

CONSUMO PERSONAL DE ESTUPEFACIENTES

RESUMEN

- La drogadicción es una enfermedad biopsicosocial, caracterizada por el abuso y la dependencia de substancias químicas. Produce graves problemas psico-físicos, familiares, laborales y sociales.
- El interés público prevalece sobre las libertades individuales cuando éstas afectan derechos e intereses de terceros.
- La drogadicción es una forma de conducta socialmente disvaliosa.
- No se cumplen los principios fundamentales para considerar a las adicciones como conductas merecedoras de penas. La aplicación de medidas penales produciría más perjuicios que beneficios. El derecho posee otros medios idóneos para darles solución.
- Los actuales sistemas de tratamiento para adictos tienen escasos resultados positivos.
- Para la recuperación del adicto se propone la creación de granjas comunitarias, con un régimen flexible, y de amplia y activa participación familiar y social.
- TITULO PRIMERO
- INTRODUCCION A LA TOXICOMANIA
- TOXICOMANÍAS
 - Cualquier substancia que provoque euforia, acostumbramiento, hábito, síntomas de dependencia y de abstinencia, puede considerarse toxicomanígena, y la persona sometida a la misma, un toxicómano.
 - La drogadicción es una enfermedad BIOPSICOSOCIAL caracterizada por el abuso en el uso de sustancias químicas que modifican el estado de ánimo, capaces de provocar compulsión irracional e irresistible para continuar con el uso de dichas sustancias, y genera inevitablemente un daño para el individuo y la sociedad.
 - En la drogadependencia pueden identificarse las siguientes etapas:
 - a) **euforia**: de carácter patológico, es el resultado del juego artificial y morboso de la sustancia actuante sobre el organismo. Las sensaciones despertadas por la droga son muy particulares y no pueden ser descriptas objetivamente, pero a menudo tienen efectos desagradables (inyección intravenosa de cocaína, con enorme impacto simpaticomimético), pese a lo cual, la víctima necesita su reiteración.
 - b) **acostumbramiento**: permite soportar dosis que resultarían fatales para un sujeto novicio. Este efecto es reversible y eventualmente un toxicómano sometido a un tratamiento desintoxicante, si reincide luego con una dosis equivalente a la última consumida, puede padecer un cuadro tóxico y aún mortal.
 - c) **hábito**: para originar el mismo efecto, el adicto necesita aumentar paulatinamente la cantidad de droga usada, con lo cual incrementa su intoxicación
 - d) **dependencia**: puede ser de naturaleza orgánica (p. ej.: morfina, barbitúricos: se relacionan con el metabolismo celular hasta resultar imprescindibles al mismo), o psíquica (p. ej.: cocaína, anfetaminas, aspirinas). También hay dependencia mixta: orgánicas y psíquicas. La compulsión en todo tipo de dependencia es parecida y de una fuerza muy grande.
 - e) **abstinencia**: ocurre ante la supresión brusca de la droga en una persona habituada. Los síntomas sobrevinientes suelen ser antagónicos con respecto a aquellos que causa la sustancia toxicomanígena: en los morfinómanos, los síntomas son contrarios a los normales, evidenciando midriasis en lugar de miosis, tranquilidad y excitación en vez de lasitud, etc. La abstinencia trastorna la difícil personalidad del adicto, llevándolo a límites peligrosos de exacerbación psicopática.
 - El término toxicómano no incluye sólo a los enfermos aficionados a las drogas tiránicas clásicas (opio, heroína, cocaína, etc.), sino que trasciende al plano de la clínica general, incluyendo a

otras personas, víctimas del proceso de la "transferencia" de su personalidad en favor de una droga, a menudo con intención inocente, pero abdicando en todos los casos de su libre albedrío. El diagnóstico encontrará toxicómanos en cantidad muy superior a la imaginada. Partiendo de un número teórico de 1 para morfinómanos, habrá 10 barbiturómanos, 100 aspirinómanos y 1.000 alcohólicos. El mecanismo es análogo en todos los casos, pero existe gran diferencia según la naturaleza de la droga: un cocainómano sufrirá peores consecuencias que un fumador de tabaco.

- Un fumador, podrá serlo de cantidades normales o exageradas de tabaco, pero desde el momento en que acepte: "no poder dejar el cigarrillo", ingresa en el grupo de toxicómanos. En este caso resultarán superfluos o contraproducentes todos los consejos del médico o de su familia para inducirle a abandonar el hábito ante el peligro que representa para su salud. Aunque lo deseé, no puede hacerlo por la transferencia establecida en favor de la droga (nicotina). Para curarlo habrá que deshabituarlo con los mismos principios clínicos y psicoterapéuticos descriptos para las otras toxicomanías.
- El incremento social de las toxicomanías deriva de la búsqueda de equilibrio emocional en grandes masas. Puntualizando el efecto de los distintos tóxicos, surge que mientras un grupo incrementa la acción de la sustancia reticular del cerebro y acelera sus funciones (cocaina, anfetaminas, cafeína, aspirinas), otro tiende a deprimirlo (opio, barbitúricos, sedantes, alcohol). El ritmo de vida personal inclinará hacia uno u otro, cuando no a los dos: alcohol por las noches y anfetaminas a la mañana siguiente.
- ASPECTOS PARCIALES DE LAS TOXICOMANÍAS
- El mito del poder erotizante y afrodisíaco de algunas drogas toxicomanígenas ha causado muchas víctimas. Se inducen a experimentar la acción de ciertas sustancias (cocaina, marihuana, heroína) con la promesa, totalmente desprovista de rigor científico, de sentir un estímulo sexual.
- Si la liberación subcortical pasajera lleva al individuo a manifestarse particularmente impudico, lujurioso y libertino, en cambio, su auténtica libido se deprime hasta reducirlo a la impotencia y frigidez. La prostitución en las mujeres toxicomanas refleja una necesidad de lograr dinero en forma rápida y fácil; nunca puede considerarse expresión de una ninfomanía originada por la droga. En ambos sexos no deben confundirse las manifestaciones de la "liberación sexual" con un incremento de esta actividad específica.
- En forma artificiosa e interesada se mantiene esta ambigüedad de resultado, insistiendo sobre el poderoso atractivo de la etapa exhibicionista y de desenfreno sexual y disimulando la imposibilidad posterior de lograr un orgasmo normal. Precisamente, el fracaso en la relación sexual conduce al terreno morboso, en el afán de sustituir el acto natural por medios que culminan siendo frustrantes. Por lo general, los toxicómanos son capaces de mantener relaciones sexuales corrientes cuando regresan de curas desintoxicantes. Bajo el efecto del estímulo artificial sólo las cumplen con el azote de excitaciones psíquicas y manifestaciones teatrales, que disfrazan su real impotencia.
- EDAD
- Entre los niños existe un tipo de toxicomanía por vía inhalatoria, resultante de respirar sustancias volátiles (hidrocarburos) de acción especial sobre la corteza cerebral, que originan una transitoria embriaguez y euforia para pasar en ciertos casos a la narcosis y el coma. El niño puede vivir inocentemente su primera experiencia, y a raíz de su efecto repetirla luego, solo o con amigos, a quienes instruye del hallazgo. En la actualidad, el problema se extendió a los adolescentes, entre quienes plantea un nuevo aspecto de enfermedad social que las autoridades sanitarias encaran con gran preocupación.
- ENFERMEDAD EPIDÉMICA
- Las toxicomanías no se limitan a configurar enfermedades propias de ciertos grupos identificables, sino también que por poderosas razones económicas tienden a difundirse en todas las esferas sociales, abarcando edades cada día menores. Es casi imposible evitar el acceso de la droga al público (especialmente el tabaco y alcohol), e impracticable un control riguroso y

efectivo del tráfico de narcóticos. Ante la amenaza que implica este flagelo, estudios prolíficos evidenciaron que el mejor medio de evitar su propagación no consiste solamente en perseguir o erradicar la existencia de las drogas, sino en conseguir se las rehuya o no se las necesite. De aquí el papel fundamental de la medicina preventiva actuando sobre los motivos personales, profesionales y sociales, desencadenantes de la toxicomanía.

- EFECTOS NOCIVOS PARA EL INDIVIDUO Y LA SOCIEDAD
- Conforme la opinión de Malgor y Valsecia, en el trabajo "Farmacodependencia – Drogadicción", los efectos de la drogadicción constituyen un grave problema médico social. Las consecuencias finales son perjudiciales en primera instancia para el propio individuo y posteriormente para su familia, su ambiente laboral y la comunidad. El paciente adicto abandona pronto sus ambiciones, ideales y proyectos, adoptando como objetivo principal la tenencia de la sustancia a la que es adicto.
- La célula básica de toda organización social, la familia, tiende a disgregarse rápidamente cuando un miembro fundamental de la misma, el padre o la madre, desarrollan una drogadicción. Con mayor frecuencia los jóvenes adolescentes se sienten impulsados a experimentar los efectos de sustancias químicas que modifiquen su estado de ánimo, muchas veces mezclando las mismas. Es común el uso conjunto, en el inicio de estas experiencias de alcohol, ansiolíticos, tabaco, antitusivos o antiparkinsonianos, con efectos sobre el sistema nervioso central, para experimentar sensaciones extravagantes. Este es el camino inicial para el consumo de drogas peligrosas e ilegales como marihuana o cocaína, las que frecuentemente inducen a su vez el consumo de las llamadas drogas pesadas como la heroína, LSD25, crack, fenciclidina y otros. Aparecen entonces trastornos de conducta, abandono escolar, cambio de amigos por otros con conductas similares, necesidad de dinero y con frecuencia hechos delictivos, prostitución, promiscuidad y enfermedades de transmisión sexual. La utilización de la vía intravenosa y las jeringas compartidas generan frecuentemente sepsis, hepatitis y el temible SIDA.
- Todos los recursos disponibles del adicto son utilizados para conseguir la droga, la compulsión hace que su vida se subordine al uso de la substancia toxicomanígena, de tal manera que el adicto generalmente termina por abandonar su familia, deja de cumplir sus obligaciones laborales y sociales, arrastrando a la miseria a quienes lo rodean. Así, el drogadicto se convierte en un ser negativo, peligroso para la sociedad, que ha aprendido a moverse en un mundo ilegal, alejado del factor productivo en un ambiente delictivo de traficantes y/o adictos como él. Este cuadro desolador se agrava aún más si recordamos que para algunas drogas la situación de dependencia es persistente e incluso incurable. Por ejemplo, los adictos a heroína, luego de someterse a intensos tratamientos en institutos especializados con toda una metodología de reinserción social luego de la curación, sufren frecuentemente recaídas al mismo tipo de adicción estimándose que el 80% de ellos vuelve al consumo de heroína antes del año del alta.
- Sobre la base de los conceptos precedentes, la drogadicción puede caracterizarse en los siguientes puntos:
 - 1.– Uso compulsivo: existe deseo y necesidad extremos de seguir consumiendo la droga para evitar el síndrome de abstinencia.
 - 2.– Tolerancia: se tiende a aumentar las dosis para obtener los efectos iniciales.
 - 3.– Dependencia psicofísica; síndrome de abstinencia: el funcionamiento orgánico general y psicológico depende a nivel celular y molecular de los efectos de la droga.
 - 4.– Efectos sociales nocivos: existe un evidente deterioro individual, social, familiar y laboral. El adicto es un individuo costoso para la sociedad por su permanente mantenimiento y sus frecuentes recaídas.
- Conforme a ello, puede darse la siguiente definición:
- **ADICTO**: *persona acostumbrada al uso habitual y excesivo de una sustancia química, autoadministrada indiscriminadamente, siendo incapaz de liberarse por si misma de dicha dependencia perjudicial para su salud.*
- TERAPÉUTICA INTEGRAL DE LA TOXICOMANÍA

- Calabrese y Astolfi enseñan que la terapia del toxicómano se realiza a diversos niveles:
- A) Personal: tratamiento psiquiátrico y rehabilitador, antitóxico; practicados en forma simultánea con el paciente internado.
- B) Legal: promover y controlar leyes que obliguen al tratamiento del toxicómano considerándolo no como un delincuente, sino como "enfermo de atención obligatoria e imposergable".
- C) Social: combatir las causas etiológicas de las toxicomanías según el medio en que se actúe.
- D) Tóxico: perseguir desde su origen el mercado de drogas, limitando su producción y tráfico.
- E) Moral: vigilar y combatir todo cuanto signifique una difusión de las toxicomanías, en los medios audiovisuales de divulgación.
- F) Preventivo: adelantarse a las falsas o malévolas informaciones sobre el tema, con una docencia sincera y constructiva.

- SEGUNDA PARTE

- TÍTULO PRIMERO

- DERECHOS CONSTITUCIONALES versus INTERES PUBLICO

- DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- Quiroga Lavié enseña que el concepto de derecho subjetivo tiene múltiples significados, cada uno con funciones propias en el ordenamiento jurídico. Puede darse la siguiente clasificación:
 - 1) derecho subjetivo constitucional como facultad es el derecho a la propia conducta de los particulares. Estos derechos pueden ser individuales o colectivos: ambas categorías se subdividen, a su vez, en derechos civiles y públicos subjetivos.
 - 2) derecho subjetivo constitucional como derecho público subjetivo es el correlato de la conducta debida por el Estado. Estos derechos pueden clasificarse en políticos (electorales o cívicos) o públicos subjetivos propiamente dichos (activos u omisivos).
 - 3) derecho subjetivo constitucional como garantía es una especie de derecho público subjetivo activo que implica una acción jurisdiccional frente al Estado (derecho a la jurisdicción).

- TEORIA DE LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS

- Derecho subjetivo es la exigencia jurídica al poder del Estado (Jellinek): es una exigencia directa, protegida jurídicamente, y no un simple beneficio otorgado por el Estado. El derecho público subjetivo es reconocido por el Estado para ser ejercido frente al Estado.
- Todos los derechos públicos subjetivos se ejercen frente al Estado, pero, según la índole de la prestación a ser cumplida por éste, se clasifican en:

- A) derechos políticos: son los derechos públicos subjetivos que permiten a los ciudadanos intervenir en la formación del gobierno. Se subdividen en:
 - ◆ derechos electorales (sufragio); y
 - ◆ derechos cívicos, que permiten a los ciudadanos intervenir de modo directo en la formación del gobierno del Estado y de su voluntad política; y

- B) derechos públicos subjetivos propiamente dichos: que, acordes a la índole de la prestación del Estado pueden ser:
 - ◊ activos: en los que el Estado debe cumplir una prestación activa a los requerimientos del o de los titulares del derecho público subjetivo. Los derechos públicos subjetivos activos pueden ubicarse, con relación al Estado, como derechos para, pues favorecen y potencian la realización individual; por ejemplo, sirven y garantizan (en el caso del derecho a la jurisdicción) a los derechos civiles;
 - ◊ omisivos: en los que el Estado debe omitir ciertos comportamientos agraviantes para la libertad individual; dichas omisiones han sido denominadas tradicionalmente "garantías individuales", que se traducen en derechos públicos subjetivos omisivos a favor de los particulares. En caso de incumplimiento del deber de omisión por parte del Estado, los particulares pueden obtener la reparación del agravio: 1) por declaración de inconstitucionalidad; o 2) por interposición de una acción de amparo.

A diferencia de los activos, los derechos públicos subjetivos omisivos están reconocidos en la C.N. a favor de todos los habitantes. La C.N. reconoce los siguientes:

A) derecho a la libertad (Art. 15 C.N.): tiene como correlato la obligación del Estado de no reconocer la esclavitud en la Nación Argentina.

B) derecho a la privacidad o a la intimidad: tiene como correlato la obligación del Estado de no desconocer, ni interferir en el ámbito de la libertad privada de los habitantes: este derecho se consagra al proclamar: "Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, quedan reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe" (Art. 19 C.N.). De este modo se reconoce a la libertad como prius del derecho, es decir, como condición necesaria a la coactividad jurídica.

El fundamento de la libertad privada es la reserva (principio de reserva) que conserva el hombre luego de haber delegado al Estado la atribución del Imperium (poder de mando). Allí se sustentan los derechos públicos subjetivos que pueden los hombres ostentan frente al Estado. Dichos derechos públicos subjetivos son la manifestación jurídica de las libertades públicas y la protección de las libertades privadas.

El reconocimiento normativo de la libertad privada significa diferenciar esa libertad de las libertades públicas. La diferenciación no significa que ambas libertades difieran en su esencia: ambas son condiciones inexindibles para el funcionamiento del Estado de Derecho, tal como está diseñado en su modalidad republicana por la Constitución. La libertad privada sustenta a la libertad de conciencia y a su expresión, al derecho a la intimidad y al principio de la autonomía de la voluntad (cuando el Estado vulnera las libertades privadas existe un derecho público subjetivo en su protección). La libertad pública, manifestada como derecho público subjetivo, opera con una función polar: es determinada en su alcance y en su límite por el orden público y, a su vez, lo limita y encausa.

C) libertad de conciencia: es el límite existencial donde el hombre abandona su animalidad y nace como persona. Allí se sintetiza la racionalidad objetiva del obrar humano (el sentido de la vida) con la afectividad inmanente que busca sublimarse (el sustractum de la vida). La libertad de conciencia implica no ser obligado a realizar un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o convicciones morales.

D) libertad de expresión (o libertad de opinión): mientras la libertad de conciencia engendra el derecho a no ser ganado (infiltrado o captado) por la capacidad expansiva de los medios masivos de culturización, la libertad de expresión engendra la facultad que tiene la conciencia de salir de su claustro y manifestarse. La primera es exclusivamente una *libertad de*, la segunda es una *libertad para* (sobre la propia conducta: intimidad activa), aunque remate en un derecho público subjetivo frente al Estado (éste no debe impedir ni imponer la expresión de las ideas u opiniones no compartidas). Toda forma de expresión está amparada: la oral, la escrita y las imágenes. La libertad de prensa es una modalidad de la libertad de expresión, pero no está consagrada en defensa de la intimidad de los habitantes sino de la divulgación de las ideas.

E) derecho a la intimidad: todo individuo puede impedir que su vida privada sea

conocida por terceros, o tome estado público. Si bien este derecho puede ostentarse como derecho civil frente a los particulares, también se ejerce como derecho público subjetivo frente al Estado cuando éste pretende introducirse en la vida privada a fin de divulgarla sin que medie un interés de orden público. La protección del ámbito reservado de la vida humana se encuentra en el Art. 19 y en otras cláusulas que garantizan la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados y de la correspondencia (Art. 18 C.N.).

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Sobre la base de estar salvaguardada la libertad de conciencia y su expresión, dentro de un marco de libertad personal, el hombre está en condiciones de ejercer su autonomía de voluntad, es decir, de gobernar su conciencia ética en las relaciones de interferencia intersubjetiva que le propone la convivencia. La privacidad protegida por el Art. 19 C.N. abortaría si no se comprendiese en su tutela a la capacidad creadora y de expansión que la autonomía de la voluntad supone. El hombre no sólo precisa de su libertad para forjar su conciencia, ni le basta con poder expresar la conciencia forjada: necesita romper su soledad eligiendo las opciones de convivencia que la sociedad le propone y, de esta manera, colaborar en la formación del ordenamiento normativo social.

EL ORDEN PUBLICO

Es el límite jurídico indisponible a la libertad privada, colocado donde las acciones de cada uno (acciones privadas) interfieren el orden de las acciones de los demás (orden público) y se convierten, por esa interferencia, en acciones públicas. Ese límite, destacado por el Art. 19 C.N., a las acciones privadas de los hombres en razón del orden y la moral pública, produce un efecto polar, porque no sólo es el límite para la libertad, sino también, y en relación recíproca, para el Estado: es precisamente por ello que le está vedado por la C.N. convertirse en totalitario. En el Art. 19 C.N. encuentra apoyo el principio de limitación (y su consecuencia inmediata: el poder de policía).

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD FRENTE AL ORDEN PUBLICO

¿Hasta dónde puede limitar el orden público a la libertad privada? ¿Hasta dónde la libertad privada puede avanzar sin desmedro del orden público? No hay una respuesta para ambas preguntas: hay una zona gris que depende de la valoración política vigente. En eso radica la imprecisión del concepto "orden público". Con el tiempo, la ordenación de los conceptos de orden público y de libertad privada puede cambiar, ampliéndose uno y disminuyendo el otro. Si el orden público copa el ordenamiento jurídico habrá Estado totalitario y no de derecho; si el orden privado es el único que rige, habrá anarquismo, y no libertad. El Art. 19 C.N. es la valla jurídica que el constituyente puso para evitar el extremismo político: sea el totalitario, sea el anarquismo.

La doctrina jurídica destaca lo borroso del concepto de orden público. Pero esto es lógico y correcto que así sea, pues de lo contrario se parte del supuesto de que existe un orden jurídico natural que puede ser verificado empíricamente. Y lo único que se puede afirmar es que el orden público no puede superar (en un Estado de derecho republicano), el límite que haga del sistema un Estado totalitario.

MORAL PUBLICA

Al igual que el orden público opera como límite a la libertad privada, pero a diferencia de él, la moral pública no proviene de la determinación legal sino del sentido común social expresado por los usos y costumbres de la sociedad. Dicho sentido común está a veces expresado por el legislador y a veces por los jueces o por los órganos encargados de aplicar la ley.

SEGUNDA PARTE

TITULO SEGUNDO

LAS CONDUCTAS Y SU PUNICION

EL MERECIMIENTO DE PENA

El merecimiento de pena de una conducta es una cualidad normativa que se relaciona con el sentimiento de justicia, y determina qué tipo de hechos "merecen" una pena.

No todo lo que es contrario a la norma, y por ello "merece pena", es objeto idóneo de un sistema jurídico-penal. El Derecho Penal no es la única institución de control social, sino que está rodeado de otras instancias influyentes que también pueden reaccionar de modo más o menos contundente a la lesión normativa: no toda infracción de la norma requiere una pena, ya que quizás pueda ser mejor eliminada por el Derecho Civil, por la sanción disciplinaria o simplemente por el olvido social.

El merecimiento de pena es, desde un punto de vista político-criminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: uno de Justicia y otro puramente utilitario. Ambos componentes tienen que ser acumulativamente afirmados antes de que el legislador penal pueda hablar de "criminalidad" y actuar en consecuencia.

CRITERIOS DE MERECIMIENTO DE PENA

El merecimiento de pena a través de sus criterios actúa como baremo y, directriz de una correcta Política criminal y como fuente del concepto material del delito. Cuanto más reconocimiento tengan estos criterios y cuanto más claro sea su contenido, tanto más continua y convincentemente podrá la Política criminal desarrollar e imponer su concepto de conducta criminal.

1) Justicia y utilidad

Los criterios de merecimiento deben derivarse de los principios de justicia y utilidad. Estos principios se interrelacionan y limitan mutuamente. Por ello deben considerarse en forma simultánea y conjunta.

Un concepto puramente utilitario, pero injusto, de conducta criminal es inaceptable en el Derecho penal de un Estado de Derecho. La imposición de penas severísimas a hechos irrelevantes puede intimar a la población, bajar la cuota de criminalidad y en un sentido superficial ser útil; pero ello es incompatible con nuestra cultura jurídica.

Por otro lado tampoco es aceptable un concepto de merecimiento de pena que sea justo, pero inútil. Esto puede darse cuando, por ejemplo, el legislador penal persigue una meta correcta pero por una vía inadecuada o con instrumentos inidóneos desde el punto de

vista fáctico. Así, por ejemplo, sucede en el Derecho penal protector del medio ambiente a la hora de configurar el llamado delito ecológico. Pero también se puede deber a que los instrumentos jurídico–penales producen consecuencias accesorias no deseadas y son por ello; inidóneos. Así, por ejemplo, ocurre cuando se criminalizan los malos tratos que los padres infligen a los hijos, lo que quizás produce más daños que beneficios a las víctimas.

Esta vinculación entre justicia y utilidad es, en todo caso, irrenunciable en un Derecho Penal respetuoso con el Estado de Derecho y orientado a las consecuencias. Una determinación injusta del merecimiento de pena desde el punto de vista normativo, es inconcebible, por muy útil que parezca. Y una determinación inútil del merecimiento de pena es también injusta porque produce más daños que beneficios o porque, en todo caso, impone al ciudadano al criminalizar su conducta una carga que no es necesaria para conseguir una meta correcta y que, por tanto, no se puede justificar adecuadamente.

2) Criterios de Justicia

El criterio central que hoy se maneja para determinar el merecimiento de pena es el de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Con él se pretende asegurar que una conducta sólo sea amenazada con pena cuando afecte intereses fundamentales del individuo o de la sociedad (bienes jurídicos individuales o universales). Por otro lado, también se pretende evitar que el legislador actúe con entera libertad a la hora de crear las normas penales o de imponer determinados deberes de conducta, ya que también el legislador está vinculado a un baremo material por el que debe ser valorada su actuación, que es el concepto de bien jurídico. Un mandato o una prohibición jurídico–penal sólo se justifican si protegen un interés humano o social que pueda ser calificado de bien jurídico–penal. El concepto de bien jurídico actúa como un concepto "crítico sistemático".

Al mismo tiempo, el concepto de bien jurídico vincula la determinación del merecimiento de pena, por un lado, con la Constitución, y, por otro, con la realidad social.

Respecto a la Constitución, en los derechos fundamentales se formulan los intereses centrales que constituyen los bienes jurídicos característicos del Derecho penal (vida, integridad corporal, libertad, propiedad, inviolabilidad de la morada y del secreto postal, etc.). Con ello adquiere una gran importancia en la determinación del concepto de bien jurídico y del merecimiento de pena el nivel de interpretación de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales. Pero, el carácter de derecho fundamental de un interés no es el único criterio de merecimiento de pena, pues puede ser recortado e incluso debilitado por otros criterios que repercuten en el concepto de merecimiento de pena. La decisión sobre si una penalización "se adapta" al resto de las normas jurídico–penales o al sistema de proceso penal, no es sólo de naturaleza analítica–sistemática, sino valorativa. Por ello, hay que rechazar que de la Constitución se deduzca un mandato de criminalización, aunque se entiendan los derechos fundamentales como decisiones valorativas objetivas y no sólo como derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado.

El bien jurídico no es tampoco un "factum brutum" que el legislador tome sin más de la realidad social, introduciéndolo luego en los Códigos penales sin otra exigencia que su lesión o puesta en peligro. El bien jurídico sólo puede llegar a serlo, cuando existe una

clara necesidad social, que con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione y cuya lesión produzca sentimientos reales de amenaza.

Constitución y realidad social son importantes fuentes para una comprensión material del bien jurídico en Derecho penal, pero no son suficientes para determinar el concepto de merecimiento de pena. Del principio de justicia se deducen otros principios limitadores del poder punitivo del Estado, entre ellos:

a) principio de dañosidad social: sólo merecerá pena la conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, es decir, la que vaya más allá de la relación autor y víctima, afectándonos "a todos". Este principio marca el límite entre Derecho penal y Moral, al exigir la exteriorización de la infracción jurídica y la manifestación social de sus consecuencias.

b) principio del Derecho penal de hecho: sólo las disposiciones jurídicas realmente producidas y observables pueden ser consideradas merecedoras de pena. No pueden serlo las simplemente esperadas, por más que sean de inminente producción o su "autor" sea peligroso. Con este principio, el sistema jurídico–penal se opone a una completa adaptación a las metas preventivas, al declarar merecedora de pena sólo la conducta humana que pueda ser definida anticipadamente y que se manifieste concreta y externamente.

C) principio de subsidiariedad: sólo puede declararse merecedora de pena la infracción jurídica en la que el bien jurídico tenga que ser necesariamente protegido por el Derecho penal y no por otros medios menos radicales. Con este principio se reconoce la alta capacidad destructora de los instrumentos del Derecho Penal, que sólo deben utilizarse (declarando una conducta merecedora de pena) cuando no sean suficientes otros remedios.

D) principio de proporcionalidad y adecuación: una conducta puede tenerse como merecedora de pena, sólo si el empleo de los medios jurídico–penales es adecuado, necesario y proporcionado. Este principio complementa al de subsidiariedad con criterios individualizadores en el empleo de las consecuencias jurídico–penales, y asegura que una conducta merezca pena sólo cuando la aplicación de reacciones jurídico–penales no es desproporcionada a la significación de esa conducta.

e) principio "in dubio pro libertate": en caso de duda sobre el merecimiento de pena de una conducta, se opta en favor de la desriminalización. Este principio, relacionado íntimamente con los de subsidiariedad y proporcionalidad, también aspira a que el Derecho penal sea sólo "ultima ratio" en el Derecho.

f) principio de tolerancia y de respeto a la dignidad humana: en la determinación de qué merece una pena hay que respetar los límites fundamentales del ejercicio del poder estatal. El legislador debe cuidar de no penetrar con sus prohibiciones, en ámbitos que sólo son moralmente reprochables. Esto está en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, completándolos con criterios de filosofía social y jurídica que expresan especialmente el momento formalizador en la determinación del merecimiento de pena.

g) principio de certeza de los tipos jurídico–penales y la prohibición constitucional de la retroactividad: la determinación del merecimiento de pena sólo es aceptable cuando caracteriza de modo preciso la conducta incriminada y sólo pretende validez con vistas

al futuro. Estas exigencias del principio de legalidad que deben ser tenidas en cuenta por el legislador a la hora de determinar que es lo que merece una pena, excluyen otros tipos de definición de conducta criminal, limitando así las posibilidades de intervención legislativa en favor de los intereses del Estado de Derecho.

Estos criterios que, invocando la Justicia, pretenden dominar la fijación del merecimiento de pena, pueden completarse con el requisito de la perfección interna del sistema de los mandatos y prohibiciones jurídico-penales o con principios generales de humanidad. El concepto de conducta criminal muestra, en el ámbito de la Política criminal, la rica tradición que el Estado de Derecho ofrece al determinar concretamente el merecimiento de pena.

3) Criterios de utilidad

La Política criminal es un actuar práctico que no puede satisfacerse solamente con los presupuestos de Justicia; el actuar de la política criminal, además de justo, debe ser útil. La Justicia es una condición necesaria, pero insuficiente para determinar correctamente el merecimiento de pena; por ello, tiene que ser complementada por la comprobación crítica de si, hasta qué punto y con qué consecuencias secundarias, puede la Administración de Justicia Penal aceptar y ejecutar en la práctica las decisiones político-criminales sobre merecimiento de pena.

Una concepción del merecimiento de pena es inútil, aunque sea justa cuando, por ejemplo, tenga más consecuencias negativas que positivas. Sólo quien pretende valorar la corrección de las decisiones político-criminales desde un punto de vista puramente normativo y sin considerar las consecuencias políticas, puede rechazar este criterio de utilidad (lo que sería absurdo para la política-criminal).

El principio de utilidad tiene como meta actualizar las determinaciones del merecimiento de pena del Derecho penal material y verificar si son realizables en las actuales condiciones reales de la Administración de Justicia Penal.

Sólo una determinación del merecimiento de pena adaptado a su tiempo y a las necesidades de la praxis puede lograr las expectativas que encierran las teorías preventivas del Derecho penal: incidir en el comportamiento de las personas con los medios del Derecho Penal (reinsertar a los delincuentes, intimidar a los que pudieran llegar a serlo y afirmar y asegurar las normas sociales fundamentales). Una política que a la hora de determinar el merecimiento de pena no influya sobre las personas ni cognitiva, ni emocionalmente, quizás pueda ser justa, pero en ningún caso será útil.

LA LIBERTAD DE DECISION DEL LEGISLADOR PENAL

De los mismos criterios que acabamos de señalar se deduce que el legislador penal no está estrictamente vinculado a ellos y que tiene un importante margen de libertad a la hora de definir la conducta criminal.

Estos criterios son fundamentales, pero también vagos y complejos. Por eso, en la praxis el legislador penal tiene diversas opciones para realizarlos concretamente en el proceso. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la creación de leyes penales es un acto político y no sólo una simple transposición de principios jurídico-constitucionales en el Código penal. Especialmente las consideraciones utilitaristas que se tienen en cuenta a la hora de determinar qué es lo que merece una pena, legitiman al legislador para

configurar las normas penales de manera que en su contenido y extensión sean eficaces y se adapten a su tiempo. Esto lo puede hacer:

- o bien aumentando la intensidad de la cominación penal, reaccionando con contundencia y recurriendo, para motivar a los afectados, a la intimidación, como sucede, por ejemplo, en las reformas sobre el tráfico de drogas y el terrorismo.
- o bien descriminalizando determinados tipos de conducta, o permitiendo, dentro del marco constitucional de la división de poderes, un prudente arbitrio judicial para atenuar la gravedad de las consecuencias jurídicas, sin renunciar incluso a la posibilidad de "experimentos controlados".

Por todo esto parece razonable dejar al legislador un margen de libertad para que, a la hora de determinar el merecimiento de pena con todas las reservas y respeto a la Constitución, pueda encontrar una decisión política adecuada. En ningún caso el legislador está obligado a adoptar una decisión determinada sobre el merecimiento de pena de una conducta. Aunque, desde el punto de vista de la actuación positiva, deberá tener en cuenta los criterios de justicia y utilidad a la hora de tomar sus decisiones sobre el merecimiento de pena de una conducta, no tanto porque sean principios vinculantes, como porque responden a una determinada cultura política y jurídica. Desde un punto de vista negativo o de no–actuación, los criterios de utilidad y justicia marcan los límites dentro de los cuales se mueve el margen de libertad del legislador. La Política criminal no debe infringir los principios de proporcionalidad, dañosidad social, tolerancia o subsidiariedad, aunque dado el carácter básico y vago de estos principios su lesión sólo será evidente en los casos más burdos y patentes de inobservancia de los mismos. En el trabajo legislativo, sin embargo, estos criterios están más o menos tácitamente presentes en toda discusión sobre los límites de cualquier decisión político–criminal.

CONCEPTO JURÍDICO–PENAL DE DELITO

En Derecho Penal aplicar la ley significa comprobar ordenadamente si puede imputarse a alguien un suceso valorado negativamente. El concepto jurídico–penal de delito facilita esta comprobación distinguiendo grados de imputación y ordenándolos en un sistema. Estos grados deben ser recorridos paso a paso; cada uno supone necesariamente el anterior, formando una jerarquía no sólo técnica, sino también normativa: a medida que se sube de grado aumenta la gravedad de la imputación; por eso, tiene derecho el imputado a que se respete la secuencia en la comprobación de la punibilidad y a que caso de absolución, sea absuelto en el estadio más temprano posible (en la tipicidad antes que en la antijuricidad, en la culpabilidad antes que en una causa de anulación de la pena).

El concepto de delito tiene variantes, según se adopte una concepción causal, final o social de la conducta humana que le sirve de base o un sistema orientado a los fines de la pena y según el número y clase de los diversos grados de imputación. A ello deben añadirse los presupuestos procesales de la actividad probatoria (no el resultado de la prueba misma) del hecho y la posibilidad de ejecución de las consecuencias jurídicas, pues sólo la aplicación de la norma en el proceso decide sobre la cualidad de una conducta como criminal, aunque distinguiendo claramente en el concepto de delito los presupuestos jurídico–materiales de los procesales, ya que sistemáticamente éstos suponen la presencia de aquéllos; lo que, en definitiva, tiene que ser probado es la acción calificada como punible por el Derecho Penal material. Definición:

DELITO: es una acción, típica, antijurídica, y culpable, que cumple las condiciones objetivas de punibilidad y para la que no existen causas de exclusión o anulación de la pena. El delito sólo merece una pena si: 1) no hay causa específica de extinción de la responsabilidad criminal; 2) se dan todos los requisitos de procedibilidad; 3) el proceso no ha sido sobreseído; y 4) el hecho ha sido formalmente probado.

Este sistema recoge y ordena los elementos con los que el Derecho Penal compone su concepto de conducta criminal. El sistema pretende ser uniforme, preciso y pleno, teniendo en cuenta que la moderna Política criminal ofrece al Derecho Penal numerosas posibilidades para que la respuesta a la acción antijurídica y culpable no sea siempre la imposición de una pena. El sistema es, además, un sistema "abierto", de forma que puede integrar nuevos criterios de merecimiento de pena; pero, al mismo tiempo, debe comprender todos los elementos del merecimiento de pena que existen en un momento dado, ordenándolos completamente de un modo sistemático.

Por eso, no es el merecimiento de pena una categoría autónoma del delito, sino la categoría superior que abarca todos los elementos del delito. En cada uno de estos elementos se ven los criterios específicos que el concepto jurídico–penal de delito aporta a la determinación del merecimiento de pena: el elemento de la acción demuestra que el Derecho Penal no se ocupa de desgracias, ni de catástrofes, sino de la imputación de una lesión a alguien que la ha causado. La tipicidad es la garantía más importante de respeto al principio de legalidad, al alejar del ámbito del Derecho Penal todos aquellos fenómenos que no corresponden a las características de la acción que el legislador ha descrito en los tipos penales. En el ámbito de la antijuricidad abandonan el sistema jurídico–penal todas aquellas acciones que sólo aparentemente son relevantes, por corresponder a las descripciones de los tipos penales, pero que excepcionalmente no constituyen ningún hecho injusto por estar especialmente autorizadas. En la "culpabilidad" el Derecho penal incluye la participación interna del agente en el suceso externo (por ejemplo, dolo o culpa); su capacidad para sentir y actuar dentro de ciertos límites, su conocimiento de la norma infringida y la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. Por último, el sistema jurídico–penal contiene diversas posibilidades de excusa por razones materiales o procesales.

De este modo se llega en el moderno Derecho Penal a definir el delito como la acción típica, antijurídica y culpable, que cumple las condiciones objetivas de punibilidad y no está amparada por ninguna excusa jurídico–material o impedimento procesal. Una definición que, al margen de sus peculiaridades técnicas, demuestra la autonomía del Derecho Penal en la determinación de sus presupuestos y, por tanto, en la del merecimiento de pena.

SEGUNDA PARTE

TITULO TERCERO

FINES DE LAS PENAS

FIN BUSCADO EN LA PUNICIÓN: PREVENCIÓN ESPECIAL

La idea de prevención especial es de antigua data (aparece ya entre los autores iluministas), pero ahora nos interesa su aparición como posición con clara influencia en la legislación y en ese sentido es posterior a la retribución y prevención general dentro de la evolución del Estado de derecho. Surge en la segunda mitad del siglo XIX con la

escuela positiva italiana, se difunde con las diferentes escuelas eclécticas, en especial con la dirección político criminal de Von Liszt, y en la actualidad es la nueva defensa social de Marc Ancel, que ha centrado en ella todas sus investigaciones.

Así, Ferri señala que la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionado a una culpa moral, sino proveer a la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, a fin de lograr la reutilización de los menos peligrosos, que serían los más; y al excluirse toda idea de retribución moral, se borra toda diferencia entre medidas y penas, pues ambas tendrían la misma función y naturaleza (rehabilitar o segregar según el caso).

Por su parte, Dorado Montero, proclamaba el abandono completo de la punciación de los delincuentes y actuar con relación a éstos con medidas de protección tutelar. Su concepción iba más allá aún que la de la escuela positiva italiana.

El autor hizo universal la prevención especial fue Von Liszt, quien en su Programa de Marburgo planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la finalidad de la pena sería intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización.

Marc Ancel en la actualidad critica tanto la concepción preventivo general como la retributiva por su carácter abstracto, puramente teórico y metafísico y se plantea decididamente por la prevención especial, como superadora de aquellas (sin excluirlas sin embargo en el caso concreto), ya sea como intimidación individual o como forma de reacción represiva frente a ciertos delincuentes. De lo que se trata es de resocializar, reintegrar o reeducar al delincuente; la finalidad es pues su tratamiento, con todo lo complejo que puede ser y exigiendo una actitud activa por parte de éste y, además, sin dejar de considerar que hay casos en que no es posible resocializar.

Este tipo de concepciones tutelares se han extendido en los últimos tiempos. Es así como Plack aboga en Alemania por la supresión del derecho penal y su reemplazo por un derecho de medidas basado en la peligrosidad social del autor. Además, trata de diferenciarse de un criterio defensista puro señalando que tales medidas también han de alcanzar a la sociedad de los "buenos y justos", para que acojan sin prejuicio a los que han fracasado. Por su parte Klose, partiendo de la Ley Fundamental Alemana, intenta llegar a la conclusión que conforme a ella sólo es posible en el futuro un derecho de medidas.

LA RESOCIALIZACIÓN

La teoría de la prevención especial o individual viene legalmente programada en la llamada meta de la ejecución penitenciaria de la Ley General Penitenciaria alemana: "En la ejecución de la pena privativa de libertad debe capacitarse al recluso para llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos". Sin embargo, durante las deliberaciones de esta Ley en el Parlamento se añadió más tarde a este precepto un segundo párrafo que, al mismo tiempo, refleja un conflicto al que no puede sustraerse la idea de la resocialización: "la ejecución de la pena privativa de libertad sirve también para proteger a la sociedad de la comisión de otros delitos". Corrección del individuo y seguridad de los demás son, para la sociedad que teme al crimen, un mismo problema que debe ser resuelto conjuntamente.

El término "resocialización" cayó en descrédito en las teorías de la socialización, que

observan que la mayor parte de los internos en un establecimiento penitenciario no han tenido procesos de socialización (procesos de reinserción en la sociedad y en sus normas) o estos han fracasado. De ello se deduce que, antes que resocializados deberían ser socializados. Sin embargo, no perjudica seguir usando, como se hace en el texto, el concepto tradicional, si no se olvida esta limitación crítica y se piensa además que para muchos delincuentes "deficientemente socializados" también se trata realmente de "resocialización".

Lo más razonable que puede pretender alcanzar la sociedad con un delincuente, es ofrecerle ayuda para su (re)inserción en la sociedad y en las normas. Esto es útil para las dos partes. En esta meta pueden coincidir idealmente todos los críticos del Derecho penal, tanto los de derecha, como los de izquierda: el éxito en la socialización es la mejor seguridad para la sociedad frente al que ha delinquido; a través del régimen penitenciario resocializador, costoso tanto personal como económicamente, la sociedad salda parte de la culpa que tiene por la deficiente socialización de estas personas.

PROBLEMAS BÁSICOS DEL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN

Si todos estos datos se relacionan además con el hecho de que una Política criminal orientada al delincuente en la medida en que permita ejecutar penas privativas de libertad, sólo puede cambiar cuestiones marginales, que puedan llegar a una crítica del Derecho penal, que sostiene que la "solución" de los casos jurídicos penales consiste en producir siempre nuevos casos (o los antiguos nuevamente). Para esta teoría, toda sociedad dividida en estratos o clases (es decir, cualquier sociedad moderna) tiene que distribuir en la jerarquía social las posiciones inferiores y mantener y controlar a los que están situados en esas posiciones inferiores. El sistema penitenciario es la institución que sirve para realizar esta meta aislando al recluso del mundo exterior y lo neutraliza; es la institución de control y vigilancia total, que garantiza, además, que la población marginal de los reclusos sea numéricamente pequeña, confirmando prácticamente a las mismas personas en su actitud criminal y vinculándolas entre sí. (Esta última aportación del sistema penitenciario vendría, además, completada por la actividad selectiva de las instancias de control social formal que, del gran número de delincuentes existente, sólo filtra aquellos que pertenecen a los grupos marginados situados más allá de los trabajadores no cualificados, trabajadores ilegales y parados).

Las experiencias obtenidas con las penas privativas de libertad de corta duración, evidenciaron que no son lo suficientemente largas como para lograr el tratamiento exitoso del recluso, pero por otra parte, sí son suficientes para introducirlo en la subcultura de la prisión e iniciarla en las actitudes y técnicas criminales, o para confirmarlo en ellas.

La duración de la pena puede resultar corta para el tratamiento de ciertos reclusos, y por ello el fin de resocialización fracasa. Por otra parte, puede ocurrir que la duración de la pena sea demasiado larga para el tratamiento del recluso. Las antinomias entre proporcionalidad de la intervención e interés resocializador, no sólo se dan por discrepancias en el tiempo, sino también por discrepancias respecto de la intensidad de la intervención. El recluso, que no puede permanecer en prisión más tiempo del que sea proporcional, puede, sin embargo, ser sometido a un tratamiento desproporcionado.

ESPERANZAS DE SOLUCIÓN: "TERAPIA SOCIAL EMANCIPADORA"

La solución de estos problemas es la meta de un ensayo reciente, que impulsa el

concepto de tratamiento, combinado con un sistema penitenciario humanitario. El sistema propuesto sostiene que el delincuente tiene el derecho a que el Estado le preste ayuda para mitigar su situación vital opresora. El concepto de "terapia social emancipadora" precisa de la autonomía del sometimiento a tratamiento, es decir, la libre decisión de aceptar, continuar y conformar la terapia. La concreción de este sistema supone cambios fundamentales en el sistema penitenciario y, al mismo tiempo, un cambio fundamental en la actitud de la sociedad hacia los delincuentes. La función cautelar del sistema penitenciario debe pasar a un segundo plano y dejar sitio a los fines terapéuticos; la pena tendería cada vez más a perder su carácter de mal y aparecería como ayuda e incluso como oportunidad; el recluso se convertiría en un paciente que participaría también en el curso y continuación del tratamiento, debiendo procurar el terapeuta estimular su inteligencia y participación.

Este nuevo concepto enfrenta una extendida actitud de escepticismo y reserva. Sin embargo, es demasiado pronto para predecir su futuro. No se puede decir que estas ideas sean utópicas, o que estén en la mente de los expertos del tratamiento penitenciario, y no en el corazón de la gente que elige al legislador. No se puede llevar al absurdo el concepto de "terapia social emancipadora", extendiéndolo a todo el sistema penitenciario. *Lo que la praxis debe hacer es experimentar selectivamente, recogiendo en algunos casos o situaciones seleccionadas, experiencias que luego hagan posible una discusión sobre su ampliación.*

TERCERA PARTE

CONCLUSION

Se desarrolló hasta aquí el estudio global de las toxicomanías, la teoría de los derechos constitucionales, las conductas y su punición, y los fines de las penas. Corresponde ahora conciliar estos conocimientos para responder serios interrogantes; por ejemplo: ¿Qué tratamiento otorgarle a una acción (tenencia para consumo personal) que podría darse en la intimidad? ¿Existe derecho constitucional de autolesionarse? ¿Puede la sociedad inmiscuirse en la vida del individuo, para manipular su voluntad? ¿Es delito el consumo de drogas, y ante la afirmación, sería útil su punición? ¿Cómo reaccionar frente efectos perjudiciales de la drogadicción? ¿Pueden prevenirse las adicciones? ¿Es posible una efectiva recuperación del adicto?

LIBERTAD Y USO DE ESTUPEFACIENTES

Debe entenderse por libertad personal, la facultad de disponer de las vivencias de cada persona, en la medida que ello no esté en contra de las leyes, moral y buenas costumbres de una sociedad. Aquí debemos prestar atención, tratando de delimitar en lo posible, el ámbito de la libertad individual que permita la convivencia social pacífica. El límite debe ser mutuo: por un lado, no puede permitirse el uso ilimitado de libertad, que implicaría el libertinaje y la anarquía, y terminaría por destruir la sociedad que conformamos; por otra parte, no puede permitirse que el Estado utilice conceptos como el de "orden público" para vulnerar el presupuesto básico de la persona que es la libertad.

Muchas veces se sostuvo que quienes consumen de drogas, lo hacen para usar la libertad de disponer y experimentar con el propio cuerpo. Pero, no puede denominarse libre a quien se ubica en una posición de absoluta sumisión. Una persona informada no puede usar esta prerrogativa para destruir su propio cuerpo y transformarse en esclavo de la

droga.

Es absolutamente lícito luchar por la libertad, contra la opresión y la dictadura. Se justifica jugarse en las barricadas y hasta perder la vida en pro de este bien tan preciado. Pero pensemos que a este bien hay que vivirlo en armonía con nuestros semejantes y con nosotros mismos. Por ello, cuando analizamos el Art. 19 de la Carta Magna, no debemos perder de vista que la libertad del hombre se justifica en la medida en que no se destruya al ser que actúa, ni a sus semejantes que serán víctimas de su acción.

Resulta superfluo e ingenuo ubicar al consumo de drogas, dentro del ámbito privado y reservado, absolutamente amparado por el Art. 19 de la Constitución, y equiparado a cualquier acción que una persona pudiera realizar libremente en su hogar. Este tipo de acciones supera ampliamente el marco de protección constitucional.

Cuesta creer que alguien piense seriamente que un adicto puede drogarse y quedar inocentemente en su hogar, sin causar molestias y sólo perjudicándose a sí mismo. La evidencia de la irreabilidad de dicho pensamiento puede encontrarse, precisamente, en la realidad de los hechos: en la cantidad de accidentes de tránsito producidos por personas drogadas o alcoholizadas; en los cada vez más graves casos de violencia en espectáculos públicos (recitales de música, eventos deportivos); en los casos de robos, hurtos y otros hechos de violencia, que mantienen una estrecha relación con las adicciones; en la cantidad de muertes por sobredosis, o suicidios durante el síndrome de abstinencia... La lista de hechos a citar es casi innumerable. Todos ellos suelen ser producto directo del consumo de sustancias adictivas. Por ejemplo, el efecto de una droga alucinógena distorsiona la realidad, y hace que el individuo actúe irracionalmente. En ciertos casos, las alucinaciones producen "monstruos terroríficos" a los cuales intentan destruir o de los que intentan escapar. En realidad, dichos "monstruos" no son más que algún familiar o alguien allegado, pero el drogado, convencido de su visión, mata o hiere a un ser querido, o se autolesiona gravemente. Otras veces, tienen la sensación de ser aves y simplemente se arrojan al vacío. En el caso de las drogas enfervorizantes, la persona se maneja en forma desprejuiciada o temeraria. Como resultado de ello, un sujeto respetuoso se convierte en violador; otro arriesgará su vida en la "ruleta rusa"; otro jugará con la vida ajena con armas, o con un automóvil...

DROGADICCIÓN Y DAÑO SOCIAL

La drogadicción genera un grave problema social. El individuo, su familia, amistades, ambiente laboral, y finalmente, la comunidad entera son perjudicados. Las estadísticas globales acerca de las adicciones en Occidente, son alarmantes. Por ejemplo, anualmente mueren 3 millones de fumadores, 750 mil bebedores, y 200 mil drogadictos. El grave aumento en el número de consumidores ocasionales y adictos, parece relacionarse íntimamente con el aumento de la violencia social y la comisión de delitos.

Corroblando lo precedentemente dicho, recientemente se hizo pública una encuesta realizada por el Centro de Estudios de Opinión Pública (CEOP) en la cual el 85,3% de los entrevistados aseguró que se sentía "desprotegido" frente al incremento del delito violento. El 81,9% de esa población sostuvo que la delincuencia actual es más violenta, atribuyendo esa agudización al consumo de drogas o alcohol (45,1%) o la crisis económica (25,1%).

Recientemente, Antonio Escohotado, un oscuro y perverso personaje, se presentó en un programa de televisión abierta para hacer apología del uso de estupefacientes, exaltando

el uso de las drogas, e incluso afirmó con "orgullo" que él mismo inició a sus hijos en su consumo, además de tener el descaro de llamarse "filósofo" (literalmente, filosofía es el amor por la sabiduría; ¿cómo puede haber amor por la sabiduría, en alguien capaz de esclavizar a su propio hijo?...). Correctamente, la justicia argentina le inició un proceso. En la actualidad permanece prófugo, corroborando su infamia.

Cada vez más jóvenes (y de menores edades) experimentan los efectos de los alucinógenos. Ello genera trastornos de conducta, abandono escolar, hechos delictivos, prostitución y promiscuidad, enfermedades de transmisión sexual, desequilibrios mentales, lesiones irreversibles en la corteza cerebral...

Personas activas, con mentes brillantes y gran potencial intelectual, caen esclavizadas ante la ilusión que las drogas venden, convirtiéndose en seres negativos, no sociables, que se mueven en un mundo ilegal... Es decir, se convierten en ejemplos vivientes de las peores miserias humanas...

Estos simples ejemplos sirven para evidenciar irreprochablemente el peligro social que representan los efectos de las drogas, y permite afirmar con absoluta certeza que, por un lado, no es moral ni lícito hablar de libertad, frente a tan terribles consecuencias, y por otro, los daños sociales que se producen son inaceptables, y sus consecuencias son casi siempre irremediables.

EL ESTADO FRENTE A LA DROGADICCIÓN

Surge ahora un interrogante crucial: esa conducta, que se considera socialmente disvaliosa y perjudicial, ¿puede considerarse delito? ¿es punible?

Desde la óptica de la política criminal, penalizar las adicciones resulta inconveniente. Ello se desprende del análisis del objeto de estudio, bajo la óptica de los diferentes principios rectores del merecimiento de pena.

El principio de justicia nos muestra la lesión a un bien jurídico: la incolumidad personal, en tanto se vulnera la salud física y mental de una persona. Sin embargo, debemos descartar su consideración, ante la existencia de un hecho de vital importancia para el estudio jurídico–penal: las autolesiones, las lesiones causadas a sí mismo, son siempre impunes (la única excepción es la lesión autoprovocada, con el objeto de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley de Defensa Nacional, o para evitar el compromiso de servicios, conforme al art. 820 Código de justicia Militar).

La posible lesión al bien jurídico "salud pública" (que sirve de fundamento a parte de la doctrina), debe ser descartada. Por un lado, no todas las conductas que crean (en alguna forma) algún problema para la "salud pública", es susceptible de punición. Sostener lo contrario nos llevaría a situaciones irracionales. Por ejemplo: en épocas de surgimiento de casos de cólera, ¿habría algún legislador informado sobre los principios constitucionales y jurídico–penales, que fijara la penalización para quienes no higienicen sus sanitarios? Bien puede afirmarse que quien mantiene sucias sus letrinas genera focos infecciosos que favorecen la propagación de la enfermedad, y con ello se crean problemas a la salud pública. Pero, ¿acaso no se causarían menos problemas sociales, mediante la educación y la prevención médico–sanitaria, antes que utilizar el poder punitivo?

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no consideramos a quien trafica o proporciona drogas a otro. Aquí estudiamos a quien vulnera su propia salud. Ello nos lleva a movernos dentro del círculo de acciones autolesivas, cuya consideración es siempre proscripta al derecho penal. Además, deben discriminarse las conductas inmorales o antiéticas, de las que verdaderamente merecen penas conforme a los principios antes vistos.

También el principio de utilidad nos mostrará la inconveniencia. Es imprescindible tener en cuenta que las penas son instrumentos de violencia institucional, que restringen los derechos básicos de las personas, y que reprimen las necesidades fundamentales de los individuos. El sistema punitivo, cuyo fundamento teórico es la prevención especial, mediante la resocialización, reinserción y reeducación del delincuente, tiene una aplicación práctica totalmente contradictoria. La realidad muestra que las penas no resuelven los conflictos y problemas sociales, sino los ocultan, reproducen y agrava. El ámbito carcelario no hace más que incrementar la exclusión social, la marginación y la estigmatización del penado. Y no es difícil imaginar que dichos problemas tornarían a la eventual sanción penal para las toxicomanías, en una fórmula maquiavélica.

En cuanto a la punibilidad, Jakobs enseña que el legislador penal debe aceptar que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado. La pena debe ser necesaria para mantener el orden social. Y sin esa necesidad, es inútil. Si se consideran las condiciones psíquicas que deben cumplirse para que una norma sea respetada, se obtiene el siguiente resultado: para cumplir una norma se necesita, por un lado, un motivo para respetarla, y por otro lado se necesita la capacidad psíquica de encontrar y acatar la norma en cuestión (es decir, internalizarla). En términos ejemplificativos: sólo puede cumplir determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tal orden, es capaz de reconocer que la orden se dirige a él, y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden. Si todo ello no se cumple, la norma es inexistente para su destinatario. Y ya vimos previamente que el adicto actúa irreflexiva, compulsiva y hasta irresistiblemente al consumir drogas; por ello, la sanción penal no haría más que potenciar su proceso de des-socialización.

Pueden citarse además, diferentes fundamentos de tipo constitucional y humanitario, cuyo estudio merece su estudio pormenorizado en trabajo aparte.

Si eventualmente se legislara penalizando el adicto por su adicción, su aplicación práctica chocaría con innumerables inconvenientes. Por ejemplo, la conducta del adicto no podrá ser considerada culpable. Su sumisión a las drogas, hacen que su accionar sea compulsivo e irreflexivo. Es decir, es incapaz de dirigir sus acciones conforme a la comprensión de la antijuricidad, por lo que nos encontramos frente a un supuesto de inimputabilidad. Este resultado, dentro del esquema discursivo jurídico penal es el correcto.

Los argumentos precedentes hacen recordar una regla de vital importancia, que debe ser respetada por el legislador consciente de su accionar: toda vez que exista alguna herramienta jurídica capaz de brindar solución a los conflictos sociales, el derecho penal debe ser desplazado. Y dicha solución para las toxicomanías, es proporcionado por institutos del derecho administrativo: el poder de policía de salubridad y la función de instrucción pública (educación). Ello deberá ser aceptado si han de respetarse el Estado de Derecho, y los principios de fundamentales del Derecho Penal antes vistos.

Ya se vieron los fundamentos para la no-punición. Ahora bien: ¿impide ello que el

Estado y el Derecho actúen en contra de una conducta socialmente disvaliosa y perjudicial? ¿es moral y lícito dejar a personas enfermas libradas a su suerte? ¿puede el Estado permanecer impasible ante semejante problema?

Por otra parte también debe entenderse que un verdadero Estado de Derecho no se caracteriza por su permisividad y libertinaje. Libertad, privacidad y tolerancia, son valores fundamentales dentro del esquema constitucional. Pero, no son menos valiosos los derechos a la salud, a la integridad física, o a la seguridad. Todos ellos tienen, en una u otra forma, contemplación y protección constitucional y por lo tanto, igual jerarquía. Esto nos podría ubicar frente a un dilema de valores para decidir cuál de ellos habría de primar. Sin embargo, dicha situación es susceptible de ser sobrepasada, asegurando el respeto y el ejercicio de todos ellos. Limitando el alcance de cada derecho, se permite su efectivo ejercicio (no debe entenderse por limitación, un sinónimo de restricción).

El Estado debe intervenir, entonces, mediante los organismos administrativos que se adecuen al fin de protección sanitaria. Esta intervención estatal, protegiendo y sobre todo recuperando la salud del adicto, asegurará y garantizará que éste pueda ejercer con verdadera libertad sus derechos, y aún más: se lo salvará de la esclavitud.

PROPIUESTA FINAL

En primer lugar, debe ser desplazado el Poder Punitivo del Estado (y por ende, el Derecho Penal), en favor del Poder de Policía de Salubridad, es decir, en favor del Derecho Administrativo.

La propuesta para la reinserción social del adicto, teniendo en cuenta que los métodos tradicionales de tratamiento médico-psiquiátricos no tienen los resultados esperados, es la de la creación de una "Granja Comunitaria". Sin embargo, para cumplir acabadamente con la meta de reinserción en la sociedad, y teniendo en cuenta que para la prevención de la enfermedad es necesario conseguir que el adicto rehuya a las drogas, no las necesite, la idea es que ésta institución no sea pura y exclusivamente para drogadictos, sino que permita que personas no adictas puedan del mismo modo ingresar (la idea se origina en los resultados logrados, en materia de socialización, en las granjas colectivas israelíes o "kibutz"). Es aquí donde la inserción social (o re-inserción social) tendría buenos resultados, ya que el trato con personas no adictas creará un incentivo para llevar una vida sin dependencia. La convivencia, un íntimo contacto familiar, el trabajo en equipo, la asunción progresiva de responsabilidades serán los motores fundamentales para la rehabilitación. Como sostiene Luis Gustavo Losada: si una política de prevención determinada no compromete a la comunidad, está destinada al fracaso. La familia y la comunidad son elementos importantes para fortalecer la capacidad de resistir el abuso de sustancias.

Es de imperiosa necesidad hacer una aclaración: el régimen de ingreso y permanencia del adicto en esta institución, deberá ser voluntario y tan flexible como sea posible. Los diferentes programas de rehabilitación existentes hasta el momento, imponen condiciones de extrema dureza, aislando al enfermo y sometiéndolo a tratamientos médicos y psiquiátricos tan avasallantes como la adicción misma. Aquí, y quizás sin que sea intencional por parte de los médicos, se produce una evidente contradicción: por un lado, se afirma que sólo puede liberarse de la adicción quien tiene la voluntad de hacerlo, pero, por otra parte, se somete forzosa y hasta cruelmente al enfermo a "tratamientos" o "curas" que bien podrían catalogarse como degradantes. Además, en la actividad psiquiátrica se evidencia un discurso marcadamente autoritario, tendiendo

a desplazar la personalidad y los pensamientos del enfermo por aquellos que se les imponen.

Estas consecuencias colaterales de los tratamientos de las adicciones son, precisamente, una de las principales vallas a sortear para asegurar el éxito de la rehabilitación y resocialización. Deberá fijarse un mínimo de normas de permanencia, trabajo y convivencia, que permitan un efectivo tratamiento. Por ejemplo, fijar la granja como lugar de residencia, donde además de pernoctar deberá permanecer X cantidad de horas, realizando X trabajo, a X hora realizar actividad física, y en X momento deberá tratarse con el psicólogo; todo ello, sin impedir que durante X cantidad de horas el adicto realice la actividad de su preferencia, o salir con compañía o libremente, de acuerdo al caso.

Todas estas actividades y tratamientos deberán ser estudiados por un amplio equipo interdisciplinario, que incluya médicos clínicos, psicólogos y psiquiatras, asistentes sociales, abogados, jueces, religiosos, pedagogos, y, en fin, todo aquél profesional o persona idónea que pueda aportar su ayuda para lograr la recuperación e inserción social del adicto.

BIBLIOGRAFIA

BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Manual de Derecho Penal. Parte General". Tercera Edición, Editorial Ariel Sociedad Anónima, Barcelona, 1989.

CALABRESE, Alberto I. y ASTOLFI, Emilio A. "Toxicología". Segunda Edición, Bs. As., Kapeluz, Febrero 1976.

HASSEMER, WINFRIED, "Fundamentos del Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, WINFRIED, y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1.989.

JAKOBS, GÜNTHER, "Das Schuldprinzip". RheinischWestfälische Akademie der Wissenschaften, Konferenzen, G3199, Westdeutscher Verlang, Opladen, 1993. Günther Jakobs: Fundamentos del Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc.

LOSADA, LUIS GUSTAVO, "El Abuso De Estupefacientes Y Otras Sustancias"– De Frustraciones Y Logros – (Reflexiones Sobre Un Encuentro Internacional), El Derecho, Tomo 169. Editorial El Derecho, Buenos Aires.

MALGOR, L. A. y VALSECIA, M. E., "Farmacodependencia– Drogadicción", publicación de la Cátedra de Farmacología, Facultad de Medicina de la U.N.N.E.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, "Derecho Constitucional". Editorial Cooperadora De Derecho Y Ciencias Sociales, Bs. As., 1981.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, "MANUAL DE DERECHO PENAL", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991.