

LEGISLACIÓN DEL VICIO: ¿VICIO
DE LA LEGISLACIÓN? UNA
HERMENÉUTICA JURÍDICA DE LA
PROHIBICIÓN DE LAS DROGAS*

*LEGISLATION OF VICE: VICE
OF LEGISLATION? A JURIDICAL
HERMENEUTICS ON DRUG PROHIBITION*

FERNANDO M. LYNCH**

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Fernando M. Lynch, Legislación del vicio: ¿vicio de la legislación? Una
hermenéutica jurídica de la prohibición de las drogas, 21 International
Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 55-90 (2012).

1692-8156(201212)12:21<55:LDVVDL>2.0.TX;2-P

* Artículo de reflexión.

** Licenciado en Ciencias Antropológicas de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Departamento de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires, Argentina. Contacto: fernlync@yahoo.com.ar

RESUMEN

Este artículo plantea un interrogante crítico sobre las condiciones del actual régimen jurídico que dictamina la prohibición de las drogas psicoactivas en nuestra sociedad. Considerando en particular la inusitada decisión de sancionar penalmente una conducta definida según el dictamen médico como una enfermedad –lo que conlleva la imposición virtual de un doble castigo, tanto natural como social–, se discuten diversos aspectos de la notable situación de anomalía jurídica que así se ha provocado. De acuerdo a los datos disponibles sobre la elevada proporción de falta de sustanciación de la sanción penal de los consumidores detenidos, se pone de relieve la problemática hermenéutica referida a la tensión significativa entre la generalidad de la ley y su aplicación a los casos concretos. Se plantea en última instancia la consideración de si, en consonancia con una cada vez mayor puesta en cuestión de los criterios discriminatorios de los fundamentos científico-filosóficos de la política oficial vigente, semejante situación de falta de aplicación de la ley no expresa sino un rechazo, implícito, de la injusticia de tal modo promovida.

Palabras clave autor: interpretación, droga, jurídico, (falta de) aplicación
Palabras clave descriptor: control de drogas y narcóticos, legislación, abuso de drogas, drogadicción

ABSTRACT

This article presents a critical examination about the conditions of the current legal regime that dictates the prohibition of psychoactive drugs in our society. Considering in particular the unusual decision to sanction with criminal penalties for a conduct defined according to medical findings as a disease –which entails the virtual imposition of a double punishment, both natural and social–, we discuss various aspects of the remarkable situation of the legal anomaly that it has thus been caused. According to the data available on the high proportion of lack of proceedings of the penal sanction of consumers that have been detained, we highlight the hermeneutic problematic that refers to the significant tension between the generality of the law and its application in concrete cases. We consider ultimately the question if, in accordance with an ever greater questioning of the discriminatory criteria of the scientific-philosophical foundations of the current official policy, such a situation of lack of application of the law does not express but a rejection –implicit– of the injustice that is thus promoted.

Key words author: *interpretation, drug, juridical, (lack of) application*

Key words plus: *Drug and narcotic control, legislation, drug abuse, drug dependence*

*Cuantas más prohibiciones haya, tanto
más empobrecerá el pueblo.
Cuantas más armas, tanto más se pervertirá la sociedad.
Cuantas más personas cultiven el ingenio y la
astucia, más hechos nefastos acaecerán.
Cuantas más leyes y decretos, mayor
será el número de malhechores
Lao Tse, Tao Te King, LVII*

*Guía más eficaz para la virtud resultará quien emplee
el estímulo y palabras persuasivas en vez de la ley y
la compulsión. Pues el hombre que se ve impedido de
obrar abiertamente mal por la ley lo hará en secreto,
mientras que aquel que es conducido hacia el deber
por la persuasión no cometerá probablemente acciones
reprobables ni en privado ni en público. En consecuencia,
quien actúa rectamente mediante el entendimiento y el
conocimiento llega a ser, a la vez, prudente y justo
Demócrito de Abdera, Fragmento 181*

INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años la prohibición de las drogas psicoactivas está siendo objeto de numerosas discusiones, algunas propiamente bizantinas. Están por un lado quienes apoyan incondicionalmente la legislación de rigor, conviniendo tanto en el carácter nocivo del consumo de dichas sustancias como en la necesidad de penalizar a quienes transgreden la ley en cuestión. Ello se fundamenta en lo dictaminado por el saber médico al respecto, a saber, el efecto sin lugar a dudas “estupefaciente” –según la definición oficial– o bien “narcotizante” de tales drogas. Por el otro lado están quienes cuestionan la razonabilidad de semejante medida extrema, no solo en lo concerniente a la restricción de determinado orden de libertad de los ciudadanos, sino en especial en lo referido al recurso a la penalización de los consumidores de sustancias psicoactivas.

Pretendemos con estas líneas contribuir a dicha discusión a través de una consideración hermenéutica de la propia instancia jurídica que atraviesa la puesta en práctica de la legislación sobre las drogas. De acuerdo a lo observado en el transcurso ya de varias décadas de la política prohibicionista, viene al caso interrogarse, no ya respecto a lo corrientemente señalado acerca de la ineficacia concreta de la política en cuestión –si no acaso su efecto netamente contraproducente, en cuanto se ha constatado en ciertos periodos un aumento del consumo de sustancias prohibidas–, sino más bien en lo concerniente al propio accionar jurídico dedicado a esta problemática. En lugar pues de considerar desde un punto de vista utilitario lo referente a las consecuencias efectivas de la prohibición –desde donde se ha llegado a afirmar que esta produce mayores perjuicios que las propias drogas prohibidas–, nos interesa, tal como ha desarrollado por su parte Douglas Husak en su pormenorizada obra *Drogas y derechos*, discutir lo relativo a los principios que están en juego en este caso¹.

Para tal efecto nos centraremos en la dimensión hermenéutica jurídica inherente a la propia *interpretación del derecho*, en especial en lo referente a la esencial *tensión dada entre la generalidad de la ley y el carácter particular de su aplicación* a los casos concretos. De acuerdo a cómo la problemática de la prohibición de las drogas se ha visto atravesada por esta tensión, así como a su vez esta ha ido siendo de algún modo resuelta por el desempeño de los propios jueces involucrados, se vislumbra una singular modalidad de “hacer justicia” que ilumina notablemente este complejo y polémico tema.

El principal dato empírico objeto de interpretación lo constituyen las consecuencias efectivas de la prohibición, vale decir,

1 Douglas Husak. *Drogas y derechos*, Fondo de Cultura Económica. (2001). Analizando desde una perspectiva filosófica la ardua problemática de la relación entre el Derecho y las drogas, este autor considera detalladamente argumentos a favor y en contra de la prohibición con el objetivo de sopesar hasta qué punto el consumo *recreativo* de drogas puede ser o no considerado un *derecho moral* –así como, de modo correlativo, hasta qué punto se justifica una acción penal cuando no existe un daño concreto provocado sobre un tercero.

lo referente al apresamiento y, eventualmente, condena de los arrestados por posesión de drogas. Según veremos, es realmente significativa la *falta de aplicación* efectiva de la ley por parte de una gran proporción de los jueces que habrían debido condenar a prisión a numerosos detenidos por este delito –principalmente los tipificados bajo la figura de tenencia simple para consumo personal, según lo dictamina el artículo 14 de la Ley 23.737–. De donde se plantea el interrogante crítico acerca de las razones de fondo de semejante situación de *anomalía jurídica*. Un punto de partida para intentar clarificar esta problemática es la consideración de la singular *dualidad disciplinaria* que atraviesa la correlativa doble (des)calificación –médica tanto como jurídica– del consumo de drogas, esto es, el haberse dictaminado *ser tanto una enfermedad como un crimen*.

I. ENFERMEDAD CRIMINAL, CRIMEN ENFERMIZO: LA CUESTIÓN DEL DOBLE CASTIGO

De acuerdo a su doble faz institucional, esta problemática se pone especialmente de manifiesto en dos esferas de nuestra vida social. En su dimensión sanitaria la ciencia de la medicina ha dictaminado el carácter patológico del mero consumo de determinadas sustancias psicoactivas, puesto que su peligroso poder de generar dependencia determinaría la existencia de la enfermedad de la drogadicción o toxicomanía. En su dimensión jurídica se ha prescrito la lisa y llana interdicción legal de la producción, intercambio y consumo de cualquiera de las sustancias estupefacientes que figuren en las listas oficiales, penalizándose con prisión no solo su tráfico sino su simple tenencia personal.

Ahora bien, con relación a esta singular dualidad, son pertinentes las siguientes “profundas observaciones” de James Frazer –según las calificara el propio Sigmund Freud–, formuladas en torno a un supuesto sustrato instintivo del tabú del incesto:

No acertamos a ver por qué un instinto humano profundamente arraigado habría de ser reforzado por una ley. No hay ley para ordenar al hombre que coma y beba o para prohibirle introducir sus manos en el fuego. Los hombres comen, beben y mantienen sus manos lejos del fuego instintivamente, por temor a los castigos naturales y no legales que se atraerían conduciéndose en contra de su instinto. La ley no prohíbe sino aquello que los seres humanos serían capaces de realizar bajo el impulso de algunos de sus instintos. Lo que la naturaleza misma prohíbe y castiga no tiene necesidad de ser prohibido y castigado por la ley².

La atención de esta cita ha sido realizada por el jurista francés Antoine Garapon en su propuesta de un modelo de “restauración del sujeto de derecho” aplicable a los toxicómanos³. De acuerdo a esta formulación, privilegiando su estatuto de enfermos antes que el de delincuentes, se pretende promover una “justicia comprensiva” que, por medio del diálogo, ponga en evidencia para los afectados lo razonable –y, por ende, justificado– del proceso en cuestión: la detención, el encierro, el juzgamiento, el tratamiento, la rehabilitación y, sujeto ya jurídicamente restaurado, la cura.

Por su parte, el jurista argentino Elías Neuman considera las implicancias jurídicas de cómo la enfermedad se transforma en delito, y viceversa. Subraya que así el sistema penal resulta manipulado con finalidades ulteriores. Comenta que la opción entre la sanción penal o la desintoxicación en un tratamiento de rehabilitación no tiene en cuenta las posturas legalistas y garantizadoras que señalan la inconstitucionalidad de obligar a un tratamiento. En consonancia con lo observado por Frazer, Neuman señala la irreductible paradoja: aceptando los dogmáticos penales que quien ingiere drogas es un enfermo, ¿por qué la ley los victimiza como delincuentes?⁴

El interrogante que nos plantea esto es, en primer lugar, el relativo a las implicancias antropológicas de semejante estado de cosas. Más allá de lo concerniente al (des)orden jurídico vigente

2 Citado en Sigmund Freud. *Tótem y Tabú*. Pág. 162. Alianza. (1985).

3 Antoine Garapon. *El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho?* En *Individuos bajo influencia. Drogas, alcoholes, medicamentos*. A. Ehrenberg (comp.). Nueva Visión (1994).

4 Elías Neuman. *La legalización de las drogas*. Pág. 23. Depalma. (1991).

–reconocido por Garapon en el desconcierto de los jueces debido a su ajenidad absoluta respecto al tema de la droga, superada según él con una justicia inteligente que apela a la virtud del diálogo; denunciado por Neuman en cuanto a la corrupción del derecho que conlleva: la violación de los principios de legalidad, proporcionalidad, idoneidad, subsidiaridad–; lo que está en juego en el fondo es la concepción misma del ser humano en lo referente a las condiciones de su bienestar y sus estados patológicos. Viene al caso advertir, sin embargo, que el concepto de “enfermedad mental” es esencialmente histórico, sus condiciones mismas de existencia dependen de determinados marcos normativos que resultan hegemónicos en sus contextos sociales de referencia. Lo problemático lo constituyen las instancias de transición, aquellas situaciones que expresan los conflictos inherentes a las tensiones que se producen en determinados momentos críticos del devenir histórico de las sociedades. Se trata de aquellas circunstancias de cambio cultural que movilizan replanteamientos del orden establecido, donde precisamente afloran en términos relativamente desproporcionados las actitudes y conductas que son consideradas *desviaciones* de lo normal⁵.

En nuestro caso, la cuestión polémica está allí donde tales desviados no solo reivindican su derecho, sino incluso el valor de su desviación, lo que conlleva una *lucha por el reconocimiento* de su identidad diferenciada. En el accionar jurídico lo que está en juego en estos casos justamente es la identificación entre el juez y el acusado. Según veremos, la interpretación propuesta por Garapon del sujeto toxicómano –fuera del derecho– afirma que este estaría atravesando una “crisis personal” que lo ha llevado a dicha disposición de ánimo drogodependiente, pero que, una

5 Sobre la inadecuación de determinar el carácter de enfermedad mental fuera de un contexto social y moral, así como diez sugerentes tesis sociopolíticas sobre el problema de las drogas, véase: Fernando Savater Fernando. *Ética como amor propio*. Mondadori. (1998). Para una lectura crítica llevada a cabo desde el ámbito jurídico de la problemática relación entre la política de las drogas y el paradigma de enfermedad –que se ha desplazado históricamente de la criminalización a la medicalización–, véase Carlos Rodolfo Hügel. *La política de drogas y el paradigma de enfermedad*. Depalma. (1997). Por otra parte, para una discusión desde una perspectiva filosófica del dilema central en cuestión, véase Sergio Albano. *Cultura Cannabis, ¿delito o derecho?* Quadrata. (2007).

vez superada y recuperada no solo la salud sino incluso la dignidad –así como la auténtica libertad–, volverá a ser el hombre correcto que debe ser. Se trataría, pues, de un “sujeto crítico”.

Sin embargo, la responsabilidad social, fuera de lo que compete a los poderes políticos, la detenta la esfera del saber científico. En este caso se trata de las ciencias de la salud, las que incluyen tanto a la medicina, especialmente a la psiquiatría, como a la psicología, las cuales han dictaminado el carácter patológico de esta relativamente nueva aducida conducta humana: la drogadicción. Esta consiste en una tendencia compulsiva hacia el consumo de sustancias tóxicas que no solo envenenan el cuerpo –como el tabaco, el alcohol, los fármacos en general–, sino que producen un estado “estupefaciente” de la mente. Debido al contenido de estas sustancias de determinados principios activos, tienen diversos efectos psicoactivos denominados indistintamente como alucinógenos, visionarios, psicodélicos, enteogénicos, narcóticos, fantásticos, etc. La figura clínica que condensa el diagnóstico oficial es la del drogadicto o toxicómano, definido justamente como aquel ser cuya completa dependencia de la droga le produce tal daño que lo lleva implacablemente al deterioro personal. Se trata pues de seres autodestructivos.

Ahora bien, aunque lo fueran, la cuestión problemática –según señalara Frazer– es, ¿por qué si la naturaleza sanciona y castiga un impulso natural va ser necesario prohibirlo por la ley? Se dice que es en extremo celo por el bienestar general de la población, por la imperiosidad de tomar todos los recaudos necesarios en aras al mantenimiento de la *seguridad* pública, amenazada por tan grave “peligro” que recibe el justo nombre de una epidemia, un azote, un flagelo. Después de todo no se hace más que luchar contra el sufrimiento. Sin embargo, cabe precisar, el sufrimiento *del otro*. Y aún más, contra el sufrimiento que se ha identificado en el consumidor de drogas a pesar de no querer ser reconocido por él mismo; tal es su falsa conciencia drogodependiente. De allí que, “comprendiéndolos”, en el doble sentido de conociendo acerca de su desdichada vida y sintiendo compasión por esta, se impone dirigir todos los esfuerzos para

aliviarlos de su condena. No siendo la condena legal otra cosa que un mero “símbolo” que los toxicómanos deben pactar para restaurar su integridad jurídica, comprobada en su compromiso y colaboración en un tratamiento de rehabilitación por un lapso de tiempo determinado.

De allí que, en tanto se considera que el crimen se ha cometido bajo los influjos de un padecimiento enfermizo, en lugar de consistir en la falta de libertad física debida al encierro respectivo, la pena se transmutará en un tratamiento de rehabilitación en un centro de atención adecuado a tal efecto –una comunidad terapéutica o bien un hospital de día–. Acorde con la naturaleza de la sanción jurídica, la enfermedad debe ser indefectiblemente curada dentro del lapso de dos años, de lo contrario el trasgresor será enviado a prisión. Se trata pues de un proceso de *curación forzada*. Sin embargo, tal como ha advertido desde la clínica Alcira Márquez, dada la contradicción insalvable entre la imputada responsabilidad del acto –criminalidad penable– y su simultánea irresponsabilidad –enfermedad curable–, la pretendida curación a través de un tratamiento obligatorio adolece de cierta invalidez psicológica⁶. Lo cual se traduce en la falta de condiciones adecuadas para la instalación de la relación transaccional, tal como lo pone en evidencia la ausencia de demanda de los derivados a los centros de rehabilitación por parte de las autoridades judiciales⁷.

6 Alcira Márquez. Droga y control social: algunas consideraciones sobre las medidas de seguridad como modalidades coercitivas de tratamiento en la Ley 23.737. III Congreso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos. Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo (11-14 de noviembre, Bs. As, 2004).

7 Al respecto, es significativo lo señalado por una reconocida autoridad a nivel nacional en la materia acerca de la falta de demanda psicológica por parte de los derivados a los centros de rehabilitación. Desconociendo en su subjetividad estar padeciendo algún problema, no hay pues de su parte un genuino reconocimiento de la autoridad médica del caso (así como, cabe inferir, seguramente tampoco de la correspondiente autoridad judicial). Mario Kameniecki. *Iluminados abstenerse*. Encrucijadas. Drogas ilegales: hipocresía y consumo. Año 1, n.º 8. 2001. Sobre las condiciones inherentes a la baja proporción de pacientes curados, véase Brígida Renoldi. *Estar sano es ser persona. El caso de los usuarios de drogas en tratamiento*. Cuadernos de Antropología Social. n.º 13, ICA, FFyL, UBA, 2001.

II. LA EXPERIENCIA FRANCESA: DE LA JUSTICIA IMPUESTA A LA JUSTICIA PROPUESTA

Con el objeto de ilustrar la fundamentación jurídica esgrimida por el prohibicionismo de rigor, consideraremos con atención la propuesta políticamente “progresiva” formulada por Garapon. En primer lugar, nos advierte que este delito perturba las categorías tradicionales del derecho, puesto que, en la medida en que es este mismo el principal dañado por su uso, el “delincuente” es a la vez *autor y víctima* de su delito. Por otro lado, sostiene que, siendo la toxicomanía un problema relativamente nuevo, ha llegado a *desconcertar* a los jueces: al no tener estos experiencia con la droga, representa para ellos una “ajenidad absoluta”, impidiéndose así toda identificación entre el juez y el delincuente (análogamente a la transferencia en la terapia, la identificación es un mecanismo esencial del juicio). Es más, esta ajenidad se ve redoblada por una suerte de misterio que confina con lo sagrado, que es donde a su entender hay que buscar la razón de la penalización del uso de estupefacientes⁸.

Ahora bien, si –según retoma de Freud la observación de Frazer– la propia naturaleza sanciona duramente al toxicómano, ¿por qué, se pregunta en consecuencia Garapon, reforzar esta defensa natural mediante una defensa jurídica? Responde que esta “inclinación” que combate la ley penal no es otra cosa que la “tentación”, común a toda la humanidad, de la “desmesura” del sujeto, el deseo prometeico de emanciparse de toda coerción. Esta trasgresión de la ley por definición de la especie humana, la de la finitud de nuestra condición mortal, toma en la toxicomanía la forma particular de un pacto: es así que el mito de Fausto está singularmente presente en las representaciones de los jueces: el drogadicto ha vendido su alma al diablo quedando encerrado en un contrato infernal. Es la potencia misteriosa de la substancia, liberadora de los rigores de la realidad, lo que refuerza su asi-

8 Antoine Garapon. El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Pág. 273.

milación a lo sagrado. Tal percepción que los jueces construyen haciéndose eco de la opinión pública, “¿se prolongará por medio de la representación implícita de una suerte de *mana* con el que estaría dotado el producto mismo!”⁹. De allí que los jueces habrían pasado del desconcierto a un sentimiento prácticamente inverso: el de juzgarse investidos de una *misión* de lucha contra la droga; sin embargo, advierte Garapon, esta “cruzada” corre el riesgo de hacerles olvidar que su deber esencial es la de hacer el derecho y aplicar la ley (así como, en sentido más general, “afianzar la justicia” según reza nuestra constitución).

De acuerdo al recurso mítico explicativo considerado por Garapon, no habría más que lograr que aquellos que han “vendido su alma al diablo” rompan con el pacto establecido con Mefistófeles. Si bien bajo esta apelación literaria no se pretende más que fundamentar una retórica persuasiva, cabe interrogarnos si se trata en verdad de una argumentación consonante con las condiciones de racionalidad inherentes al accionar jurídico.

Si bien es cierto que, según Leszek Kolakowski (1990)¹⁰ advierte, no es posible negar la presencia del mito en nuestra sociedad moderna –en especial, en lo que hace a la “cultura de los analgésicos”, en la que estaríamos sumidos en la modernidad según el filósofo polaco–, no parece empero que sea una fundamentación apropiada para este caso. Como observa Garapon, consonante con ello es una actuación de los propios jueces investidos de una suerte de “misión” por cumplir, lo cual tampoco parece ser lo conveniente para guardar una apropiada ecuanimidad.

Ante los desafíos que el particular caso del toxicómano plantea al problema general de la concepción del sujeto de derecho, Garapon sostiene que lo que ha ido evolucionando no es tanto la percepción de este singular sujeto, sino más bien “la postura antropológica del derecho respecto a lo social”¹¹. De allí la pregunta central: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Buscando

9 Antoine Garapon. El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Pág. 274.

10 Leszek Kolakowski. La presencia del mito. Cátedra. (1990).

11 Antoine Garapon. El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Pág. 275.

en las prácticas contemporáneas gérmenes de lo que propone llamar una “justicia inteligente”, pretende encontrar una superación de la alternativa infernal entre la represión ineficaz y mutilante y la descalificación patológica. Ante los interrogantes: “¿Delincuente o enfermo? ¿Delincuente y enfermo?”, Garapon responde que, desde esta perspectiva, por cuanto “la pregunta está mal formulada”, no se trataría ni de uno ni de lo otro, sino de un “tercer término, que escaparía a la estigmatización del loco o del delincuente”¹².

Contrariamente a la ficción jurídica del sujeto de derecho concebido como idéntico desde el nacimiento hasta la muerte, Garapon indica que la noción de “crisis” se abre paso cada vez más como una realidad del sujeto moderno, debiendo el derecho considerarlo en su carácter transitorio. El consumo de drogas, pues, en vez de reducir al sujeto en un “ser” (alternativa infernal del enfermo o delincuente), se puede interpretar como un estado de tránsito, como una crisis que hay que superar mirando al futuro. Se establecería así una especie de dialéctica entre una justicia impuesta y una “justicia propuesta, abierta a la negociación”, a tal punto que uno de los roles de los jueces consiste precisamente en hacer proposiciones (concepto aberrante para un jurista liberal que reduce la justicia a una intervención autoritaria). Al toxicómano se le debe proponer atención (sentido de la exhortación terapéutica). Garapon sostiene que si bien la intervención policial podrá consistir en imponer obligaciones particulares al toxicómano, allí donde antes se habría visto un control social insostenible, redescubrimos ahora “el valor rehabilitante de la *obligación* como medio a la vez de reinsertar y de pagar su deuda social, *deberes* como la otra faz de los derechos, como una manera de restaurar la dignidad del hombre”. Por su parte, “el juez deberá en consecuencia hacer cumplir la ley en lo particular, *adaptándola a cada situación*, lo cual hace

12 Antoine Garapon. El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Pág. 282.

algunos años habría parecido contrario al principio de igualdad ante la ley”¹³.

Desde esta perspectiva, terapia y pena, lejos de ser inconciliables, se compatibilizarían en una suerte de dialéctica. Según Garapon, se trata de inaugurar mediante una palabra, y no mediante un acto, la acción de justicia. La palabra y la negociación se vuelven así condiciones *sine qua non* del respeto de la dignidad humana, constituyendo el sujeto de derecho aquel a quien se le reconoce la capacidad de negociar. Ligado al respeto a la persona como sujeto de palabra, el concepto de dignidad da lugar a un verdadero intercambio con el médico, quien de entrada, señala Garapon, “ya no está en posición de ser el que mejor decide lo que el paciente necesita”. La “cura” aparecerá como un “contrato entre la institución y una persona”. Por cierto “el toxicómano está enfermo, pero sigue siendo una persona porque permanece capaz de dar su consentimiento y de volverse parte activa en su reinserción”. En última instancia, pues, “la mejor manera de sacar al individuo de su propia dependencia es tratarlo como libre para que colabore en su propio tratamiento, haciendo de su voluntad una condición de su reinserción”. Si bien la negociación no basta para caracterizar la dignidad, es el modo más adecuado de acercarse a ella. Garapon sostiene que es un error presentarla como una alternativa respecto a lo judicial; por el contrario, concluye al respecto que el espacio de la negociación abierta, “controlado y sancionado por lo judicial”, parece el lugar de la “emergencia de este nuevo sujeto de derecho”¹⁴.

III. NATURALEZA DE LA “A-DICCIÓN” E (IM)POSIBILIDAD DE DIÁLOGO

Ahora bien, a fin de lograr una superación de la instancia pedagógica del diálogo (modelado sobre una asimetría esencial entre

13 Antoine Garapon. El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Pág. 290. (subrayado del autor).

14 Antoine Garapon. El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Pág. 292.

mayor y menor, entre quien sabe y quien no), y, en consonancia con nuestra moderna forma democrática de vida, alcanzar una comprensión a través de una conversación entre ciudadanos reconocidamente iguales, cabe plantear algunos interrogantes sobre la naturaleza misma de lo que entendemos por “diálogo”.

En su reflexión dedicada precisamente a “la incapacidad para el diálogo”, Hans-Georg Gadamer se interroga si, en razón de la creciente monologización de la conducta humana que favorecen los medios de pensar científico-técnicos, en nuestra sociedad no estará desapareciendo el arte de la conversación. O acaso se deberá a una suerte de autoenajenación y soledad del mundo moderno lo que nos hace callar, particularmente a los más jóvenes. O bien, plantea, quizá estemos ante un decidido rechazo de una voluntad de consenso, una rebelión contra el falso consenso reinante en la vida pública¹⁵.

Este hermeneuta pregunta: “¿Qué es una conversación?”. Y responde: “Lo que hace que algo sea una conversación no es el hecho de habernos enseñado algo nuevo, sino que hayamos encontrado en el otro algo que no habíamos encontrado aún en nuestra experiencia del mundo [...]. La conversación tiene una fuerza transformadora”¹⁶.

Refiriéndose justamente a la conversación entre maestro y discípulo, una de las formas originarias de la experiencia dialogal, señala Gadamer la especial dificultad presente en la posición de quien enseña para mantener la capacidad de diálogo (a la que sucumbe la mayoría). Se trata del “peligro de cátedra”, ejemplificado magistralmente por el profesor de fenomenología Edmund Husserl, quien al principio de su seminario, donde se suele promover el diálogo de investigación o al menos pedagógico, cuando, ante una breve respuesta a su pregunta inicial, continuó las dos horas siguientes de la clase en un monólogo ininterrumpido. Al final, al salir con su ayudante Heidegger, le dijo: “Hoy ha habido un debate muy animado”. Sostiene

15 Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método II*. Sígueme. (1992).

16 *Ibidem*, pp. 206-207.

Gadamer que esta incapacidad para el diálogo de parte del profesor radica en la estructura monológica de la ciencia y la teoría modernas¹⁷.

En cuanto al diálogo terapéutico, en su aplicación psicoanalítica, señala Gadamer que intenta justamente curar la propia incapacidad para el diálogo del paciente, problema comunicativo corriente. Igualmente este diálogo no deja de ser un trabajo común de ilustración, donde el paciente reconoce desde el principio su malestar, que consiste precisamente en su incapacidad para el diálogo; o al menos su dificultad para la comunicación¹⁸. Pero el asunto en verdad problemático, advierte Gadamer, es aquel donde la incapacidad para el diálogo no se reconoce a sí misma. No la padece uno mismo, sino el otro, a quien no se le concede la capacidad de hablar, o mejor, de hacerse entender bien. Después de todo se trata de un delicado proceso de comprensión mutua. Si uno solo se escucha a sí mismo, no oye, o quizá peor, oye mal, no es capaz de oír en realidad al otro. Concluye Gadamer: “Eso de la ‘incapacidad para el diálogo’ me parece que es más el reproche que hace alguien al que se niega a aceptar sus ideas que una carencia real del otro”¹⁹.

Pues bien, desde los términos que propone Garapon de la relación entre el juez y el toxicómano, ¿están dadas las condiciones para un verdadero diálogo? Si se define a una de las partes como “a-dicto”, vale decir, careciente de habla, ¿cómo es posible entablar una conversación? Después de todo, ya sabemos quién detenta la razón –además del poder y la fuerza–, aquel informado “científicamente” que cumple con su deber de comunicar los motivos que sustentan su posición. Garapon habla de, a través de la promoción justamente de la negociación y el diálogo, lograr la recuperación jurídico-social de los toxicómanos en cuanto verdaderos “sujetos de derecho”. Lo que conlleva que estén bien predispuestos a expresarse ante la autoridad sobre sus inclinaciones drogófilas, pero no menos dispuestos a tener

17 Ibidem, p. 207.

18 Ibidem, pp. 208-209.

19 Ibidem, p. 210.

que escuchar las razones que avalan el diagnóstico médico y obligan pues a tales medidas jurídicas de orden coercitivo –las denominadas “medidas de seguridad”–. Desde este enfoque, el tratamiento *obligatorio* constituiría la instancia “curativa”, la tarea de limpieza de los residuos tóxicos, suerte de purgatorio psicológico cuya virtud terapéutica, recuperándolos del infierno de la droga, consigue reintegrar a los inadaptados a las bondades terrenales del orden social vigente.

No obstante semejante intención humanitaria, no parece que en este caso puedan concurrir las condiciones de una mínima *equidad* que son esperables de un auténtico diálogo, en el que ninguna de las dos partes asuma *a priori* la superioridad de su propia versión de los hechos. Si bien la “justicia inteligente” de la que nos habla Garapon, en su apertura al diálogo, deja expresar libremente al consumidor sobre sus problemas e inclinaciones personales, lo hace para en última instancia demostrarle lo erróneo de recurrir a drogas no prescritas por los expertos del caso. Así pues, en cuanto semejante justicia “propuesta” no renuncia en absoluto a su posición jerárquica, no deja de tener, como es propio de cualquier institución judicial, la última palabra. Que en vez de padre de familia se asuma como un maestro no cambia el fondo de la cuestión, permanece una disimetría básica, el “progreso” jurídico es más aparente que real. Porque de hecho la situación dialógica es puramente ficticia. No pueden en verdad darse las condiciones hermenéuticas mínimas que posibiliten una conversación auténtica, aquella en la que ambas partes están abiertas a la verdad de la otra, aun bajo el riesgo de tener que realizar un cambio en el propio punto de vista al respecto.

Si se pretende proponer una situación en la que acontezca un auténtico *diálogo*, no puede menos que estar en juego un *reconocimiento mutuo* de los participantes. Sin embargo, la asimetría social en este contexto jurídico es evidente, como lo ilustra la recurrente comparación con el derecho de los niños. Está presente la prelación de la minoridad del otro, su discapacidad espiritual, su enfermedad toxicómana que mina su real capacidad de ejercer una libertad responsable. En última instancia, la “restauración

del sujeto de derecho” enunciada como un eventual logro del sistema judicial moderno y en verdad humanitario, consiste simplemente en que la persona, reconociéndose enferma, acepte la razonabilidad de su detención y encierro, así como la obligación de un tratamiento, cuyo cumplimiento adecuado posibilitará entonces su reinsertión a la vida social en términos realmente dignos de un ser humano hecho y derecho.

De acuerdo a su carácter asimétrico, este diálogo jurídico-terapéutico asume la virtualidad hermenéutica *negativa* del significante “a-dicto”: aquel que carece de palabra. Por tanto, el juez se la provee, o mejor, le brinda las condiciones para que recupere su propia voz. Que no es otra cosa que el reconocimiento de la verdad ajena, en suma, reducirse a la mera obediencia a la autoridad instituida. Pero de tal modo no se produce un genuino reconocimiento en cuanto a la consideración mutua de los argumentos de ambas partes. Estamos ante el caso en que, de acuerdo a la formulación hegeliana de la dialéctica del amo y el esclavo, se ha producido un *falso reconocimiento*. En tanto el amo ha enfrentado al amo absoluto, el miedo a la muerte, alcanza una conciencia independiente; en cambio, sujeto al temor a morir, el esclavo deviene conciencia dependiente, de donde el dominio resultante del amo lo sume en la figura de la *cosidad*, que es a lo que se reduce un drogadicto en cuanto, no solo por definición, se le priva del ejercicio de su propia palabra, sino que cuando se la solicita es a tal grado subordinada que, en última instancia, no puede hacer otra cosa que asentir a lo dictaminado por las autoridades.

IV. DISCUSIÓN HERMENÉUTICA JURÍDICA: LA APLICACIÓN DE LA LEY AL CASO

Nos preguntamos entonces, ¿qué interpretación podemos hacer de las condiciones hermenéuticas inherentes a esta problemática de las drogas que, con base en dudosos fundamentos científicos propios del saber médico oficial, se corresponde a su vez con una

singular situación de anomalía jurídica? Para tal fin retomaremos de la principal obra de Gadamer, *Verdad y método*, determinadas apreciaciones críticas sobre la cuestión de la *historicidad* inherente a la dimensión *interpretativa* del accionar jurídico. De acuerdo con este autor, un supuesto hermenéutico fundamental nos refiere a la indicación de que los textos de la tradición deben ser interpretados en un sentido distinto del que pretenden por sí mismos: “Por detrás de ellos, y por detrás de la referencia de sentido a la que dan expresión, la interpretación histórica buscará la realidad de la que son expresión involuntaria”²⁰. Para lo cual es menester recurrir a su vez a otras clases de materiales históricos, como los llamados restos. Es pues necesario llegar al verdadero sentido que a un tiempo se expresa y se oculta en los textos.

De raigambre precisamente jurídica, una instancia hermenéutica clave es la de la *aplicación* de lo que dicen los textos de la tradición a la situación actual, siendo constitutiva *la tensión dada entre el texto y el sentido* que se alcanza en el momento de *la interpretación*. Lo que implica que, atendiendo a sus propias pretensiones, a fin de lograr superar la enajenación que ha experimentado en el devenir histórico, el texto “debe ser comprendido en cada momento y en cada situación de una manera nueva y distinta”²¹.

Reafirmando “la actualidad hermenéutica de Aristóteles”, Gadamer considera relevante la distinción entre *tekné* y *phronesis*, a saber: entre, por un lado, el saber técnico que, en función de su exterioridad respecto al objeto, puede abstraerse al orden de lo general; y por el otro, la sabiduría práctica, que implica un componente ético en el actuar, componente según el cual es menester saber decidir *por sí mismo* el modo correcto de conducirse en cada situación particular. Sostiene que la conducta ética así entendida no debe dejarse arrebatar dicha *autonomía* por nada ni nadie. Siendo además una precondition para ayu-

20 Ibidem, p. 409.

21 Ibidem, p. 380.

dar a la conciencia moral a ilustrarse a sí misma, se presupone a su vez suficiente *madurez* para no esperar de la indicación que se ofrece más de lo que puede y debe dar. El ejercicio de la *phrónesis* conlleva un saberse, un saber para sí, medio a través del cual el ser humano constituye las imágenes que tiene sobre lo que debe ser, sus conceptos de justo e injusto, de decencia, valor, dignidad, solidaridad, vale decir, se trata de las imágenes directrices por las que se guía²².

Sin embargo, Gadamer advierte: “lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que pide justicia”. En tal sentido, quien aplica el derecho se encuentra en una posición concreta por la que se verá seguramente “obligado a hacer concesiones a la ley en sentido estricto”, no porque no pueda cumplirla, “sino porque de otro modo no sería justo”. Actuando así, lejos de eliminar aspectos de la justicia, encuentra por el contrario un derecho mejor. Gadamer señala al respecto:

*En su análisis de la epieikeia, la 'equidad', Aristóteles da a esto una expresión muy precisa: epieikeia es la corrección de la ley. Aristóteles muestra que toda ley se encuentra en una tensión necesaria respecto a la concreción del actuar, porque es general y no puede contener en sí la realidad práctica en toda su concreción*²³.

En relación con ello Gadamer observa que, a pesar de la atribución de una concepción iusnaturalista del derecho que se le ha hecho a Aristóteles, en cuanto tuvo precisamente en cuenta que la cuestión de la equidad conlleva la necesidad de una corrección de la ley, su posición no se contraviene con la del derecho positivo. Aunque es verdad que, en cuanto ponderación de la equidad ocupa en su doctrina una tarea complementaria del derecho. Consonantemente, distinguió entre justicia de acuerdo a la naturaleza y a las leyes. Si bien reconoce la idea de un derecho inalterable, la limita expresamente al ámbito de los dioses, siendo alterable entre los hombres tanto el derecho positivo como el natural. Vale decir que, aunque existen imposi-

22 Ibidem, pp. 383-389 (subrayado del autor).

23 Ibidem, pp. 389-990.

ciones jurídicas que son por entero asunto de convención, también existen cosas que, más allá de las convenciones humanas, responden a su propia “naturaleza”. Esta clase de imposiciones correspondería a un “derecho natural”. No obstante, “en la medida en que la naturaleza de las cosas deja un cierto margen de movilidad para la imposición, este derecho natural puede cambiar”²⁴. De acuerdo a esto, a pesar de lo afirmado por la teoría iusnaturalista posterior que interpreta la intención de Aristóteles como si comparase la inmovilidad del derecho con la de las leyes naturales, Gadamer sostiene:

*la idea de derecho natural en Aristóteles solo tiene una función crítica. No se la puede emplear en forma dogmática, esto es, no es lícito otorgar la dignidad e invulnerabilidad del derecho natural a determinados contenidos jurídicos como tales. También para Aristóteles la idea de derecho natural es completamente imprescindible frente a la necesaria deficiencia de toda ley vigente, y se hace particularmente actual allí donde se trata de la ponderación de la equidad, que es la que realmente halla el derecho. Pero la suya es una función crítica en cuanto que legitima la apelación al derecho natural solo allí donde surge una discrepancia entre un derecho y otro*²⁵.

Gadamer observa que “por razones estrictamente jurídicas es necesario reflexionar sobre el cambio histórico de las cosas, pues solo este permite distinguir entre el sentido original de una ley y el que se aplica en la praxis jurídica”. En tal sentido, pues, “el intérprete jurídico implica el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador”, lo que lo obliga a “admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia *la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo*”²⁶. Según este autor, en suma, la dimensión hermenéutica de la praxis jurídica se pone en evidencia en el hecho de que, “cuando el juez se sabe legitimado para realizar una complementación del derecho dentro de la función judicial y

24 Ibidem, pp. 390-391.

25 Ibidem, pp. 391-392 (subrayado del autor).

26 Ibidem, pp. 398-399 (subrayado del autor).

frente al sentido original del texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión”²⁷.

Ahora bien, en relación con el polémico tema de los recursos extraordinarios por inconstitucionalidad y arbitrariedad, el jurista argentino Tomás Darío Casares subraya que, según lo expresa su Preámbulo, un propósito general de la Constitución de nuestro país consiste en “*afianzar la justicia*”²⁸. Sin embargo, señala que, por sabiamente organizada que esté una magistratura, si se ve obligada a aplicar sin recurso alguno leyes inicuas, más que la justicia lo que afianza es la iniquidad. En consecuencia, sostiene que el artículo 59 del Código de Procedimientos –que prohíbe a los jueces juzgar la equidad o valor intrínseco de la ley– cede ante aquel precepto constitucional²⁹. Esta situación, según señala expresamente este jurista, puede llegar a imponer al juez la obligación de no aplicar la ley cuando hacerlo conduce a una solución sustancialmente injusta³⁰. Tal como observara Gadamer en su apelación a la *phrónesis* aristotélica, afirma Casares que los juicios sobre la justicia de una norma legal, lejos de ser meramente teóricos y abstractos,

*tienen que ser hechos en función de determinadas y circunstanciales condiciones de existencia, es decir, referidos a las modalidades de la concreta realidad social, política y económica del lugar y el momento en que el juicio ha de ser hecho. Esto es, precisamente, lo que caracteriza a los juicios de prudencia*³¹.

Casares pone de relieve que, en tanto se pretende que la plenitud del orden jurídico en una expresión positiva sea au-

27 *Ibidem*, p. 414.

28 Tomás Darío Casares. *La justicia y el derecho*. Abeledo-Perrot. (1974). Es preciso observar que, fundada en la doctrina tomista, la obra de este pensador católico se orienta a una conciliación de los órdenes de la fe y la razón a través de una apelación dogmática a la validez en última instancia trascendente del derecho natural. No obstante, según lo observado por Gadamer respecto a la relación entre la filosofía aristotélica y la interpretación iusnaturalista posterior, recurrimos a determinadas argumentaciones suyas en cuanto ponen de manifiesto la mentada “función crítica” del derecho natural en términos pertinentes a nuestra discusión.

29 *Ibidem*, p. 235.

30 *Ibidem*, p. 155.

31 *Ibidem*, p. 238.

tosuficiente; y en cuanto la autosuficiencia pone a cubierto de que ese ordenamiento positivo no remita a nada que no sea él mismo, “la interpretación (como exégesis de los textos) adquiere una importancia excepcional”. Pero, se interroga nuestro jurista, “¿qué es lo que realmente ocurre en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas?”. Es menester tener presente la relación en que se hallan “interpretación” y “aplicación”, puesto que mientras la aplicación supone interpretación, la interpretación apunta a la aplicación. De lo que se trata pues es de desentrañar el sentido de la norma. “Y sentido, tratándose de una norma de conducta, significa intención, propósito, finalidad. Lo cual comporta referencia a la actuación de la norma, cuya existencia se perfecciona y consume en la aplicación o vigencia a que está destinada”. Casares plantea entonces:

*Siendo así, ¿puede hacerse la interpretación de la ley positiva sin otra referencia, en cuanto norma de regulación y medida, que a ella misma? Con esa sola referencia, ¿se puede salvar el tránsito de la generalidad del precepto legal –que es además, en cuanto precepto positivo, una generalidad delimitada y rígida–, a la singularidad de las situaciones en que la ley se aplica?*³²

Puntualiza al respecto este jurista:

*hasta las concepciones más herméticas de la plenitud autosuficiente del derecho positivo admiten situaciones en las que el intérprete tiene una libertad equivalente a la del legislador, cuando remiten, en defecto de la ley, a ‘los principios generales del derecho’ (art. 16, código civil) o a la facultad para proceder ‘como hubiera procedido el legislador’ (Código Suizo, artículo 1º)*³³.

De acuerdo a esto, sostiene en suma Casares:

Hay, pues, una fundamental analogía entre el acto de sancionar la norma y el de interpretarla y aplicarla. Los dos actos son de imperio, los dos actos son de la virtud de prudencia, esto es, de la razón y la voluntad al mismo tiempo. En los dos interviene el libre arbitrio, o libertad del juicio respecto

³² Ibidem, p. 167.

³³ Ibidem, p. 168.

a los medios con que, en ambos casos, se procura un mismo fin: 'hacer justicia'³⁴.

V. LA EXPERIENCIA ARGENTINA: LA JUSTICIA COMPRENSIVA

Ahora bien, en lo concerniente a la singular posición de nuestro país sobre la problemática de las drogas, viene al caso considerar las divergentes argumentaciones que varios autores han expresado sobre el particular. En primer lugar están aquellos que se pronuncian irrestrictamente a favor de la postura prohibicionista³⁵. Además de las sentencias que se han dictado en las causas sustanciadas al respecto, están las obras apoloéticas que desde una perspectiva jurídica dan fundamento a la normativa vigente. Ejemplo de lo cual lo constituye, entre otros, el trabajo de Jorge López Bolado con su insistencia en la peligrosidad “estupefaciente” de las drogas psicoactivas³⁶. Entre otras indicaciones, como la de ver una falsa opción en cuanto a legalizar las drogas, este autor llama la atención sobre la asociación histórica del terrorismo y el movimiento *hippy*. En efecto, su intención común era el de subvertir el orden social, los primeros por medio de la violencia, la toma revolucionaria del poder, los segundos por medio de la desobediencia civil, consubstanciada justamente de una evasión de la realidad producida por el efecto alucinógeno de determinadas drogas psicoactivas (LSD y marihuana, principalmente). De allí su desvío de la norma instituida, con una tendencia a la relajación de las relaciones humanas que es percibida, si no como una amenaza a cierto ideal de orden social, al menos como una ofensa a este³⁷.

En lo que hace a los casos llevados a juicio, en la causa “Collavini” (1978) la Corte Suprema de Justicia sentó un principio de

34 *Ibidem*, p. 169.

35 Según lo expresan las sucesivas leyes promulgadas al respecto: Ley 11.309 (1924), Ley 11.331 (1926), Ley 17.567 (1968), Ley 20.771 (1974) y Ley 23.737 (1989).

36 Jorge Daniel López Bolado. *Drogas y otras sustancias estupefacientes. Su tráfico y tenencia. Situación actual. Plus Ultra*. (1977).

37 A su vez, desde la óptica opuesta se ha puesto de relieve la cercanía temporal en nuestro país de la promulgación de la ley contra las drogas y la ley contra la guerrilla subversiva (ambas de 1974), animadas las dos por el mismo espíritu de “protección” a la ciudadanía.

jurisprudencia en los siguientes términos: “si no hubiera interés en drogarse no habría tráfico ilegítimo de drogas”. Comentando el caso, Neuman señala que aun cuando la sentencia que apoyó el dictamen constituye una formulación de “realismo mágico”, sentó, sin embargo, jurisprudencia casi unánime por muchos años en los tribunales penales del país³⁸. No obstante, lentamente se ha ido abriendo paso una jurisprudencia contraria. En 1986, reinstaurada la vida institucional del país, la nueva Corte Suprema interpretó, por el voto de tres miembros contra dos, que la penalización de la tenencia para uso personal debía ser declarada inconstitucional. En la causa Bazterrica se subrayó “la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos elijan”. No obstante, esta doctrina judicial no tuvo repercusión en los fallos de jueces de instancias inferiores³⁹.

¿Pero, más allá de estos casos particulares, qué sucede en general en el desempeño efectivo de nuestra justicia nacional al respecto? De acuerdo a determinada información disponible acerca de lo que acontece en Argentina, a pesar de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 23.737 de reprimir de un mes a dos años de prisión al portador de estupefacientes para consumo personal –imponiendo además un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación del condenado–, en una clara *no aplicación de la ley* coherente con la última jurisprudencia, *los tribunales suelen desestimar* los casos de simple tenencia personal para el consumo.

En su propuesta de alternativas a la punición de la tenencia de estupefacientes –ante el evidente fracaso de sus resultados–, Luis Fernando Niño señala que, en la medida en que el sistema judicial contenga esta sanción, orientándose en la práctica casi

38 Elías Neuman, óp. cit., p. 133.

39 *Ibidem*, p. 134. Cabe no obstante tener en cuenta que el 25 de agosto de 2009 la Corte Suprema falló nuevamente en contra de la prisión de detenidos por la posesión de marihuana, convalidando la ambigua figura de la “despenalización”.

exclusivamente a su persecución, ilusiona a la opinión pública con un accionar contundente –que no es tal– contra los grandes responsables del comercio de sustancias prohibidas⁴⁰. Según datos del “Análisis estadístico del funcionamiento del Ministerio Público Fiscal”, dado a conocer por la Procuración General de la Nación a principios de 2001, señala Niño que el mayor porcentual de los delitos investigados por jueces y tribunales federales del interior del país corresponden a infracciones de la Ley 23.737. Las cifras son “elocuentes”: el 60 % de los casos corresponde a tenencia simple o tenencia para el consumo, mientras que los otros rubros resultan poco significativos. Se advierte además que de ese porcentaje de delitos se eleva a juicio el 7 % y se obtiene condena en el 3 % de los casos –sumando todas las jurisdicciones federales del interior del país–. Niño indica que “el rubro que le sigue en importancia es el de tenencia que se presume con fines de comercialización, que cubre el 16 % de los casos”. Destaca, en síntesis, que “entre las tres tenencias, totalizan más de las tres cuartas partes del despliegue humano, técnico y material de la Justicia Federal con sede en las distintas provincias argentinas”⁴¹. Para que no queden dudas, Niño señala que no es muy diferente la situación que revelan las estadísticas del fuero federal capitalino:

También en este caso “el mayor porcentual de las investigaciones iniciadas” en el primer semestre del año 2000, [...] “corresponden a infracciones de la misma ley de estupefacientes”. Con el mismo propósito de elucidar dónde recaen las tareas de prevención y represión, se concluye que “el 99% corresponde a tenencia simple o tenencia para el consumo, mientras que el 1% restante es la tenencia con fines de comercialización. De ese 99% se eleva a juicio solo el 0.6% y se obtiene condena en igual porcentaje de casos”⁴².

Por su parte, en su examen de la aplicación de la Ley 27.737 en la ciudad de Buenos Aires y en la provincia homónima entre 1996 y 2007, Alejandro Corda y Pablo Frisch llegan a conclusio-

40 Luis Fernando Niño. *Los muertos que vos matáis*. Encrucijadas. Drogas ilegales: hipocresía y consumo. Año 1, n.º 8. 2001. At. 23-24.

41 *Ibidem*, p. 24.

42 *Ibidem*, p. 24.

nes similares⁴³. En principio constatan que, si bien se observa la tendencia de su mayor aplicación durante dicho periodo, no se realizaron concomitantemente investigaciones que dieran cuenta de las distintas variables que concurren en esta problemática. Según datos del Sistema Nacional de Información Criminal, la cantidad de “hechos delictuosos” en todo el país por los delitos de la mentada ley se ha mantenido estable o se ha incrementado levemente (8 %) entre 1999 y 2003, mientras que ha aumentado significativamente (72.5 %) entre 1999 y 2006. Argumentan al respecto los autores que, lejos de haber contribuido a una reducción de su demanda, la ilegalidad de las drogas, por el contrario, la habría incrementado sensiblemente.

De acuerdo a los datos generales recabados, Corda y Frisch señalan que las causas por infracciones a la ley en cuestión se inician por la actividad desarrollada por las fuerzas de seguridad, que proceden a la detención de personas en la vía pública con poca cantidad de droga –marihuana o cocaína, principalmente–, que no tenían armas ni estaban cometiendo otro delito. Estas suelen ser varones, jóvenes, argentinos, solteros, sin antecedentes penales ni encarcelamientos anteriores, con diversos niveles de instrucción, que viven en casas o departamentos y con algún trabajo o actividad. La mayoría de estas causas fueron archivadas o sobreesidas por los juzgados, los que consideraron que los hechos no llegaban a ser delitos de tráfico⁴⁴.

Sobre la actuación de los juzgados de la ciudad de Buenos Aires examinados en 1993, se observa que en la mayoría de las causas se desestimó la imputación (180 de 379); seguían aquellas con archivo o falta de mérito (60), y después las que se habían sobreesido (40). Menos de 10 fueron las causas sobre las que

43 Alejandro Corda y Frisch Pablo. *Introducción a un análisis de la aplicación de la Ley de Drogas n.º 27.737 en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires entre los años 1996 y 2007*. IX Congreso de Sociología Jurídica, Rosario, 13/15 de noviembre, 2008.

44 Señalan los autores que, si bien la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires sostiene criterios desincriminantes respecto a la tenencia para consumo personal, tanto la Cámara Nacional de Casación Penal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación aún (2008) no han revertido los criterios jurisprudenciales que avalan su persecución penal.

se llegó a dictar sentencia. Por otro lado, según los datos concernientes a 1996, el 70 % de las imputaciones correspondió a tenencia para el consumo personal, el 23,9 % se tipificó como tenencia simple, y solo un 4,7 % fue considerado delito de tráfico. De las 401 imputaciones el 40,6 % fueron sobreseídas; el 26,9 %, desestimadas o archivadas; el 24,9 % continuaban en trámite; y un 3,4 % se habían suspendido. Solo tres casos (0,7 %) terminaron en condenas y otros tres fueron absueltos.

Contra y Frisch observan que, aunque la mayoría de las causas fueron cerradas por los juzgados por considerarse tenencias para el consumo, en tanto los criterios empleados son dispares, persisten interpretaciones jurisprudenciales que avalan la criminalización de dicha tenencia personal. Por otro lado, destacan que existe cierta falta de coordinación entre las agencias de la policía y de la justicia, prueba de lo cual son sus criterios encontrados. Al respecto, indican que el gran protagonismo de la actuación de la policía –basada muchas veces en criterios arbitrarios– define la magnitud y las características de la respuesta penal. Esta actuación suele recaer sobre personas fáciles de capturar, de donde el perfil de los detenidos nos refiere a jóvenes consumidores, no especialmente pobres, que circulan por espacios públicos en forma no conflictiva. Resulta significativo que si bien la actuación de los juzgados pone cierto límite a la criminalización secundaria iniciada por la agencia policial –aunque no de manera uniforme–, no evita el estigma que produce la selectividad de su accionar. Ni por supuesto, agregamos, el perjuicio producido por la mera detención y eventual encierro, aunque no sea más que por unas horas⁴⁵.

45 No menos grave, en fin, resulta lo que Contra y Frisch llaman la instrumentación de una estrategia diferenciada de administración de ilegalismos, en la que la persecución de consumidores y pequeños traficantes parecería propiciar condiciones adecuadas para liberalización de delitos tales como el lavado de dinero, el ingreso de precursores químicos, la comercialización de medicamentos sin prescripción y otros tantos delitos tipificados en la ley de drogas que, sin embargo, no son ni perseguidos ni reprimidos.

VI. DIALÉCTICA DE LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DE LA NORMAS

¿Podrá decirse que en este caso estamos ante aquella situación señalada por Hans Kelsen en la que, en cuanto la *eficacia* de una norma es una precondition de su *validez*, esta deja de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula *no la observan en una medida suficiente*?⁴⁶ El autor de *Teoría pura del derecho* sostiene que un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar en cierta medida de acuerdo con la realidad. Representando una *tensión entre la norma y el hecho*, se constata una relación de dependencia de la validez respecto a la efectividad de un orden jurídico. Kelsen afirma: “Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a ese orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*”⁴⁷.

Respecto a la cuestión del grado de validez de las normas creadas conforme a la Constitución –a la tensión entre validez y eficacia, esto es, a la relación entre el derecho y la fuerza–, Kelsen observa:

*Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas solo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legitimidad es restringido por el de efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto*⁴⁸.

Kelsen sostiene que el principio según el cual un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia constituye una norma de derecho positivo de orden internacional:

el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz. Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho

46 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Eudeba. (1971).

47 *Ibidem*, pp. 142-143.

48 *Ibidem*, p. 143.

*internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales*⁴⁹.

La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Según Kelsen, esta posible ausencia de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular nos muestra la necesidad de distinguir netamente entre ambas nociones. El principio de efectividad, además de ser una regla del derecho internacional positivo,

*puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que este haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente de derecho junto a la legislación. La costumbre puede derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aun si la Constitución escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley a la que no se le concedería vigencia efectiva. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta*⁵⁰.

En lo referido a nuestra problemática cabe preguntarse si la varias veces alegada inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 23.737, por contrariar lo declarado por el artículo 19 de la Constitución Nacional referido a la no injerencia de los magistrados en asuntos que son de exclusiva privacidad de las personas, no es sino el reflejo jurídico de la constatación histórica de la falta de adecuación de la norma en cuestión al principio de efectividad. De allí la posición consecuente de numerosos jueces de rehusar aplicar una ley que, a causa del alto grado de desobediencia civil –así como de arbitraria criminalidad– que ha dado en promover, habría caído en desuso.

49 *Ibidem*, pp. 143-144.

50 *Ibidem*, p. 146

En su lectura crítica de la prohibición de las drogas, donde propone expresamente un principio de solución, Neuman intenta explicar las razones de fondo del grave desequilibrio que sufre el sistema penal, así como la no menos grave *corrupción del derecho* que esta situación está promoviendo. Sostiene que en tanto no se compruebe con métodos rigurosos que la criminalización es un medio útil para controlar un determinado problema social –según muestran la experiencia y las investigaciones sobre el impacto de la justicia penal respecto al caso de la droga–, no se respeta *el principio de idoneidad*. Y en cuanto la intervención del sistema punitivo, no solo no tiene en cuenta otras alternativas adecuadas, sino que afecta negativamente incluso a los sistemas terapéutico, asistencial y educativo en concurrencia con el de la justicia penal, se está violando *el principio de subsidiariedad*. En fin, Neuman verifica la incongruencia de penar acciones privadas mientras la autolesión y la tentativa de suicidio resultan exentas de responsabilidad criminal. Lo cual “afecta *el principio de proporcionalidad* de la sanción penal respecto al daño social en cuanto a la comisión de ciertos delitos”⁵¹. Durante los años que han pasado no se han elaborado estudios científicos que demuestren la eficacia de la criminalización (podemos decir que, pasados veinte años desde entonces, tampoco no se han realizado hasta ahora), Neuman subraya que “la manipulación ha llevado al sistema penal a una *crisis de credibilidad* y, en consecuencia, *de legitimación*”.⁵²

VII. PALABRAS FINALES

Según hemos visto, si bien nuestro país formalmente se ha plegado a la iniciativa prohibicionista, se ha producido a su vez una relevante discusión en torno a la eventual inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley en cuestión que dictamina la penalización de la tenencia de drogas ilícitas para consumo personal⁵³.

51 Elías Neuman, *óp. cit.*, p. 146.

52 Elías Neuman, *óp. cit.*, p. 147 (subrayado del autor).

53 En tanto no ataca la raíz del problema, la comprensiva figura de la despenalización de la

Se argumenta que viola lo establecido por el artículo 19 de la Constitución, referido a los límites de la intervención estatal en los asuntos de incumbencia personal, y atentaría pues contra la libertad de conciencia⁵⁴. Se ha respondido que, por cuanto el daño que se produce a través del consumo de drogas no solo lesiona al propio consumidor, sino que afecta negativamente a la comunidad en general, es menester impedir cualquier manifestación suya. Además de amenazar la salud colectiva –así como atentar contra la seguridad–, se afirma que llega incluso a “ofender la moral pública”.

Pues bien, si convenimos en que la justicia es una cuestión de proporción, de equidad, es notable cómo, en función de lo dictaminado por nuestro derecho en lo concerniente a la prohibición de las drogas, se dan dos consecuencias que contradicen expresamente el objetivo último de promover un orden social justo: en primer lugar, por cuanto se constata una notable desproporción respecto a la condición social de los apresados por drogas, se infiere que, en virtud de un singular criterio selectivo –en primer lugar por parte de las fuerzas del orden–, se produce una inequívoca *discriminación social*. Se trata de una discriminación consonante con la marginalización y estigmatización asociada inevitablemente a la criminalización, no menos que acorde a la *discriminación étnica* sobre la que descansan en última instancia las motivaciones de la prohibición (neocolonialistas en sentido político, de carácter intercultural según su trasfondo antropológico)⁵⁵.

tenencia para el consumo personal –que está siendo discutida en la actualidad por altas autoridades a nivel nacional–, no viene sino a poner de relieve las notables ambigüedades inherentes a la aplicación de esta ley.

- 54 No está de más recordar que el artículo en cuestión fue elaborado en base a lo propuesto sobre el derecho a la privacidad por el presbítero Antonio Sáenz en 1819. Su propósito justamente apuntaba a delimitar las respectivas esferas de lo que ha ser considerado o bien delito o bien pecado –“vicio”–, es decir, discriminar netamente los ámbitos propios de la legalidad y la moralidad.
- 55 Sobre el carácter neocolonialista de la política de drogas, véase Luck Hulsman. *La política de las drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*. *Nuevo Foro Penal* Temis, Bogotá. n.º 35, enero/marzo, 1987. Para un examen de la dimensión propiamente antropológica relativa a los fundamentos interculturales de esta singular modalidad de –doble– discriminación, véase Fernando Lynch. *El sustrato étnico de la política de drogas. Fundamentos interculturales y consecuencias sociales de una discrimi-*

En segundo lugar, el *afán de equidad*—de “afianzar la justicia” según expresa el Preámbulo de nuestra Constitución— debería corresponderse con una estricta *aplicación de la ley*. Sin embargo, mientras por un lado es significativo el alto porcentaje de delitos asociados con drogas por simple tenencia para consumo personal, por el otro, no menos significativo resulta el bajo porcentaje de estos que se elevan a juicio y sobre los que se dicta sentencia. Se da en este caso que *los tribunales se rehúsan* a cumplir con su deber de condenar a los hallados culpables de infringir la ley. Cabe preguntarse si no estamos ante un caso en el que, según argumentara Kelsen, la validez del orden jurídico se vería afectada por la *falta de eficacia* de su ejecución. Se trataría de una interferencia entre los poderes el Estado. En efecto, según considera incluso a su modo nuestra misma Constitución, ante la evidente irregularidad de la situación, el poder judicial se vería de algún modo obligado a arrogarse facultades que son propias del poder legislativo⁵⁶.

Como vimos que lo señalara Gadamer, Aristóteles ya había contemplado el hecho de que, siendo las leyes generales y los casos a que se aplican particulares, siempre existe una tensión en lo que hace a su virtualidad interpretativa. De allí que, teniendo en cuenta que la complejidad de la vida humana lleva a que en determinadas ocasiones no sea en verdad justo atenerse estrictamente a lo prescrito por la legislación —atender a su “letra”—, es pues menester, en aras al objetivo de equidad al que se aspira, proceder justamente a *la corrección de la ley*—corresponder pues a su “espíritu”—. En los términos expresos de nuestra

nación médicofurídica. Runa. Archivo para las Ciencias del Hombre. Vol. 28. 2008 At. 141-168.

56 Vista esta problemática desde otro ángulo, en función de la puesta de manifiesto de la singular tensión dada entre la legalidad instituida y las situaciones particulares de su eventual (falta de) aplicación, cabe plantear hasta qué punto la política de drogas no viene a ser sino una ilustración histórica actual de lo observado por Walter Benjamin acerca de que, lejos de regir en determinadas ocasiones —cuando es públicamente declarado en situaciones de necesidad y urgencia—, el “estado de excepción” se ha vuelto la regla en las sociedades democráticas modernas. Para un análisis de esta cuestión, siguiendo la lectura que hace Giorgio Agamben de dicha tesis, véase Fernando Lynch. *El ‘estado de excepción’ de la política de drogas: un caso de desigualdad social por la suspensión del derecho*. Perspectivas metodológicas. Año 10, n.º 10. 2010. At. 91-106; Giorgio Agamben. Estado de excepción. Homo Sacer, II, I. Adriana Hidalgo Editora. (2005).

Constitución, el juez en tales casos debe actuar de acuerdo a los principios generales del Derecho.

La negativa de una gran proporción de los jueces de nuestro país a aplicar la legislación vigente que dictamina sancionar el consumo de drogas, es interpretable entonces como una positiva *defensa de los derechos* de quienes son así discriminados. Puede decirse que, en algún sentido al menos –implícito quizás–, no deja de reconocerse una suerte de ausencia de cierto derecho, el derecho humano a elegir consumir drogas, derecho concebible pues como una singular expresión de la libertad individual que es propia de nuestra moderna forma democrática de vida. De la pretensión de legislar el vicio deviene entonces la conciencia del carácter viciado de la legislación misma, que en esta ocasión se pone en evidencia en la iniquidad que conlleva la intromisión política en la jurisdicción de la vida privada y personal de cada ciudadano. Se trata de una injerencia de la moral en el derecho –así como a su vez del derecho en la ética– que, como señalara Demócrito hace casi dos milenios y medio, atenta contra una *ética de la responsabilidad* acorde a un desenvolvimiento genuinamente autónomo de la conducta humana⁵⁷.

57 Resulta pertinente al respecto la distinción planteada por Max Weber en su célebre conferencia sobre “La política como profesión” entre una “ética de la convicción”, propia de quien actúa como es debido de acuerdo a su confianza plena en lo dictaminado por la autoridad, y una “ética de la responsabilidad”, según la cual “es menester asumir las consecuencias (previsibles) de los actos”; Weber, Max, *El trabajo intelectual como profesión*, Bruguera, Barcelona, 1983, p. 142. En su análisis del *Leviatán* de Hobbes, refiriéndose al antagonismo esencial entre el derecho a la vida de los súbditos y el derecho a castigar del soberano, siguiendo el análisis de Yves Zarka, Silvia Gabriel observa que la prevalencia del segundo –y su concomitante recurso a la violencia- estará justificada en la conciencia de los ciudadanos en la medida en que sea ejercido dentro del marco de una “ética de la responsabilidad” atenta a las consecuencias de los actos soberanos; Gabriel, Silvia, “Un panorama actual de la discusión en torno al *Leviatán* de Thomas Hobbes. El origen del Estado absoluto”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 86, Buenos Aires, 2009. En fin, es concebible que aquellos jueces que se han abstenido de condenar a los apresados por tenencia simple de drogas, lo hayan hecho justamente en atención a las desproporcionadas consecuencias de la aplicación estricta de la ley en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcira Márquez. *Droga y control social: Algunas consideraciones sobre las medidas de seguridad como modalidades coercitivas de tratamiento en la Ley 23.737*. 3º Congreso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos. Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo, 11-14 de noviembre. (2004).
- Alejandro Corda y Pablo Frisch. *Introducción a un análisis de la aplicación de la Ley de Drogas 27.737 en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires entre los años 1996 y 2007*. IX Congreso de Sociología Jurídica, Rosario, 13/15 de noviembre del 2008.
- Antoine Garapon. *El toxicómano y la justicia: ¿cómo restaurar al sujeto de derecho? Individuos bajo influencia. Drogas, alcoholes, medicamentos*. A. Ehrenberg (comp.). Nueva Visión. (1994).
- Brígida Renoldi. *Estar sano es ser persona. El caso de los usuarios de drogas en tratamiento*. Cuadernos de Antropología Social. 13, ICA, FFY L, UBA, 2001.
- Carlos Rodolfo Hügel. *La política de drogas y el paradigma de enfermedad*. Depalma. (1997).
- Elías Neuman. *La legalización de las drogas*. Depalma. (1991).
- Fernando Lynch. *El 'estado de excepción' de la política de drogas: un caso de desigualdad social por la suspensión del derecho*. Perspectivas Metodológicas. Año 10, n.º 10. Universidad Nacional de Lanús. 2010. At. 91-106.
- Fernando Lynch. *El sustrato étnico de la política de drogas. Fundamentos interculturales y consecuencias sociales de una discriminación médicojurídica*. Runa. *Archivo para las Ciencias del Hombre*. Vol. 28. 2008. At. 141-168.
- Fernando Savater. *Ética como amor propio*. Mondadori. (1998).
- Silvia Gabriel. *Un panorama actual de la discusión en torno al Leviatán de Thomas Hobbes. El origen del Estado absoluto*. Lecciones y Ensayos n.º 86. 2009.
- Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método II*. Sígueme. (1992).
- Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. Sígueme. (1991).
- Giorgio Agamben. *Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Adriana Hidalgo Editora. (2005).
- Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Eudeba. (1971).
- Douglas Husak. *Drogas y derechos*. Fondo de Cultura Económica. (2001).
- Leszek Kolakowski. *La presencia del mito*. Cátedra. (1990).
- Jorge Daniel López Bolado. *Drogas y otras sustancias estupefacientes. Su tráfico y tenencia. Situación actual*. Plus Ultra. (1977).
- Luck Hulsman. *La política de las drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*. Nuevo Foro Penal. Ed. Temis, Bogotá. N.º 35, enero/marzo, 1987.
- Luis Fernando Niño. *Los muertos que vos matáis*. Encrucijadas. Drogas ilegales: hipocresía y consumo. Año 1, n.º 8. 2001. Mario Kameniecki. *Iluminados abstenerse*. Encrucijadas. Drogas ilegales: hipocresía y consumo. Año 1, n.º 8. 2001.

- Max Weber. El trabajo intelectual como profesión. Bruguera. (1983).
Sergio Albano. Cultura Cannabis, ¿delito o derecho? Quadrata. (2007).
Sigmund Freud. Tótem y tabú. Alianza. (1985).
Tomás Darío Casares. La justicia y el derecho. Abeledo-Perrot. (1974).