

Medidas educativas y curativas en la Ley 23.737: Discurso y praxis de la censura social

PAOLO SCALIA¹

Graduado en Derecho por la Università degli Studi di Bologna

Profesor de Criminología

Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina

I. Fundamentos epistemológicos: censura social como integración – superación de la teoría de la desviación

En esta intervención trataré de presentar las ideas rectoras de una investigación que estoy llevando a cabo sobre las medidas educativas y curativas previstas por la ley de estupefacientes en Argentina, la Ley 23.737 de 1989.

Una visión crítica, desde un enfoque sociológico del control penal, hacia las medidas educativas y curativas así como diagramadas en la Ley 23.737, no puede prescindir de un análisis de los discursos científicos y políticos que han sustentado la introducción de estas praxis de control social punitivo hacia los así definidos “sujetos toxicodependientes”.

El siglo XX nos ha dejado la herencia del pensamiento y de las praxis prohibicionistas sobre las drogas ilegales, a través de la legitimación discursiva y práctica de una imagen distorsionada del fenómeno droga, presentado como “azote”, “flagelo social” y/o “problema social”.

Dicha visión se introduce, ante todo, a través de las estrategias discursivas que han desarrollado una percepción de las drogas alejada de cualquier fundamento científico y más enraizada en fundamentar específicas técnicas de ejercicio del poder punitivo enmarcadas en intereses de dominación geopolítica por parte del gobierno norteamericano (piénsese sólo en el Plan Colombia), de hegemonía de determinadas élites políticas, económicas, culturales y religiosas insertadas en las agencias estatales nacionales y/o supranacionales, así como los medios de comunicación, auténticos “empresarios morales”, a través de la acción comunicativa se han preocupado de producir y difundir alarmas sociales en razón de una visión de la droga como fuente de “envenenamiento” de nuestras sociedades. Estos “empresarios morales” son exponentes de las élites morales, como Melossi las identifica, es decir, de “aquellos individuos y grupos que dentro de pautas dadas tienen éxito en expresar las posiciones morales que eventualmente se transforman en hegemónicas, frecuentemente a

¹ Graduado en Derecho por la Università degli Studi di Bologna, (Italia), Diploma de Estudios Superiores del IISJL (Oñati – Euskadi – España), Docente Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Coordinador del Grupo de Lectura y Formación “Reflexiones críticas sobre la pena punitiva de libertad”, organizado por el INECIP, subsección regional de Mar del Plata.

través del conflicto”², aunque, en el campo del saber hegemónico sobre drogas, los conflictos que se han originado por la afirmación de diversos proyectos ideológicos, como expresiones de diferentes grupos de elites, han sido expresados en términos de fundamentalismo maniqueísta, de luchas entre fuerzas del Bien y fuerzas del Mal.

Entonces, de acuerdo a Rosa Del Olmo, “un primer abordaje del tema drogas exige incursionar en el problema del lenguaje y, de manera específica, en las palabras que se han venido utilizando para construir diversos discursos a lo largo del tiempo”, partiendo de la consideración de que “el discurso, aun cuando sus fuentes pueden variar, nunca es neutro, sino parte constitutiva y condicionante de la realidad; a su vez, la realidad refuerza los contenidos del discurso”, destacando así cómo el lenguaje tiene su efecto en la conformación de la subjetividad y la construcción de la realidad social³.

Cuando se plantea el análisis de los discursos sobre las drogas se está dirigiendo la atención hacia la producción de los mismos como una práctica orientada por la estructura social que incluye elementos de poder y de control, así que el análisis de la construcción del significado de droga como “problema social” es esencialmente un examen de las relaciones de poder político consideradas en un dado contexto histórico, económico, cultural y moral, y de producción así como de difusión de saberes científicos o pseudocientíficos alrededor del fenómeno analizado por parte de las elites políticas, científicas y económicas, a través de legislaciones, revistas científicas y programas de ayudas económicas subordinadas a la “lucha contra el “narcotráfico”.

En el primer párrafo del libro “Las argucias de la razón imperialista”, Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant nos dicen que “el imperialismo cultural reposa sobre el poder de universalizar los particularismos vinculados a una tradición histórica singular haciendo que resulten irreconocibles como tales particularismos”⁴.

Este proceso de dominación cultural a través de la imposición consciente o inconsciente de modelos teóricos del conocimiento filosóficos y sociológicos, así como criminológicos, surgidos en los centros del poder de producción y reproducción ideológica de las universidades norteamericanas, de la misma manera como en el siglo XIX se habían universalizado los particularismos históricos específicos del universo singular de los universitarios alemanes, se desarrolla, ante todo, a través del uso de tópicos, estos es, “de lugares comunes en el sentido aristotélico de nociones o de tesis con las cuales se argumenta, pero sobre las cuales no se argumenta, como presupuestos de la discusión que permanecen indiscutidos, aunque reproducidos en los coloquios universitarios, en los libros de éxito, en las revistas semiespecializadas, en los informes de expertos, difusos a nivel global y reproducidos también por los organismos internacionales”⁵.

Estas observaciones valen asimismo por el campo de producción del discurso oficial-científico sobre las drogas: no se puede menospreciar que “la hegemonía en este campo de

² Melossi, Darío. “La Gaceta de la Moralidad”, en *Delito y Sociedad*, año 1, núm. 1, 1^{er} semestre, Ed. UNL, Buenos Aires, 1992, p. 43.

³ Del Olmo, Rosa. “Drogas: Discursos, Percepciones y Políticas”. Paper presentado en IISJL, Oñati-Gipuzkoa, España, 1994, p. 3.

⁴ Bourdieu Pierre y Wacquant Loïc. “Las argucias de la razón imperialista”, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 2001, p. 7.

⁵ *Ibid.*, pp. 8-9.

interés le ha correspondido al gobierno de Estados Unidos por haber sido el generador y promotor del movimiento antidroga y del discurso respectivo, colocándose siempre a la vanguardia de la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas”⁶, difundiendo sus estrategias a través de conferencias internacionales y campañas de sensibilización hacia la opinión pública para legitimar a nivel simbólico la construcción de la percepción del fenómeno droga como “problema social”, considerando que como problema social entendemos “aquellas actividades a través de las cuales condiciones y circunstancias son reivindicadas y definidas como problemas por gobiernos, medios de comunicación, servicios de asistencia públicos y privados o por portavoces de problemas avisados por la opinión pública”⁷.

Para superar la visión oficialista de la “guerra contra las drogas” y construir una lógica discursiva y práctica del saber científico sobre drogas relacionado con la perspectiva de convivencia con sustancias naturales y químicas que han acompañado desde siempre a la humanidad a través de usos médicos, ritualistas y lúdicos, se necesita repensar, ante todo, la significación de la prohibición de determinadas sustancias como procesos de censuras sociales hacia los sujetos usuarios, consumidores y abusadores, a través de la criminalización primaria, en el momento de la creación de la norma, y de la estigmatización de las agencias del control punitivo, cuales policías, tribunales, agentes penitenciarios o, en el caso específico, los centros de tratamiento sean estos predisuestos adentro de pabellones de las cárceles o afuera de las mismas.

Este enfoque sociológico de la censura social, como resignificación de todo el proceso de criminalización primaria y secundaria, ha sido propuesto por Colin Sumner, que, para superar la sociología de la desviación interaccionista, aunque manteniendo vivas sus enseñanzas sobre los procesos de criminalización, invita a los criminólogos a “identificar cuáles intereses sociales, económicos, políticos y culturales reflejan las exigencias de control social sobre determinados grupos”. Este autor sugiere de estudiar “las prácticas discursivas de dominación hegemónica” apuntando el análisis hacia “una etimología sociológica del lenguaje de la censura, examinando los significados históricos y los momentos de formación de términos tales como drogadicción, prostitución, vagabundaje”, por medio de los cuales se pueden “revelar las características de la censura, las agencias y los procesos de creación de los estereotipos y los cambios en su significado, así como los contextos de su uso.”⁸

II. Por qué investigar sobre las medidas de seguridad en la Ley 23.737

El objetivo de la investigación en curso⁹ es destacar cómo los tópicos usados en los discursos parlamentarios de la Ley 23.737 configuran un espacio retórico, esto es, un campo de argu-

⁶ Del Olmo. *Op. cit.*, p. 5.

⁷ Hester, Stephen y Eglin Peter, A. *Sociology of Crime*, Routledge, 1992. Trad. en italiano, *Sociologia del Crimine*, Ed. Piero Manni, Lecce, 1999, p. 31.

⁸ Sumner, Colin. “Repensar la Desviación: hacia una sociología de la censura social”, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, N° 1, Ed. PPU, Barcelona, 1996, p. 18.

⁹ La investigación “Medidas educativas y curativas en la Ley 23.737: discursos y praxis de censura social” corresponde a mi Tesina final para optar al Máster Europeo “Sistema Penal y Problemas Sociales” de la Universidad de Barcelona dirigido por el Prof. Dr. Roberto Bergalli, bajo la tutoría del Prof. Dr. Iñaki Rivera Beiras.

mentaciones destinadas a la persuasión y la aprobación de la ley, cerrado en su mayor extensión por la ideología prohibicionista, anclada en los postulados del positivismo clínico, que incrementa en lugar de disminuir la producción de violencia simbólica, así como burocrática y física conforme a la correlación establecida por Boaventura de Sousa Santos cuando afirma que “la amplitud del espacio retórico del discurso jurídico varía en razón inversa del nivel de institucionalización de la función jurídica y del poder de los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica.”¹⁰

Entonces, el análisis de los discursos parlamentarios será el campo de estudio de tópicos donde “drogas”, “drogadicto”, “tratamiento”, “medidas de seguridad educativas y/o curativas” son reflejo de la ideología prohibicionista que los ha modelado, a través de instrumentos normativos supranacionales; cabe mencionar la Convención de las Naciones Unidas de 1988 por la lucha contra el consumo y el tráfico de estupefacientes, realizada en Viena.

La ideología prohibicionista no debe ser considerada sólo en su sentido negativo, es decir, como “la falsa conciencia sistemática e intelectualizada de grupos de interés”, sino también “como un reflejo parcial de la estructura social y, a la vez, como un componente activo, creativo de la práctica social reflexiva, evitando así cualquier discurso determinista sobre la ideología y abriendo la investigación sociológica del control penal al análisis de los procesos de formación de censura social contra “las drogas y los drogadictos”, al estudio del lenguaje moral, cual es el lenguaje del derecho, así como se forma y se desarrolla en la práctica social, desde luego en su momento de mayor expresión como formación ideológica unificada en la censura, a través de la creación de estereotipos, como toxicodependientes o drogadictos, por ejemplo¹¹.

Pero, antes de entrar en el análisis de los discursos parlamentarios, queremos presentar las medidas educativas y curativas de la Ley 23.737.

Éstas son previstas por el:

- a) Ex artículo 16, que impone al juez la previsión, además de la pena, de una medida de seguridad curativa consistente en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, cuando el condenado *por cualquier delito dependiere física o psíquicamente* de estupefacientes, es decir, el caso del delincuente-toxicodependiente.
- b) Ex artículo 17, que prevé para el caso de tenencia de estupefacientes para uso personal¹², que “declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación.

Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por

¹⁰ De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, Ed. ILSA, Bogotá, 1991, p. 60.

¹¹ Sumner. *Op. cit.*, p. 21.

¹² Artículo 14: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ... el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.”

su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última.”

- c) Ex artículo 18, que dispone que “en el caso del artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario.

Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanuda el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad”.

- d) Ex artículo 19, que en su primer párrafo reglamenta las disposiciones referentes a los centros de rehabilitación y desintoxicación, mientras en su segundo párrafo dispone que “el tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare consentimiento para ello, o cuando existiere peligro que se dañe a sí mismo o a los demás. El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso”.

- e) Ex artículo 21 se disciplina una medida de seguridad educativa que sustituye la pena con forma y modo determinados por el juez para el caso de tenencia para uso personal y si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o un experimentador. Una vez más se somete la suspensión de la pena al resultado satisfactorio del tratamiento.

Es evidente como la ideología que sustenta la reglamentación de dicho tratamiento se ha inspirado en una visión correccional y disciplinaria hacia la figura del delincuente-toxicodependiente atrapado por las agencias penales. Es menester recordar que estas normas se enmarcan en un cuadro internacionalizado de “guerra contra las drogas” y contra los “toxicodependientes”, que estigmatizados ya por las legislaciones prohibicionistas internacionales y nacionales, se ven por segunda vez estigmatizados por la respuesta punitiva hacia sus actos “delictivos”, a veces consistentes en tenencia de cantidades mínimas de sustancias estupefacientes, pero suficientes para poner en marcha la reacción del sistema penal y a marcar el proceso de censura social hacia actos inofensivos para la sociedad y para la misma persona, siempre que no estemos en casos de evidentes abusos que deben ser atención de asistencia sanitaria y no penal.

Así los toxicodependientes, durante el período de duración de su proceso penal y de condena, encuentran una legislación que prevé una “alternativa” falseada a la pena de reclusión al establecer la posibilidad de conceder una medida de seguridad de carácter educativo y/o curativo.

Como es evidente luego de una apresurada lectura, hay muchos aspectos oscuros en la administración de dichas medidas, desde la arbitrariedad evidente de la concesión condicionada a criterios subjetivos hasta la indeterminación temporal, lagunas y antinomias jurídicas que deberían inquietar la conciencia de cualquier jurista liberal.

Pero nuestro objetivo en este espacio, más que resaltar las fallas internas del sistema penal, es remarcar la falla representada por todo el sistema punitivo en cuanto a su reacción hacia estos modernos “chivos expiatorios”, ya que la previsión de las medidas de seguridad no constituye ninguna alternativa a la pena, dado que estas son formas de diferenciar la fase de ejecución penal sólo y exclusivamente respecto a la peligrosidad del sujeto “toxicodependiente”; entonces son auténticas penas, así como Zaffaroni lo afirma cuando dice que las medidas de seguridad son “formas de coerción estatal que importan la privación de derechos o la inflicción de un dolor, que no persigue un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente”¹³.

De cualquier manera, la disputa nominalista y fáctica sobre la cuestión de si las medidas de seguridad son una forma de pena o no es irrelevante, desde un enfoque sociológico metanormativo, frente a la existencia en las legislaciones penales de una modalidad de control social de tipo punitivo que se aplica en los sistemas penales modernos, demostrando la irracionalidad de la intervención penal, según un enfoque ius-iluminístico¹⁴, y la reproducción de nuevas manifestaciones de “censura social” por parte de un Estado policiaco, según una visión de la criminología crítica o sociología del control penal¹⁵.

III. Medidas de seguridad: fundamentos ideológicos en las teorías jurídico-penales

La legitimación de las medidas de seguridad, desde la perspectiva jurídico-penal, se encuentra en la ideología positivista y en sus intereses pseudocientíficos de control punitivo hacia individuos seleccionados a base de características subjetivas, como la peligrosidad.

Como señala Ferrajoli, analizando el sistema binario del Código Penal italiano, el Código Rocco de 1930, “la mayor contribución a la introducción de las medidas de seguridad en los ordenamientos penales modernos y su legitimación ideológica fue dada por la “Escuela Positiva” o antropológica del derecho penal, que sustituyó el criterio de responsabilidad individual por el de la peligrosidad social y concibió el delito como “síntoma” de patología psicosomática, y en cuanto tal necesitada de ser tratada y prevenida, más que reprimida, con medidas pedagógicas y terapéuticas destinadas a neutralizar las causas etiológicas”¹⁶.

Los fundamentos ideológicos de esta forma de castigo penal se encuentran en las teorías de la prevención especial de la pena que centran su atención en el sujeto infractor con finalidades de reeducación del reo en la prevención especial positiva y con finalidades de eliminación y neutralización en la prevención especial negativa.

¹³ Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 876.

¹⁴ Cfr., Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*, Ed. Laterza, Bari, 1989. Trad. en español, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1992.

¹⁵ Cfr., Bergalli, Roberto. “Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo”, *Revista Sistema* 160, Ed. Sistema, Madrid, 2001.

¹⁶ Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 812.

Es interesante destacar cuáles han sido, en el plano filosófico-jurídico, las corrientes de pensamiento que han fundamentado la prevención especial, positiva y negativa para, sucesivamente, ver en qué determinado contexto histórico-social se han tratado de aplicar y con cuáles finalidades.

Los discursos jurídico-penales legitimantes de las teorías de la prevención especial, positiva y negativa, es decir, la reeducación y la neutralización o eliminación del sujeto infractor, se pueden distinguir en: a) las doctrinas moralistas de la enmienda, b) las naturalistas de la defensa social y c) las teleológicas de la diferenciación de la pena.

Estas doctrinas, aun partiendo de premisas ideológicas antitéticas, es decir, éticas, deterministas y pragmáticas, comparten la misma concepción del uso del derecho penal orientado no sólo hacia la función preventiva de los hechos delictivos, sino y desde luego hacia la transformación de la personalidad desviada “según proyectos autoritarios de homologación o alternativamente de neutralización por medio de técnicas de amputación y bonificación social.”¹⁷

Ahora, nos preguntamos: ¿Cuáles tópicos penales han desarrollado estas doctrinas para justificar sus proyectos de intervención directa hacia la persona humana en la fase de la ejecución penal?

Las doctrinas moralistas de la enmienda tienen su origen remoto en la idea de la *poena medicinalis* formulada por Platón y seguida por San Tomás, según la cual los hombres pueden ser no sólo penados sino también obligados por el Estado a devenir buenos. Esta idea, inspirada en una abstracta e indeterminada expresión del libre albedrío del hombre según una concepción espiritualista, caracterizará la visión pedagógica de la pena, es decir, la necesidad de redimir culpas o “pecados originales” y buscar el arrepentimiento o provocar vergüenza, idea que desde el derecho romano y el derecho canónico hasta las modernas versiones del pedagogismo penal, católico (Roeder, Lanza y Carnelutti, entre otros) e idealista (Fichte, Henke e Ugo Spirito, entre otros), comparte con la visión de la retribución moral¹⁸.

Según Ferrajoli, ya Tomás Moro en 1516, en su *Utopía*, “elabora en clave realmente utópica la primera concepción de la privación de libertad personal como pena finalizada a la reeducación, a tal fin indeterminada en la duración, conmutable en la pena de muerte cuando el reo se revela irrecuperable y al mismo tiempo utilizable como medida de prevención y de orden público”. Por cuanto autores del pensamiento iluminista como Hobbes, Grozio, Pufendorf y Bentham han reconocido en la enmienda el fin de la pena junto a las finalidades de prevención general, la idea de la pena como medicina del alma tiene sus postulados desde luego ya contenidos en la visión bíblica del sufrimiento como previo o medio de sacrificio de la expiación de los penados y de la reconciliación del hombre con la máxima autoridad divina, así como en la concepción de la penitencia y liberación de la confesión, de la vergüenza y del arrepentimiento.

El autor italiano sostiene que será ya Giambattista Vico (1720) quien inspirará la primera orgánica doctrina de la diferenciación penal, partiendo desde una concepción ético-intelectualista del delito como fruto de “*ignorantia*” y desarrollando una doctrina de la pena

¹⁷ *Ibid.*, p. 252.

¹⁸ *Ibid.*, p. 231.

como sanción diferenciada sobre la base de la capacidad de los reos de probar “vergüenza” y tomar conciencia de sus culpas. Las modernas teorías de la pedagogía penal coinciden en considerar la pena como finalizada “a la reeducación” y a la “recuperación moral” del condenado, partiendo de que el reo sea un sujeto inmoral a redimir, fundando así “una concepción represiva de la función pedagógica”¹⁹ que no puede encontrar legitimación en ninguna manifestación de la ejecución penal, salvo que se quieran justificar formas de intervenciones autoritarias de violencias punitivas según formas de estado ético, como aquellas contenidas en los conceptos moralistas presentes en las discusiones parlamentarias de la Ley 23.737 así como en cualquier legislación nacional que actúe conforme a los mandatos de la Convención Internacional de Viena de 1988.

La segunda corriente doctrinaria justificadora de la prevención especial, es decir, la naturalista de la defensa social, contiene orientaciones filosóficas y políticas distintas y, como veremos, antitéticas a la moralista de la enmienda. De una concepción espiritualista del hombre informada al principio del libre albedrío, aunque en su forma más abstracta e indeterminada, se pasa a la idea de la inferioridad antropológica del ser delincuente, determinada por causas sociales o psicológicas o antropológicas, expresión penal y criminológica del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta al libre albedrío, aunque metafísica del ser humano, considerado como entidad criminal privada de libertad y enteramente sujeta a las leyes de la necesidad natural. Para controlar la peligrosidad de los “enfermos sociales”, delincuentes distintos en toda su “tipología antropológica” como ocasionales, pasionales, habituales, locos o nacidos, se instrumenta un sistema punitivo articulado con penas y medidas de seguridad para defender el campo del cuerpo social sano, del “contagio” criminal.

Así el positivismo criminológico y su Defensa Social introducirán el carácter “científico” de las técnicas punitivas del ordenamiento penal: la predisposición antropológica, psíquica o social de determinados seres inferiores, los delincuentes, justificarán la introducción de nuevas estrategias punitivas a través de las medidas higiénico-preventivas, terapéutico-represivas y quirúrgicas-eliminadoras, distribuidas según criterios “técnicos y científicos” de “profilaxis social”. Estas técnicas de defensa social orientaban las penas y las medidas de seguridad a una diversificación de los criterios rectores de la función punitiva estatal, más funcional a una visión de sociedad orgánica e integrada, sometida a un control “científico” en lugar de moralista por parte del Estado. En efecto, las propuestas de reformas penales y los principios liberales de la Escuela Clásica coincidían con las exigencias de la “defensa social” de la Escuela Positivista²⁰; las instancias de controles jurídicos sobre la fase de ejecución penal inspirados en la reducción material de la violencia física y moral de las instituciones punitivas pueden convivir dentro del espacio retórico de los criterios clasificatorios de los delincuentes divididos según las anomalías bio-antropológicas, sociales o psíquicas, con fines de neutralización y/o eliminación.

El estado ético deviene estado terapeuta, el disvalor moral de la acción ilícita penalizada es sustituido por el juicio “científico” de la personalidad del “delincuente”, siempre más sujeto a atenciones clínicas con fines “preventivos” de mantenimiento de la paz social.

¹⁹ *Ibid.*, p. 253-254.

²⁰ Cfr., Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986, pp. 37-40.

Por último, la doctrina teleológica de la diferenciación de la pena presenta las propuestas teóricas eclécticas, que hasta hoy justifican el uso de las medidas de seguridad, educativas y/o curativas, *ante y extra-delictum*, poniendo en serio peligro las posibilidades concretas de reducción y/o abolición del espacio punitivo institucional²¹, así la orientación más contemporánea de dicha doctrina, la nueva penología norteamericana, que justifica la intervención del control penal hacia aquellos grupos sociales predefinidos como peligrosos o sujetos a riesgo, por ejemplo, los “drogadictos”²².

Esta orientación correccionalista, teleológica y pragmática, que confía su función de prevención especial de las penas a su individualización e diferenciación, vino desarrollada en el “Programa de Marburgo” (1882), redactado por Franz von Liszt, fundador de la Escuela Sociológica del derecho penal y sostenedor de un modelo de la norma punitiva como instrumento flexible y polifuncional de “resocialización”, o de “neutralización” o de “intimidación” según los diversos “tipos”, “adaptables”, “inadaptables” u “ocasionales”²³. A través de una doctrina ecléctica de la “pena-defensa”, inspirada en los principios de defensa social y de incapacitación (para los “irrecuperables”), de la enmienda para los necesitados de la resocialización, y de intimidación especial y general (para los delincuentes ocasionales y la generalidad), así como del principio retributivo hacia el individuo²⁴, se propone justificar un discurso “convergente con las orientaciones positivistas de la defensa social, concretándose en una tendencial subjetivización de los tipos delictivos y en la propuesta, que tanta fortuna tendrá en la cultura y en la práctica penal de este siglo, de la diferenciación de la pena según la personalidad de los reos”²⁵.

Esta ideología de la teoría del fin de la ejecución penal, diferenciada en la pena según las personalidades de los reos, desvinculada de presupuestos filosóficos, sean espiritualistas, como en la primera doctrina de la enmienda, sean positivistas como en la de la defensa social, es más bien orientada a la realización de las primeras etapas del “proyecto autoritario de un liberalismo conservador”, más preocupado del pragmático fin de defender el orden social, político y económico, orden clasista y burgués, a través del derecho penal.

Como evidencia Ferrajoli, detrás de la “idea del fin de la pena”, sea desde el enfoque axiológico, naturalista o teleológico de la misma, aún con el respeto del principio de certidumbre y estricta legalidad penal, como el mismo Von Liszt lo revela en su Programa, subyace una orientación clasista de su pensamiento cuando así identifica a los “irrecupera-

²¹ Cfr., Ferrajoli. *Op. cit.*, pp. 255-258.

²² Cfr., Feeley, Malcolm y Simon, Jonathan. “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”. (Traducción del original inglés de Máximo Sozzo), en *Revista Delito y Sociedad*, núm. 6/7, Ed. UNL, Santa Fe, 1995.

²³ “Resocialización, intimidación, neutralización: estos son los efectos inmediatos de la pena, las íntimas fuerzas que en ella viven y a través de las cuales ella actúa la tutela de los bienes jurídicos”. (Von Liszt, citado en Ferrajoli, 1989, p. 300).

Dichos efectos así se establecen:

- la intimidación del infractor no necesitado de corrección;
- la inocuización del autor no susceptible de corrección;
- la corrección (resocialización) del delincuente susceptible de corrección (resocialización) y necesitado de ella. (Cfr. con Rivera Beiras, 1998, p. 30).

²⁴ Von Liszt, *Programa de Marburgo*, 1882, citado por Ferrajoli, 1989, p. 256: “La pena-defensa es la pena retributiva entendida en el justo sentido, es decir, justa en el caso individual”.

²⁵ Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 257.

bles delinquentes”: “La lucha contra la delincuencia habitual presupone un exacto conocimiento de la misma. Este conocimiento todavía hoy nos falta. Se trata, en efecto, sólo de un anillo de aquella cadena, el más significativo y peligroso, de manifestaciones patológicas de la sociedad que acostumbramos agrupar bajo la comprensiva denominación de *proletariado*. Mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, ladronuelos y sujetos a vida equívoca, degenerados en el físico y en el espíritu, todos estos concurren a formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo estado mayor parece estar formado por delinquentes habituales”. Contra este ejército de enemigos capitales del orden social, dadas las teorías penales de Von Liszt, llamaban a la sociedad a defenderse, a través de la “neutralización de aquellos” por medio de la “servidumbre a la pena con muy severa obligación al trabajo y la mejor explotación posible de las fuerzas de trabajo, y de sanción disciplinaria, como pena corporal, bajo forma de segregación celular, segregación a oscuras y muy riguroso ayuno.”²⁶

En estas palabras de Von Liszt se pueden encontrar los tópicos de los discursos penales que han legitimado, en el plan retórico, la introducción de las formas diferenciadas de ejecución penal como las medidas de seguridad y su ideología de carácter autoritario. La concepción de la “peligrosidad” y de la “patología social” como caracteres ontológicos del “proletariado”, la clasificación de delinquentes habituales dirigida a los sujetos desprotegidos a nivel económico y social o excluidos por sus hábitos de vida, y su necesidad de corrección o resocialización cuando demuestren de ser susceptibles a ella, nos invita a reflexionar más sobre las ideologías de la prevención especial, positiva y negativa, como ideologías de dominación del proyecto jurídico liberal y burgués, dirigido a la aceptación coactiva de un determinado modelo de desarrollo socioeconómico, propio del capitalismo industrial, que se iba formando en las sociedades occidentales entre finales del siglo XIX y los primeros decenios del siglo XX²⁷.

Como Pavarini observa, la sociología crítica del derecho penal ha evidenciado cómo las funciones materiales de la ley penal en una sociedad desigual han sido (y siguen siendo) aquellas de afirmar y asegurar un determinado *statu quo*, a través de la selección y marginación de los estratos sociales más bajos en la pirámide social, gracias a los mecanismos de criminalización primaria y secundaria, es decir, en el plan de delimitación normativa de los bienes jurídicos protegidos y en aquello de la selección operada por las agencias institucionales del sistema penal²⁸.

Así las cosas, si las normas del derecho penal burgués parten de una idea de justicia universal y de imparcialidad de su intervención, en la realidad cumplen la función material de reproducir las desigualdades estructurales presentes en las sociedades capitalistas, desde luego en la fase del desarrollo de la etapa fordista del capitalismo moderno, durante la cual la educación y el disciplinamiento hacia el trabajo en fábrica como único medio de sobrevivencia y sustentamiento personal y/o familiar iba a ser impuesto también gracias a la aplicación selectiva de la pena de privación de libertad hacia los sectores marginados de la sociedad, impidiendo así su ascensión social.

²⁶ *Ibid.*, p. 257.

²⁷ Cfr., Bergalli, Roberto. “L’ideologia del controllo sociale tradizionale”, en *Rev. Sociologia del Diritto*, N° 3, Ed. Franco Angeli, Torino, 1981, pp. 57-69.

²⁸ Cfr., Pavarini, Massimo. *I nuovi confini della penality*, Ed. Martina, Bologna, 1994, p. 91 y ss.

IV. Discursos prohibicionistas y extensión del control social punitivo

Ahora, al lado de la función material de la cárcel como marginación y exclusión de los últimos estratos de la pirámide social, no podemos dejar de subrayar la función material de las medidas de seguridad como extensivas del control penal hacia aquellos sujetos que, habiendo cometido o no algún ilícito penal, deben ser “orientados” hacia la aceptación de su identidad como peligrosa para sí mismo y/o para la sociedad, según las ideologías correccionalistas. Ideologías que engendran en sus postulados modelos y prácticas de control social de tipo punitivo marcados por la subjetivización del derecho penal, según un modelo ético de la intervención penal centrada en los tipos de autor y no en la ofensividad material de las conductas, y/o por la neutralización/eliminación del enemigo social “delincuente”, según la ideología de la defensa social, así como por la patologización de cualquier forma de conflicto social.

Estas ideologías inspiran los discursos prohibicionistas, así como lo ha mostrado el análisis de Rosa Del Olmo sobre las condiciones sociopolíticas y socioeconómicas existentes durante las épocas de introducción de la legislación prohibicionista, a partir del inicio del siglo XX y sobre todo a partir de la década del 1950 hasta nuestros días –desde luego en Estados Unidos– para controlar el fenómeno de las drogas ilícitas, por medio de las variaciones de los discursos oficiales, desde el enfoque ético-jurídico de la década del 1950, al médico-sanitario-jurídico (1960), al jurídico-político-médico (1970), al jurídico-transnacional-geopolítico (1980), para llegar al enfoque económico-transnacional de la década de 1990 que nos introdujo en la globalización de la lucha contra el enemigo droga²⁹.

Es en este marco que hay que leer los discursos parlamentarios y la presentación de tópicos que argumentan pero sobre los cuales no se argumenta, como por ejemplo los tópicos droga, dependencia, tratamiento, reflejo de la aceptación de opiniones y enfoques alejadas de la complejidad del fenómeno drogas y más enraizadas en un obsequio respetuoso de las normativas transnacionales, cual la Convención de Viena de 1988.

La globalización de la guerra contra las drogas, así como de la guerra contra cualquier sujeto usuario o traficante que sea, se ha construido alrededor del enfoque positivista de la eliminación de las causas del problema, así como se puede leer en el Preámbulo de la última Convención, donde así se expresa la racionalidad de la intervención de las instituciones involucradas con dicha normativa transnacional: “Las partes en la Convención, profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, ... deseadas de eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, comprendida la demanda ilícita de dichas drogas y sustancias...”.

Asimismo nótese la orientación teleológica de la Ley 23.737 como se puede leer en el Informe presentado por las Comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción el día 22 de

²⁹ Cfr., Del Olmo. *Op. cit.*

febrero de 1989³⁰: “Atacar al tráfico ilícito de estupefacientes en su fuente y curar al último eslabón del mismo que es el consumidor final, sea éste adicto o experimentador, con un reproche penal cuando su indiferencia o falta de voluntad revele la necesidad de la pena”.

Hacia la figura del “adicto”, en el mismo Informe, se aclara que “el Estado no resigna su obligación primaria de curar a un enfermo, ni tampoco la de proteger la salud pública”. Por otra parte se destaca que las comisiones han entendido al fijar la política criminal respecto de los afectados por el consumo de estupefacientes que éstos constituyen el último eslabón del tráfico ilícito de estupefacientes. En este despacho “se intensifican y agravan las penas de los hechos que comprenden tal tráfico ilícito; también se mantiene la ilegitimidad de la tenencia para uso personal con penalización máxima, pero con la variante o posibilidad antes señalada de eximirse de pena cumpliendo razonablemente el programa de desintoxicación y rehabilitación establecido, y con ello entendemos no se vulnera el derecho a la intimidad de raigambre constitucional que sirviera de base a la Corte para declarar la inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 20.771.”.

Sobre la palabra estupefacientes se puede leer en el mismo documento que “el término estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”. Dichas listas se renuevan a base de las disposiciones de la Organización Mundial de la Salud, que periódicamente define qué sustancias son prohibidas, aunque el criterio seguido por esta organización no es científico sino tautológico, dado que la definición normativa de estupefacientes prohibidos es: “por estupefaciente se entiende cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas”, y por “sustancia psicotrópica se entiende cualquier sustancia natural o sintética o cualquier material que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio de 1971, reenviando a las Listas de estupefacientes anexados a la Convención”.

De manera tal que las sustancias estupefacientes y psicotrópicas son designadas a base de una cualidad jurídica —la de estar declaradas ilegales— y no a base de una objetiva definición científica que las distingue de aquellas declaradas legales³¹.

V. Espacio retórico abierto y responsabilización de la sociedad civil sobre el fenómeno drogas

La presencia de estas “definiciones indefinidas” (sea permitido el oxímoron), como las anteriores expuestas, contribuyen a la construcción de la percepción subjetiva y de la realidad objetiva de la figura del toxicómano como delincuente y/o como enfermo, como sujeto privado de su capacidad de elección y de responsabilidad frente a la sociedad, por ende destinado al control de las agencias del control social punitivo.

Los tópicos toxicodependiente-delincuente y toxicodependiente-enfermo, entre otros, crean las bases argumentadoras para legitimar la intervención punitiva y violenta del Estado,

³⁰ Diarios de Sesión, Reunión 61ª, Cámara de Diputados de la Nación, 22 de febrero de 1989, pp. 7728-29.

³¹ Cfr., Szasz, Tomás. *Drogas y ritual*, Ed. FCE, México – Madrid – Buenos Aires, 1990, pp. 15 y ss.

que en su primera instancia se presenta bajo la forma de normas penales aptas a reprimir el uso de las drogas ilícitas; normas penales fundadas sobre: 1) la protección del bien jurídico "salud pública" (fórmula bastante vaga en sí misma y como tal abierta a interpretaciones contrarias al respeto de los principios de legalidad y ofensividad, principios básicos alrededor de los cuales los penalistas liberales han tratado de limitar las intervenciones irracionales del sistema penal) y 2) la persecución de conductas penales de "peligro abstracto", llevando la acción punitiva estatal hacia una intervención de carácter ético, hacia grupos de riesgos precalificados, demostrando el pasaje en la actual época de las democracias latinoamericanas, desde luego, desde la ficción del estado social y democrático de derecho a la realidad del estado policíaco.

Entonces es evidente que hay otros intereses, más allá de la tutela de la salud pública, que se interrelacionan con las finalidades declaradas de la Ley 23.737: la guerra contra las drogas y sus usuarios tiene su función simbólica en la eliminación del mercado de drogas ilícitas y su función material en militarizar siempre más todos los aspectos de la vida política, social, cultural y económica del continente latinoamericano, según los planes estratégicos de dominación hegemónica del gigante del Norte, actualmente autoproclamado como "guardián del orden mundial".

Entonces la necesidad de abrir el espacio retórico de la guerra contra las drogas hacia una comunicación más racional y participativa de la comunidad involucrada es el reflejo de modificar los canales de la acción comunicativa hacia lo que Baratta definió "el uso público de la razón por parte de los ciudadanos", es decir, "su participación argumentada y responsable en el control y en la orientación de la política"³²; para que eso sea posible hay que mover el eje del debate teórico y de las acciones institucionales desde la oposición entre prohibicionismo y legalización hacia las formas de legalizar que permita eliminar en gran parte la intervención de un sistema de control con escasa eficacia y graves efectos negativos y, al mismo tiempo, dar mayor espacio a la intervención de sistemas más adecuados como el informativo-educativo y el terapéutico-asistencial.

Legalizar no sería desregular: se pueden mantener, por ejemplo, normas administrativas destinadas a controlar la calidad de las sustancias, la prohibición de suministrarlas a menores, la prohibición de la publicidad (extendida a las drogas legales).

Asimismo, otro aspecto que legitima la lucha para un uso racional de la comunicación participativa sobre la normalización del uso de cualquier droga es la necesidad de apuntar a una transformación cultural de la imagen de las drogas que rescate y dignifique la cultura hedonista del ser humano, hace siglos abandonada para dejar espacio a nuevos actores morales, cuales la Iglesia Católica y el Estado que, para servir al mercado, al "sujeto invisible" de nuestra existencia cotidiana, no han menospreciado ningún tipo de estrategias y técnicas de poder para anular la natural búsqueda del placer humano y disciplinar nuestras existencias atrás de mitos y fetiches, cuales la cultura de la competición y del dinero como máxima expresión de la naturaleza humana.

³² Baratta, Alessandro. *Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogadependencias*, Revista Estudios Penales, en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 73-75.

Por eso, hoy más que nunca, desde Argentina y Latinoamérica es una tarea primaria del pensamiento criminológico radical tratar de resignificar todos los tópicos que están legitimando las políticas criminales sobre las drogas, remarcando ante todo como no se están persiguiendo “sujetos desviados del buen camino” cuanto “grupos peligrosos” para un orden político y económico ajeno a los intereses políticos, culturales, económicos de la mayoría de la sociedad civil, único sujeto titular de la legitimación material de cualquier estrategia de control social punitivo.

Al fin y al cabo, como bien dijo durante un debate televisivo sobre la legalización Antonio Escotado: “¡la droga no mata, la ignorancia sí!”.

Bibliografía

- Baratta, Alessandro. 1986. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI.
- Baratta, Alessandro. 1989. *Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogadependencias*, en *Estudios Penales*, en memoria del profesor Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 49-75.
- Bergalli, Roberto. 1981. *L'ideologia del controllo sociale tradizionale*, en *Sociología del Diritto*, N° 3, pp. 57-69.
- Bergalli, Roberto. 2001. *Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo*, en *Sistema* 160.
- Bourdieu Pierre y Wacquant Loïc. 2001. *Las argucias de la razón imperialista*, Paidós Asterisco, Barcelona – Buenos Aires.
- De Sousa, Santos Boaventura. 1991. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, ILSA, Bogotá.
- Del Olmo, Rosa. 1989. *Drogas: distorsiones y realidades*, en *Nueva Sociedad*, 102, pp. 81-93.
- Del Olmo, Rosa. 1987. *La cara oculta de la droga*, en *Poder y Control*, N° 2, pp. 23-48.
- Del Olmo, Rosa. 1994. *Drogas: Discursos, Percepciones y Políticas*, Paper presentado en Oñati, IISJL, junio. Diarios de Sesión de la Cámara Nacional de Diputados, Buenos Aires, Reunión 61ª, 22 de febrero de 1989, pp. 7721-7762.
- Ferrajoli, Luigi. 1989. *Diritto e Ragione*, Laterza, Bari.
- Hester, Stephen y Eglin, Peter. 1999. *A Sociology of Crime*, Routledge, 1992; Traducción en italiano, *Sociologia del Crimine*, Piero Manni, Lecce.
- Malcolm Feeley – Jonathan Simon. 1995. *La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones* (Traducción del original inglés de Máximo Sozzo), en *Delito y Sociedad*, num. 6/7.
- Melossi, Darío. 1992. *La Gaceta de la Moralidad*, en *Delito y Sociedad*, año 1, N° 1, 1^{er} semestre.
- Pavarini, Massimo. 1994. *I Nuovi Confini della Penalità*, Martina, Bologna.
- Rivera Beiras, Iñaki. 1998. *El Problema de Los Fundamentos de La Intervención Jurídico-Penal. Las Teorías de La Pena*, Signo, Barcelona.
- Sumner, Colin. 1996. *Repensar la Desviación: hacia una sociología de la censura social*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, N° 1, Barcelona.
- Szasz, Tomas. 1990. *Drogas y Ritual*, FCE, México – Madrid – Buenos Aires.
- Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. 2000. *Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Buenos Aires.