ley 17.567) que en el art. 204 ter, inc. 3.º, exceptuó la tenencia en cantidades que no escudieren las que correspondieren al uso personal.

Del tiempo transcurrido desde la sanción de esta Ley hasta la que rige la materia en la actualidad, quiero destacar los esfuerzos realizados por parte de la doctrina penal y de la magistratura — progresista y garantista —, que, desafiando la “caza de brujas”, luchó denodadamente por hacer respetar el principio de reserva, declarando inconstitucional la norma que reprimía la tenencia para consumo personal, que tuviera acogida, efímera, en la jurisprudencia de la CSJN al así reconocerlo el Alto Tribunal en el recordado caso “Bazterrica” (29.08.1986). Igualmente debo rescatar la interpretación garantista del bien jurídico que, entre otros aspectos, exigió para considerar típica la conducta que la afectación debía

tener cierta entidad, acogiendo el principio de la insignificancia, criterio político criminal, asentado en el minimalismo penal, que en este ámbito ha importado un freno a los fines represivos de máxima irracionalidad.

4.2 La actual previsión legal

La Ley 23.737, de octubre de 1989, en general ratifica la política criminal que sustentaba la Ley 20.771 — que derogó —, aunque intensificó notoriamente la represión, característica que se advierte en la elevación de los montos de las penas, entre otros aspectos, dejando traslucir, igualmente, un perfil notoriamente más moralizante, que se puede apreciar en la finalidad perseguida con las medidas de seguridad, a modo de ejemplo.³³

No es mi intención el elaborar una crítica detallada de los defectos estructurales de la Ley, cuya técnica legislativa se ha motejado de deficiente, pero sí señalar algunos aspectos que riñen absolutamente con la mínima racionalidad o confrontan con principios constitucionales.

Uno de ellos era la pena privativa de libertad contenida en el art. 5.º, cuatro a quince años de reclusión o prisión, que se advertía irracional cuando se relacionaba la conminación con los casos de siembra, cultivo o guarda de semillas por parte de quienes lo hacían con destino a un uso personal, o, con mayor amplitud, sin intención de tráfico. Este desatino legislativo fue corregido por la reciente

(33) *La desincriminación de la tenencia de hojas de coca, en estado natural y con destino al coqueo o para su empleo como infusión*, concretada en el art. 15 de la Ley, demuestra un perfil político criminal distinto, racional, demostrativo de que en ocasiones el legislador se conduce con criterios correctos, sobre todo cuando, advirtiendo el problema, no cede frente a los requerimientos irracionales.

(32) NEUMAN, Elías; op. cit., p. 16.

reforma introducida al art. 5.º, inc. "a" por la Ley 24.424 que para estos supuestos equiparó la pena a la prevista para la tenencia para uso personal (art. 14, § 2.º), teniendo en cuenta que la jurisprudencia había exigido para la tipicidad de la conducta involucrada lo que denominó "dolo de tráfico", el que ausente permitía encuadrar la conducta en el art. 14, 1ra. o 2da, parte – tenencia simple o tenencia para consumo personal – según el caso.

Otro de los aspectos que merece resaltarse es que la tenencia sigue siendo punida, con el agravante de que al prever una atenuación punitiva para los casos de que la misma sea para inequívoco uso personal y señalar como criterio para establecer ese destino la escasa cantidad, los tribunales han interpretado, para mi incorrectamente, que ello veda la aplicación del principio de la insignificancia, cuando así procediere por la mínima afectación del bien jurídico.

El abuso de los tipos de peligro puede señalarse como otro de los defectos de esta legislación desde la perspectiva de una adecuada política criminal que, guiada por el principio de lesividad, aconseja limitar su empleo a hipótesis restringidas.

Violación flagrante del principio de inocencia es la disposición del último párrafo del art. 25 de la Ley 23.737 – que tiene su correlato en el art. 5.º, ap. 7, de la Convención de Viena de 1988 –, que invierte la carga de la prueba respecto del origen de los bienes sujetos a decomiso, colocándolo en cabeza del imputado el demostrar el origen legítimo de los mismos, cuestión que en nuestro país ha sido debatida en orden al delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público.³⁴

⁽³⁴⁾ Sobre los avatares de una norma similar en Colombia, que había adoptado nuestro régimen respecto del enriquecimiento ilícito de funcionario público, puede verse la opinión de SAAVEDRA ROJAS, Édgar, en *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Ed. Temis, p. 67 y s.

4.3 Las medidas de seguridad

Independientemente de las observaciones dogmáticas que se puedan formular respecto de las medidas previstas en la Ley 23.737 (arts. 16 a 22) en su comparación con las contenidas en los precedentes legislativos que le han servido de base, ajenas al cometido de este trabajo, estimamos relevante efectuar dos observaciones de naturaleza político criminal.

En orden a las medidas de desintoxicación y rehabilitación previstas en los arts. 16, 17 y 18 – tradicionalmente denominadas curativas –, los estudios empíricos han demostrado que la posibilidad de curación, por parte de un adicto a cualquier tóxico, está directamente relacionada con la voluntad del dependiente. En otros términos, no se advierten logros desde la perspectiva de la imposición coactiva del tratamiento, menos aún cuando éste viene de la mano o es consecuencia de un proceso de criminalización, en el que el adicto es etiquetado y segregado de su grupo de pertenencia.³⁵

Es de afirmar que nada se puede esperar obtener si la ayuda se prevé como componente del sistema represivo. Ella sólo será útil como programa independiente en que la terapia sea ofrecida sin condicionamientos y aceptada voluntariamente por el adicto. En la Ley el consentimiento del dependiente sólo se tiene en cuenta para el tratamiento a procesados – art. 19, § 2.º –, pero siempre dentro del proceso de criminalización.

⁽³⁵⁾ HÜGEL, Carlos Rodolfo; "La política de las drogas y la sociedad", *Libro de Ponencias del VI.º Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología*, Tucumán 1994. El autor advierte sobre el escaso éxito del tratamiento terapéutico en función del Derecho Penal, a la par que se comprometen garantías constitucionales y dignidad humana.

La medida "educativa" - art. 21 -, se sustenta en un apredizaje obligatorio sobre como debe ser un comportamiento *responsable* en materia de uso y tenencia indebida de estupefacientes. Constituye sin dudas una forma autoritaria, impropia de un sistema democrático, de imponer una forma de ser, que atenta contra el principio de formación de la propia personalidad garantizada por la CN.

Por otra parte esta inquietud por enseñar el comportamiento correcto pertenece a un Estado contradictorio, que permite, y hasta fomenta, la propaganda en pro de un mayor consumo de tóxicos legales - tabaco, alcohol etc. -, con el mensaje que es valorado positivamente por la sociedad, otorgando mayor status y poder.

4.4 Confabulación, agente encubierto y arrepentido

Constituye otro modo de señalar la irracionalidad que engloba la actual política criminal en materia de drogas el advertir la necesidad que se ha tenido de incorporar estos tres institutos, que comprometen seriamente el perfil ético que debe rodear toda investigación criminal en el marco de un Estado de Derecho, para poder llevarla a cabo.

4.4.1 Confabulación

Uno de estos aspectos está constituido por la incorporación en el art. 29 bis de la Ley 23.737 (art. 4.º, Ley 24.424), de una figura por la que se pune la conducta de tomar parte en una confabulación de dos o más personas para cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 5, 6, 7, 8, 10 y 25 de la Ley y 866 del Código Aduanero.

Su parentesco con la asociación ilícita, a cuyas diferencias no creo necesario aludir, me es propicio para señalar que inclusive respecto de esta figura mantengo algunas objeciones pues la considero una rémora de un Derecho Penal sustentado

en visiones autoritarias de la sociedad en la que se privilegiaba un orden público monolítico elevándolo a la categoría de bien jurídico merecedor de pena, posición que puede recibir embates fundados desde una perspectiva democrática actual - básicamente tolerante -, y que, por ello, compromete los principios mínimo intervencionistas.³⁶

Llama la atención que este punto de vista no encuentre acogida en la doctrina, aún en la garantista, lo cual obedece, creo, a un estudio demasiado exhaustivo - tal vez hipertrofiado, como insistentemente se viene sosteniendo -, de la Parte general del Derecho Penal, que no encuentra correspondencia con el efectuado respecto de su parte especial, circunstancia que impide observar si los principios, tan fina y detalladamente, elaborados en aquella, especialmente el de mínima intervención, son observados en la incriminación de conductas merecedoras de pena.

Sin embargo creo que con más propiedad se asemeja a la figura de la conspiración,³⁷ instituto que ha tenido

⁽³⁶⁾ Ello no implica que no pueda ser estimado acertado políticamente que un injusto concretado por intervinientes plurales no pueda ser más severamente penado - tal como lo hace la propia Ley 23.737 en su art. 11, inc. "c" -, para lo cual se pueden evaluar otros aspectos como la entidad del bien jurídico, o la forma de ataque contra el mismo, que se ha estimado merecedor de protección penal.

⁽³⁷⁾ El Código Penal español la conceptúa como el concierto de dos o más personas para la ejecución de un delito, resolviéndose a ejecutarlo (Ed. Tecnos 1990, p. 29). Sobre el fundamento de su punición José Cuello Contreras sostiene que reside en la comprobación del fenómeno psicológico del robustecimiento mutuo de la voluntad criminal, que implica un mayor peligro de que el delito se lleve a cabo, lo que tal vez no harían por separado, importando un mayor peligro para la sociedad, el que justifica la

recepción en nuestro Código Penal en los delitos de traición y sedición, y en el derecho comparado, además, para el atentado contra la vida del Jefe de Estado,³⁸ es decir vinculado a la protección de bienes jurídicos respecto de los cuales puede aceptarse tal adelanto punitivo de lo que, en esencia, constituyen actos preparatorios de otros delitos, cuya excepcionalidad es reconocida en la doctrina en punto a su punición, como delitos “per se”.³⁹

Tal forma de incriminación es directamente inaceptable en orden a los tipos a que refiere el art. 29 bis citado, por la imposibilidad de comparar los bienes jurídicos en juego, si es que se pueden individualizar, con aquellos en cuya protección normalmente se ha aceptado el instituto. Ello sin tener en cuenta que en alguno de los supuestos, art. 10 de la Ley 23.737, en que es casi imposible imaginar la acción de confabularse para cometerlo, constituye la tipificación de verdaderos actos de participación, que alterando las reglas de la parte general del Código Penal en cuanto a la punición,

agregan un plus de irracionalidad al empleo de esta figura.⁴⁰

Por otra parte, roza los postulados garantistas del Derecho Penal liberal en tanto importa la criminalización de actos muy próximos a la ideación — por cuyo motivo se sostiene que se punen “resoluciones manifestadas” —, cuestión que no se salva afirmando que se incriminan como delitos en sí y no como actos preparatorios de otros delitos.⁴¹ Tampoco legitima este tipo de intervención, en el caso del art. 29 bis referido, la exigencia de se haya puesto en marcha el plan mediante actos reveladores de la decisión, pues en cuanto a los límites nada dice. ¿Que constituyen “actos reveladores”? tal vez hubiese sido más preciso hablar de actos ejecutivos del delito para el que se confabuló — por más vago que ello igualmente resulte, en definitiva —, aunque, repito, la objeción sobre la recepción del instituto en esta materia es ineludible.

4.4.2 El agente encubierto

Por los arts. 6.º al 9.º la Ley 24.424 introduce, legislativamente, al agente encubierto, cuya legitimación — puesto que actuaban de hecho —, había sido efectuada por la C.S. en los autos “Fernandez. Victor H.”,⁴² no convalidan-

intervención punitiva (“La conspiración para cometer el delito”, Ed. Bosch).

(38) RODRIGUEZ DEVEZA, José María, SERANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español*, Pte. Gral., Ed. Dykinson 1992, p. 780/1.

(39) BACIGALUPO, Enrique (*Manual de Derecho Penal*, Pte. Gral., Ed. Temis-Ilanud, 1984, p. 164), señala que es impropio hablar de actos preparatorios “excepcionalmente” penados sólo por especiales motivos político-criminales, puesto que todos los delitos están incriminados con ese sustento, dependiendo en realidad la cuestión del límite que fija el legislador para proteger el bien jurídico. Sin duda que importa una forma más clara de presentar el problema, pero que nada agrega, puesto que cuando se está haciendo referencia a lo “excepcional” se indica que la precaución debe extremarse a los fines de no incurrir en excesos, desde la perspectiva político criminal adecuada, en la protección de los bienes jurídicos.

(40) El art. 10 pune la acción de facilitar lugares, o elementos, para cometer alguno de los delitos previstos en la ley, o para que concurran personas con el objeto de usar estupefacientes.

(41) Sobre el particular ver Carlos Creus. *Derecho Penal*, Pte. Gral., Ed. Astrea, p. 351 y s.

(42) En el considerando 11.º se expresaba: “...la conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho (...) lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la

do su actuación cuando hubiese realizado actos de creación o instigación delictiva, por socavar los principios del Estado de Derecho.

No es necesario afanarse demasiado para demostrar que las diferencias entre la actuación encubierta y una provocación⁴³ suelen, en ocasiones, ser sutiles, casi imposibles de distinguir, por lo que, en general, se puede sostener que ambas comprometen los principios del Estado de Derecho — no solamente la última como lo sostiene la C.S. —, por lo que se plantea el interrogante de cual es el fundamento político criminal racional que aconseja su incorporación.

Por comenzar coloca a los jueces en una difícil situación, al vincularlos con una forma de investigación a la que no están familiarizados y cuyo mantenimiento dentro de la legalidad, casi de seguro, escapará a un contralor adecuado por parte de los mismos.

Sin embargo, reconozco que al regular la Ley los requisitos a los que se debe sujetar la designación e intervención de los mismos para que la prueba obtenida pueda responder a los requerimientos que reclama el debido proceso legal, colocándolo todo bajo la supervisión del juez — más allá de los reparos de orden práctico a los que he aludido —, puede importar un límite razonable para este irracional sistema de averiguación del delito.

No obstante, tengo la íntima convicción que constituirá una forma más de aumentar la corrupción de las burocracias

ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (...)" (LL 1991-B, p. 190 y s).

⁽⁴³⁾ Del "agente provocador" me he ocupado con detenimiento en "Planteos Penales" cit., p. 57/86.

encargadas de la represión, que es consubstancial al prohibicionismo, con el peligro de que ésta se extienda ahora al Poder Judicial, por la función que al mismo se le otorga en su aceptación y contralor.

4.4.3 El arrepentido

No quiero ocuparme de las cuestiones terminológicas que surgen a partir de la denominación que utilizan los precedentes legislativos y los proyectos — que responden al universalmente conocido —, de ello se encarga, con acierto, Terragni.⁴⁴

Esta cuestionable figura, como le califica Díez Ripollés,⁴⁵ fomenta la delación, medio procesal de averiguación del delito que desde los clásicos⁴⁶ viene

⁽⁴⁴⁾ TERRAGNI, Marco Antonio. "El arrepentido", LL. N. 251, 30.12.1994. Quién pone de resalto el error conceptual de que se parte en tanto que arrepentirse es reconocer haber hecho alguna *cosa mala*, que compele a realizar actos encaminados a reparar o disminuir el daño causado, lo que no se exige en la ley, ni en sus precedentes. Por otra parte es conveniente recordar que la exigencia de tal arrepentimiento no estaría de acuerdo con las características del actual Derecho Penal que, habiendo renunciado al reproche moral, en este ámbito sólo exigiría que el sujeto, sin reconocer su falta de motivación en la norma, por los motivos que desee — inclusive meramente utilitarios, como obtener alguna ventaja —, esté dispuesto a proporcionar algún dato de interés para los órganos encargados de la investigación; cuestión que, sin ser esencial, puede a la vez importar una disminución de los efectos de la infracción.

⁽⁴⁵⁾ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Nuevo Foro Penal* n. 54 cit., p. 474.

⁽⁴⁶⁾ CARRARA, Francesco. *Programa*, Ed. Temis § 3.573. Quién enseñaba que hay situaciones en las cuales desaparecen de la conciencia de ciertos gobernantes todos los principios de moral y de justicia, agregando que "mientras todos los juristas modernos lanzan maldiciones contra la impunidad

siendo rechazada por reñir con los principios éticos elementales, que, en el actual Estado de Derecho, no se discuten.

Las disposiciones que contiene el art. 29 ter de la Ley 23.737 (incorporado por Ley 24.424), pueden ser comparadas con las de art. 217 del CP que exime de pena al "que revelare la conspiración a la autoridad antes de haberse comenzado el procedimiento. Sin embargo, a pesar de la proximidad con la delación - nuestra Ley no exige a diferencia de la francesa que se revelen los nombres de los otros conspiradores -, no se debe perder de vista la excepcionalidad del bien jurídico protegido, imposible de comparar con los que dice proteger la legislación sobre narcotráfico.

Si a ello se suma que el art. 34 bis (incorporado por Ley 24.424) obliga a mantener en el anonimato la persona que denuncie cualquier delito de los previstos en la ley o en el art. 866 del Código Aduanero, lo que supone la posibilidad cierta de eludir las responsabilidades en que incurren según el art. 245 del CP los que efectúen denuncia falsa de la comisión de un delito, en tanto no pueden ser conocida por los denunciados, tenemos un cuadro amplio del alejamiento de estas normas de las garantías mínimas exigibles en un Estado de Derecho.

5. Conclusiones y propuestas

A pesar de la vertiente ideológica de la que procede la actual política criminal en materia de drogas, que en extenso hemos pretendido denunciar en el presente artículo, coincido plenamente con quienes advierten que se perfila un movimiento que aconseja el abandono del esquema represivo, que paulatinamente gana adeptos - inclusive en EE.UU. -, ⁴⁷ y que reconoce al consumo de drogas como un fenómeno socio-cultural con el que debemos coexistir. ⁴⁸

Resulta obvio que es imposible, ingenuo, plantear el abolicionismo, entendido en su versión de despenalización total, como una cuestión aislada de toda consideración global de este problema en que nos ha colocado el prohibicionismo, cuyas aristas principales han sido señaladas.

Sin embargo como un camino a aquél, es posible exigir una despenalización moderada que abarque a las figuras de la tenencia para consumo y el pequeño tráfico que ese consumo tolerado supone, acompañado de una política de asistencialismo agresiva que puede mitigar en parte el daño que la droga y la prohibición producen.

prometida a los cómplices de un delito en premio por haber delatado a sus compañeros, tan inicua y desesperada medida se mantiene".

⁽⁴⁷⁾ Jaime Malamud Goti (op. cit., 165) señala que en un seminario realizado en la

Universidad de Columbia sobre política de drogas la mayoría de los académicos, por distintas causas, se pronunciaron de acuerdo con la necesidad de legalizarla.

⁽⁴⁸⁾ En este sentido José Hurtado Pozo, op. cit., p. 533.