



Estudio de viabilidad del modelo de Tribunales de Tratamiento de drogas en la República Argentina.

**Observatorio Argentino de Drogas
Área de Investigaciones
(2011)**

**Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y
Lucha contra el Narcotráfico**

**Dr. José R. Granero
Secretario de Estado**

**Observatorio Argentino de Drogas
Diego Álvarez Rivero
Coordinador**

**Dirección de la investigación:
Matías Ledesma.
Joaquín Crotto.**

INDICE

PRÓLOGO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGA.

1. Sujeto y adicción. Uso, abuso y dependencia. Relación entre el consumo problemático de sustancias psicoactivas y la comisión de delitos.
2. Concepto y fines de los TTD. Experiencia comparada.
3. Necesidad de distinguir entre un derecho penal de acto y el derecho penal de autor. Concepto de imputabilidad. Penas, alternativas de penas, y medidas de seguridad.

CAPITULO II. SISTEMA PENAL ARGENTINO.

1. El proceso penal. Etapas: preliminar, de juicio y de ejecución.
2. Tratamientos de rehabilitación dentro del sistema actual.
Consentimiento o coacción. Derecho a la salud. Derecho a la libertad y a la autonomía personal.
Las normas de conducta en la suspensión del juicio a prueba, y la condena condicional (art. 27 bis del Código Penal).
Medidas de seguridad en la ley 23737.
Tratamientos de rehabilitación en las cárceles.
3. Otras posibles respuestas a la problemática dentro del derecho argentino.
Deberes de asistencia. Internación.

CAPITULO III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

PROLOGO

El estudio sobre la viabilidad del modelo de Tribunales de tratamiento de drogas en el país que tuve a la vista es un loable esfuerzo por poner en claro cuál es la relación entre los individuos adictos al consumo de drogas y la comisión de delitos en función de implementar una política criminal adecuada para dar respuesta a ese grave problema, respondiendo así al requerimiento efectuado el 2 de junio de 1998 por la Oficina para la Droga y el Delito de las Naciones Unidas (UNODC), que urge a los estados miembros a desarrollar, dentro del sistema criminal, las capacidades para asistir a los abusadores de drogas y proveerlos de servicios de educación, tratamiento y rehabilitación.

El trabajo parte de la base de establecer qué es la drogodependencia y en cuáles de sus manifestaciones se relaciona con el delito. Esto último lo hace sobre la base de la consulta de estudios especializados -entre ellos uno muy completo efectuado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha Contra el Narcotráfico en conjunto con el Observatorio de Drogas- y de las estadísticas que demuestran la incidencia de la drogadicción en la comisión de delitos. Trata, luego, el concepto, las características de estos tribunales y la experiencia sobre su funcionamiento en el derecho comparado. Después, en el camino de su eventual implementación, efectúa precisiones sobre principios constitucionales liminares del derecho penal que no deben dejar de ser tenidos en cuenta: sólo cabe la punición por lo que se hace y no por lo que se es; las penas o las medidas de seguridad -que muchas veces adquieren el carácter de verdaderas penas- deben guardar proporción con el hecho cometido; el adicto es un enfermo al que hay que tratar respetando la autonomía de su voluntad, con la excepción de casos muy graves vinculados con el peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. Contiene, también, una descripción del sistema penal argentino y sus diversas etapas, pensando de qué manera podrían funcionar los TTD dentro de él y haciendo especial hincapié en las medidas que pueden adoptarse en este terreno al aplicar la condenación condicional o la suspensión del juicio a prueba

(arts. 26, 27 bis, 76 bis y 76 ter, CPen.). En este último aspecto se pone de manifiesto la situación de colapso en la que se encuentran los juzgados de ejecución. Se estudian, también, las medidas curativas y educativas establecidas por la Ley de Estupefacientes y la ley 13.433 de resolución alternativa de conflictos penales en la provincia de Buenos Aires. Describe muy bien la realidad carcelaria e insta seriamente a mejorarla –algo que no requiere reformas legales sino una firme decisión política- en el capítulo dedicado al tratamiento de rehabilitación que debería dispensarse a quienes sufren pena privativa de la libertad. Contiene ideas originales, el análisis de la Ley de Salud Mental y del reformado art. 482 del Código Civil, que restringe, con razón, la posibilidad de privar de la libertad a quien se declara incapaz a casos extremos. Aquí surge una propuesta importante: en ciertas situaciones de drogadicción la justicia penal debería derivar el tratamiento de la cuestión a los tribunales civiles.

Si tenemos que caracterizar sintéticamente el estudio que estamos analizando lo haríamos con una palabra. Realista. En efecto, en él se estudia el fenómeno de la drogadicción de una manera realista en varios sentidos. Se analiza los efectos individuales y sociales de ese flagelo y se lo vincula, a la luz de las estadísticas nacionales, con su influencia en la comisión de delitos. Se describe la legislación nacional y se analiza su aplicación práctica, sobre todo en el ámbito de la ejecución penal. Se analizan las medidas que en la actualidad se aplican a quienes cometen delitos y son consumidores problemáticos de sustancias psicoactivas. Se alude a las que podrían aplicarse en el marco de la legislación vigente sin recurrir más que a algunos ajustes instrumentales que no requieren reformas legislativas. En este terreno se sugiere recurrir a un organismo del Estado -o a la intervención de una ONG- que esté conformado por un conjunto interdisciplinario que funcione en la órbita de la salud, que esté a cargo del examen, diagnóstico, programación y ejecución del tratamiento que corresponda aplicar a los adictos imputados de delito. En este sentido se hace una propuesta innovadora con relación a los antecedentes: es en los primeros

pasos del proceso donde debe efectuarse el examen con miras a prescribir el tratamiento adecuado, al que se lo vincula con la aplicación de institutos como la suspensión del juicio a prueba, la condenación condicional y la graduación de la pena.

No se olvida de señalar la realidad nacional, tanto a lo que hace a la infraestructura y al material humano con relación al control de la ejecución penal y al tratamiento de los adictos que se encuentran privados de su libertad por la comisión de delitos.

Se describe lo que puede hacerse –con sólo contar con la colaboración de los jueces competentes- a la luz de la legislación vigente, la que, sin reforma alguna, permitiría obtener, con relación a los imputados que, en concreto, reciban penas de tres años o menos, los mismos resultados que otros sistemas comparados que tienen instrumentados los TTD para esos supuestos, que no son pocos.

De *lege ferenda* se hace una propuesta concreta: incluir en el Código Penal una norma que faculta imponer una condena menor –reduciendo en un tercio el máximo y el mínimo de la escala penal del delito imputado- al tribunal que condena a un adicto que se sometió al tratamiento prescripto en el diagnóstico que se formulara cumpliendo con regularidad las normas de conducta que le impusieron con ese fin. Esa sugerencia es susceptible de variantes.

Se insiste en algo que está legislado pero no se cumple y es sustancial: el debido tratamiento de la población carcelaria que sufre los efectos de la adicción a las drogas, lo que está directamente relacionado con la resocialización.

Se postula la aplicación, para los casos en que la persona que sufre la dependencia se encuentra en libertad y reviste peligrosidad para sí o para terceros, que se recurra a la intervención del juez civil competente.

No se omite, por otra parte, señalar los derechos constitucionales que se encuentran involucrados en este delicado tema, los que deben guiar las decisiones que con relación a él se adopten.

En fin, el trabajo responde al interrogante planteado. Los TTD, si se los quisiera instrumentar con relación a imputados por delitos menores, podrían funcionar dentro del sistema jurídico vigente con la sola implementación de instrumentos adecuados para su ejecución, los que deberían estar incluidos en el sistema de salud. Si se quisiera, se podrían extender sus efectos a los autores de delitos con dependencia de drogas, sin limitaciones, efectuando una reforma que faculte al tribunal que los condena a rebajar su pena teniendo en cuenta la colaboración prestada para efectuar el tratamiento prescripto para la mejora o curación de su adicción. Por último, señala que debe trabajarse y mejorar lo que hay. No es poco.

Guillermo A. C. Ledesma

INTRODUCCIÓN

Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) han adoptado, en este último tiempo, una estrategia hemisférica para ayudar a los países a desarrollar políticas que se enfoquen no sólo en el suministro y control de la droga, sino también en su dependencia, reconocida como un mal crónico y recurrente con múltiples determinantes, tanto biológicos y psicológicos como sociales, que debe ser tratado como un componente clave en la política de salud pública.

Esta innovadora estrategia impulsa a que las políticas y acciones que se lleven adelante tengan como idea central el bienestar del individuo, y el respeto de sus derechos. A tal fin, exhorta a que los Estados intenten prevenir el uso de sustancias por parte de sus habitantes, y cuando el uso se convierte en problemático o dependiente para el individuo, le brinde servicios de tratamiento e integración social¹.

En consecuencia, en un marco de respeto al Derecho Internacional y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, observando los principios de soberanía e integridad territorial de los Estados, y la libertad y dignidad inherente de los hombres, la CICAD ha exhortado a los Estados miembros a que lleven a cabo acciones de reducción de demanda de drogas. Entre los lineamientos expuestos, se ha señalado que las políticas deben incluir como elementos esenciales la prevención universal e indicada; la intervención temprana; el tratamiento; la rehabilitación y la reinserción social y servicios de apoyo relacionados, con el objetivo de promover la salud y el bienestar social

¹ Conforme al resumen de las políticas realizado por el ex Secretario Ejecutivo de la CICAD, James F. Mack.

de los individuos, las familias y las comunidades, y reducir las consecuencias adversas al abuso de drogas².

En este contexto, se señala que es necesario explorar vías para ofrecer servicios de tratamiento, rehabilitación y reinserción social a infractores de la ley penal dependientes de drogas, como medida alternativa a su prosecución penal o privación de libertad. Y se reconoce que la recuperación del abuso y la dependencia de sustancias resulta esencial para una transición exitosa entre el encarcelamiento, la puesta en libertad y la reinserción social y por ello promueve a que se brinde tratamiento a los internos en centros de reclusión³. Por ello, entre otras medidas, se ha impulsado a los países de la región a establecer Tribunales de Tratamiento de drogas en sus territorios.

El objetivo del presente informe es, justamente, comprender qué son y en qué consisten los Tribunales de Tratamientos de Drogas (en adelante, TTD) y estudiar la viabilidad de que sean instaurados en la República Argentina.

A tal fin, intentaremos seguir una línea de trabajo que nos permita conocer la realidad fáctica del tema que abordaremos; la aplicación que tuvieron las cortes de drogas en otros países; y las leyes e instituciones de nuestro derecho que podrían utilizarse para lograr la implementación de los TTD en nuestro territorio. Llegado el caso, si concluyéramos –en base a diversos argumentos– que no resulta conveniente establecer los TTD dentro del sistema penal de nuestro país, intentaremos buscar alternativas institucionales que nos permitan prevenir la delincuencia asociada al consumo problemático de drogas, y cumplir con los fines que se intentan lograr a través del establecimiento de éstos tribunales.

² Conf. Principios n° 1 y 15 de la Estrategia Hemisférica sobre Drogas, adoptada por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas en el cuadragésimo séptimo período ordinario de sesiones, aprobado el 3 de mayo de 2010 en Washington, DC, Estados Unidos de América.

³ Conf. Principios 22 y 23 de la Estrategia. Y objetivos n° 7 y 8 del Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2011-2015.

En el primer capítulo del informe, centraremos nuestra atención en tres cuestiones diferentes.

En primer lugar, haremos una breve referencia al significado de **adicción**. Como juristas, nuestro conocimiento sobre el tema es ciertamente limitado. Sin embargo, no podemos dejar de señalar algunos aspectos relacionados a la problemática, que nos servirán de base para las propuestas que luego esbozaremos. Entonces, realizaremos algunas reseñas acerca del consumo de drogas y alcohol en las personas; y a la circunstancia en la que los individuos dependen de sustancias psicotrópicas, y el consumo de las mismas se torna problemático.

A su vez, conoceremos en qué consisten los **tratamientos integrales e interdisciplinarios** que propone la ciencia médica a quienes se ven implicados en la problemática estudiada, teniendo en cuenta la opinión generalizada de los especialistas de que la atención sobre quién padece una adicción debe considerar los aspectos físicos, psicológicos, psicopedagógicos y sociológicos del sujeto, considerando el modo de vida del individuo, sus relaciones interpersonales, sociales, etc. En este punto será menester centrar la mirada en cuan vital resulta ser **la voluntad del paciente** en el desarrollo del tratamiento, y la importancia del **consentimiento** tanto para la iniciación como para la continuación del tratamiento. Estas consideraciones, serán sustanciales a la hora de analizar la posible instauración de los TTD en el marco de un proceso penal, donde la persona que se encuentra sometida al proceso corre el riesgo de ser privada de su libertad (y por lo tanto, el discernimiento en la elección para realizar un tratamiento puede verse seriamente afectado, influyendo ello en la finalidad que persigue el tratamiento).

Por otro lado, un aspecto fundamental para el estudio del tema será conocer la **incidencia que pueden tener las adicciones y el consumo de drogas o alcohol en la comisión de delitos**.

Sin embargo, al tratar este punto, no debemos dejar de hacer alusión a las críticas que merece una posición determinista del asunto; y al enfrentamiento

de dos posiciones contrapuestas: el derecho penal de acto y el derecho penal de autor, es decir, al castigo como respuesta a un hecho ilícito o como consecuencia de la “peligrosidad del delincuente”.

Luego, para finalizar con el primer capítulo haremos un estudio pormenorizado sobre **el concepto, los fines y las características de los Tribunales de Tratamientos de Drogas**. Ello, nos llevará a adentrarnos en la aplicación que tuvieron los TTD en los diversos países en los que fueron implementados y la forma en la que se establecieron.

El segundo capítulo del informe contará, en primer lugar, con un análisis del **derecho argentino** -sus leyes e instituciones-, y las respuestas que a través de éste puede otorgársele a la problemática del tema aludido.

Al efecto, será necesario, en primer lugar, hacer referencia a las **normas constitucionales** que directamente deben ser traídas a estudio al momento de discutir sobre la posibilidad de implementar tratamientos médicos dentro de procesos civiles o penales (haremos alusión, entonces, a los arts. 18 y 19 de nuestra Constitución Nacional, que consagran el derecho al debido proceso, y el principio de legalidad). Asimismo, debemos hacer un repaso de los compromisos asumidos por nuestro país con la comunidad internacional, al firmar y ratificar diversos **tratados internacionales**, que comprometen a nuestro Estado a respetar el derecho a la salud de las personas.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que en el derecho comparado los TTD se han implementado dentro de los sistemas penales de distintos los países, realizaremos un exhaustivo análisis sobre nuestro sistema represivo, las leyes que lo gobiernan y que se aplican a quienes se encuentran sometidos a un proceso penal. El análisis descriptivo de los postulados, y una mirada sobre el modo en que efectivamente funcionan las instituciones legales en Argentina nos ayudarán a analizar si es conveniente o no que desde el sistema represivo

de nuestro país se otorgue una respuesta a la problemática que en este informe estudiamos.

Para ello, es menester detenerse en **los operadores y en las instituciones que forman parte del sistema penal argentino**. Focalizar nuestra atención, por ejemplo, en las funciones y los roles que cumplen los jueces, los fiscales, y los defensores oficiales y privados; echar una mirada sobre el modo en que funcionan y los recursos con los que cuentan los juzgados de ejecución. Y traer en consideración el estado de nuestras cárceles, y el modo en que se aplican las normas que rigen la ejecución de las penas privativas de la libertad.

Además, debemos analizar las penas, alternativas de penas y medidas de seguridad que los jueces aplican diariamente en nuestro país siguiendo las disposiciones del Código Penal de la Nación y las leyes que lo complementan y rigen para todo el país. En este sentido, debemos hacer referencia a las penas de prisión y las leyes que promueven el tratamiento de adictos dentro de las cárceles; y a las medidas de seguridad, curativas y educativas, principalmente las previstas en la ley 23737 (ley contra la tenencia y tráfico de estupefacientes). Además, debemos hacer una mención sobre el modo en que se implementan la suspensión de juicio a prueba o probation, la ejecución en suspenso de la pena, y el régimen de libertad condicional.

Y finalmente, en base a las conclusiones que logremos, haremos un análisis de **otras normas e instituciones ajenas al derecho penal**, que quizás puedan sugerir mejores soluciones a los sujetos que padecen una dependencia de sustancias psicotrópicas.

En este orden de ideas, el tercer capítulo de nuestro informe contará con la enumeración de diversas conclusiones que pueden extraerse de la lectura del estudio; y con una serie de propuestas de medidas que pueden implementarse a fin de otorgarle a las personas que han cometido un delito y que padecen por el consumo problemático de sustancias psicoactivas, una respuesta sanitaria a través del Estado, reconociendo de este modo el derecho a la vida, la

integridad física y a la salud de las personas; y cumpliendo con diversos fines preventivos especiales de la pena.

Teniendo en cuenta que doctrina jurídica de nuestro país no se ha referido nunca a los Tribunales de Tratamiento de droga, para la realización del presente informe hemos tenido que acudir a documentos y trabajos realizados por diversos especialistas de distintos países. Dichos trabajos serán oportunamente citados a lo largo del informe.

A su vez, para la recolección de información y el discernimiento sobre la posibilidad de instaurar en Argentina los Tribunales de tratamiento de drogas hemos contado con la estimable colaboración de las Dras. Carolina Bressia y Fernanda Samite. También con la opinión y crítica del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Finalmente, resta agradecer las correcciones y consejos brindados por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma quién, además, tuvo la amabilidad de escribir el prólogo de este trabajo.

I) TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGA.

1. Sujeto y adicción. Uso, abuso y dependencia. Relación entre el consumo problemático de sustancias psicoactivas y la comisión de delitos.

Sujeto y adicción.

Antes de comenzar a analizar en qué consisten los Tribunales de tratamiento de drogas (TTD), es preciso señalar algunas cuestiones relacionadas a la problemática que nos ocupa.

Las nociones que estudiaremos en el presente título son ajenas a nuestra especialidad. Sin embargo, es menester referirse –aunque sea en forma sucinta- a algunos conceptos relacionados con la problemática de las drogas, a fin de entender el efecto que producen en el individuo el uso y el abuso de sustancias psicoactivas; las causas que pueden generar que un sujeto se torne dependiente; y el modo más conveniente de enfrentar dicha problemática.

El abuso de estupefacientes es un fenómeno social complejo, y constituye uno de los mayores problemas de salud pública que aqueja a las sociedades de distintos países del mundo. El consumo problemático es multicausal razón por la cuál será decisivo el diagnóstico preciso a la hora de ensayar posibles soluciones.

Las sustancias psicoactivas tienen la capacidad de cambiar la percepción, el estado de ánimo y/o el comportamiento del individuo⁴ y cuando se introducen en el organismo, son capaces de alterar o modificar una o varias funciones psíquicas, pudiendo inducir a las personas que las toman a repetir su autoadministración por el placer que generan. Sus efectos gratificantes promueven la reexperimentación, y en sujetos vulnerables con contextos facilitadores, conducen a la adicción. Ello ocurre porque las sustancias poseen propiedades de refuerzo, entendidas como la capacidad de producir efectos

⁴ Art. 2 de la ley 2318 de la Ciudad de Buenos Aires.

que despiertan en el que las utiliza el deseo imperioso de consumirlas otra vez, en la búsqueda de efectos similares⁵. Sin embargo, del universo de individuos que recurren a las sustancias psicoactivas, una inmensa mayoría no deriva en consumos problemáticos. Por eso, es importante diferenciar las diversas relaciones que se pueden dar entre el sujeto y el objeto de estudio.

El **uso** de sustancias se define como un consumo aislado, esporádico, ocasional, sin tolerancia ni dependencia. El **abuso**, en cambio, es un uso inadecuado por su cuantía, frecuencia o finalidad. Entretanto, existirá **dependencia** de una sustancia cuando el sujeto cuenta con la presencia de síntomas cognoscitivos, comportamentales y fisiológicos que indican la continuidad del consumo a pesar de problemas significativos relacionados con ese consumo⁶. Es un patrón reiterado y desadaptativo que conlleva malestar y deterioro de la persona y a menudo tolerancia, abstinencia e ingesta compulsiva, con deterioro de la vida social, laboral o recreativa por ese consumo y mucho tiempo invertido en la obtención, el consumo de la sustancia o en la recuperación de sus efectos⁷. En definitiva, la drogodependencia consiste en un conjunto de procesos cuyo síntoma principal es la organización del conjunto de la vida cotidiana de un individuo alrededor del consumo, más bien compulsivo, de determinadas drogas⁸.

La problemática es compleja y se encuentra condicionada por factores de orden biológico, psicológico y del contexto social-cultural. Por esa razón, el equipo interdisciplinario de profesionales, responsable de la atención y tratamiento de las personas consumidoras de sustancia psicoactivas, debe realizar una **evaluación general de salud** del individuo, incluyendo evaluaciones psicológicas, psiquiátricas, sociales, y de su estado clínico. Éstas,

⁵ Conforme lo analizado por el Dr. Carlos DAMIN, en el capítulo denominado “Consumo de sustancias psicoactivas”, que forma parte de la Guía de orientación a la magistratura para la adecuada atención de personas consumidoras de sustancias psicoactivas, dirigida por Miguel Arnedo, 1º ed.-Buenos Aires, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, 2010.

⁶ Conforme Carlos DAMIN, p. 27

⁷ Art. 2, ley 2318 de la Ciudad de Buenos Aires.

⁸ Romano ORIOL, “Las Drogas. Sueños y razones”, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1999, p. 55.

constituirán el elemento fundamental y serán prioritarias a la hora de definir y planificar la modalidad de tratamiento y la complejidad necesaria para la atención del paciente dentro de los dispositivos de salud disponibles.

Relación entre las drogas y el delito.

Como luego veremos, una de las razones por la que muchos países han adoptado los tribunales de tratamiento de drogas en sus sistemas penales, es la creencia de que existe una vinculación entre la comisión de determinados delitos y el consumo problemático de drogas, por lo que una política criminal adecuada debería ocuparse del tratamiento de dicha dependencia, a fin de lograr –entre otras cuestiones- reducir el delito y disminuir la reincidencia.

Otras voces, señalan que dicho razonamiento es sumamente estrecho, y ambos fenómenos se encuentran ligados a aspectos psicológicos, sociales, económicos, o culturales que requieren un análisis más profundo de la cuestión. A su vez, critican aquella posición pues resulta estigmatizante para el sujeto que sufre el padecimiento por su dependencia y, además, es visto y juzgado por la sociedad como un delincuente, cuando en realidad su adicción no determina que sus acciones sean delictivas.

La determinación de la certeza de estos postulados excede los límites de este trabajo y requiere un análisis especializado de otras ramas de las ciencias sociales. Sin perjuicio de ello, a continuación presentaremos algunas conclusiones emergentes de un estudio⁹ realizado por la Secretaria de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico de nuestro país, junto al Observatorio de Drogas, donde se pudo comprobar a través de la investigación de casos particulares, cierta vinculación entre las consecuencias que produce en el individuo la dependencia de las drogas o del alcohol, y la comisión de determinados delitos.

⁹ Estudio nacional sobre consumo de sustancias psicoactivas y su relación con la comisión de delitos en población privada de libertad, Buenos Aires, 2009.

En la presentación del estudio citado, los profesionales admitieron la relación entre el consumo de drogas y la comisión de delitos aunque aclararon que no implica que uno sea causa del otro. Indicaron que ambos fenómenos están ligados a problemas y cambios sociales, culturales y económicos ocurridos en el país en las últimas décadas, y señalaron que *“lo que puede sostenerse es que existen trayectorias sociales de los individuos que han delinquirido en las que el inicio en el delito ocurre en momentos similares al inicio en el consumo de drogas”*. Agregando que *“ambos fenómenos tienen como antesala la pérdida de los lazos familiares, la ruptura con los espacios escolares y la marginalidad en general. La asociación se presenta, pero no en todos los casos, y esta asociación no implica determinación en todos ellos. En otros casos, que no parecen ser los mayoritarios, la elección por el camino delictivo es parte de una elección racional con arreglo a fines, siguiendo la tipología weberiana respecto de los actos sociales”*.

La investigación mencionada alude a los conceptos expuestos por Paul Goldstein¹⁰ que plantea tres niveles de interacción entre las drogas y el delito. La primera es la vinculación psicofarmacológica que se refiere a los efectos que provoca el consumo de sustancias mantenido en el tiempo en el organismo, como la intoxicación, el síndrome de abstinencia y el daño neurotóxico. Por ejemplo, el consumo prolongado de cocaína y pasta base, estaría relacionado con el aumento de conductas violentas, al desencadenar efectos psicológicos como la agitación psicomotora, la búsqueda de sensaciones, el aumento del estado de alerta, la inhibición de los mecanismos de ansiedad frente a la agresión, el incremento de las respuestas defensivas, la alteración del pensamiento y la capacidad reflexiva, entre otras¹¹.

¹⁰ PAUL GOLDSTEIN, The drugs/violence Nexus: a tripartite conceptual Framework. Este trabajo también es citado frecuentemente por quienes promueven la implementación de los TTD, tanto en EEUU como en Chile.

¹¹ Catalina DROPPPELMANN ROEPKE (Editora), Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile. Material educativo, publicado por la Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, enero 2010, p. 17

Un segundo nivel de interacción se da a partir de la vinculación económica, que incluye a aquellos consumidores que recurren a la criminalidad violenta para costear el consumo. Por lo tanto, la motivación principal es conseguir dinero. Según afirma el autor citado, el síndrome de abstinencia que sufre una persona dependiente de drogas puede desencadenar un deseo intenso de consumir que el sujeto buscará complacer; y de no poder tener lo que desea, podrá decidir realizar un acto delictivo para procurarse los bienes necesarios para obtener las sustancias. Por ello, muchas veces suele asociarse a este tipo de situaciones con delitos contra la propiedad e infracciones contra la ley de estupefacientes.

El último nivel de interacción señalado por Goldstein es el sistémico, en tanto afirma que “las zonas marginales donde operan comercios locales de sustancias, favorecen la proliferación de la violencia, especialmente la corrupción y delitos hacia los pobladores, que muchas veces no son denunciados por temor a las represalias de los traficantes, circunstancia que aumenta considerablemente en los países productores de drogas”.

El análisis del informe al que hacemos referencia se basa en encuestas efectuadas, por un lado, a personas condenadas (que se encuentran en prisión cumpliendo con una condena firme); y por otro lado, a personas a las que se le ha ordenado la prisión preventiva (es decir, que aún se encuentran sometidas a un proceso penal, a la espera de una sentencia definitiva). La encuesta realizada a estos últimos, se refirió a hechos por los cuales recibieron condena en un periodo anterior.

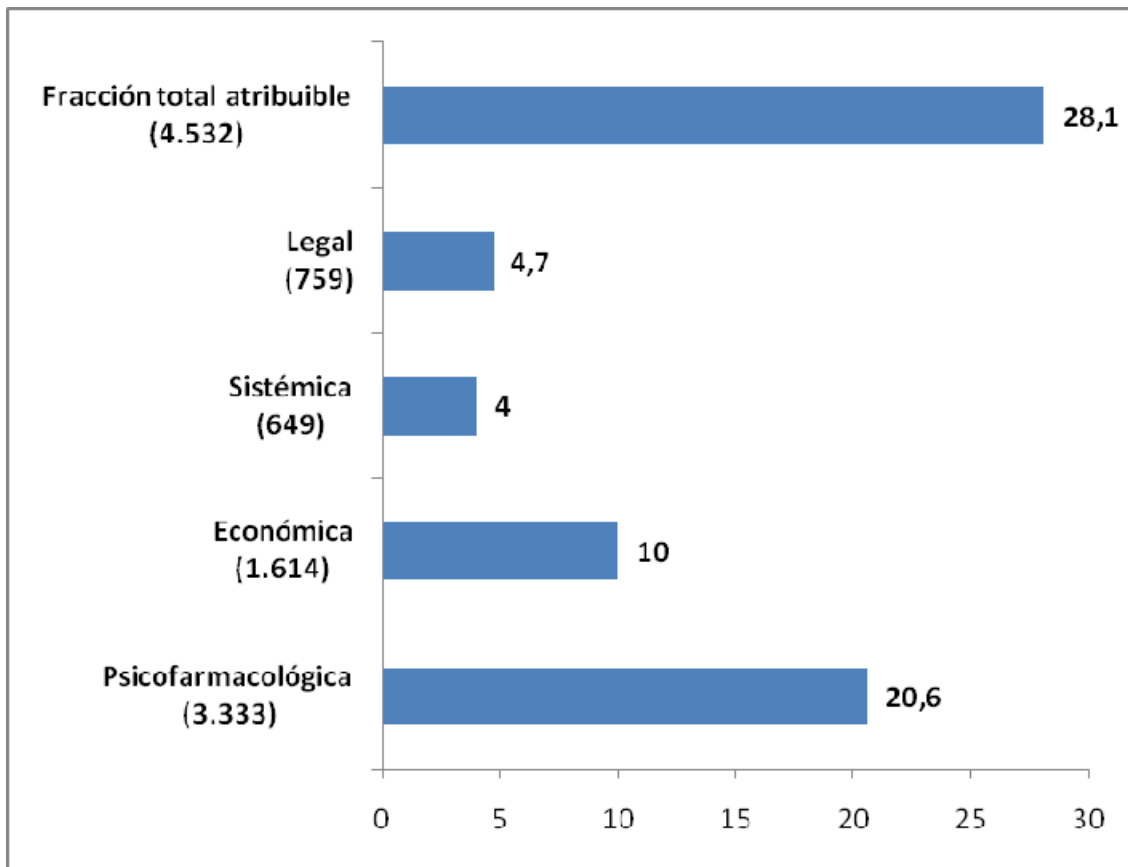
Teniendo en cuenta el campo de estudio, vale la pena advertir que por lo general, los condenados o imputados por delitos de menor escala penal no suelen ser privados de su libertad. Por eso, el estudio no contiene datos relacionados al vínculo entre el consumo de drogas y alcohol con delitos como las lesiones, amenazas, violencia familiar, etc. También es necesario remarcar que las personas encuestadas que refirieron haber tenido cierta vinculación con

sustancias psicotrópicas, no presentaban –necesariamente- un cuadro de dependencia de estas sustancias.

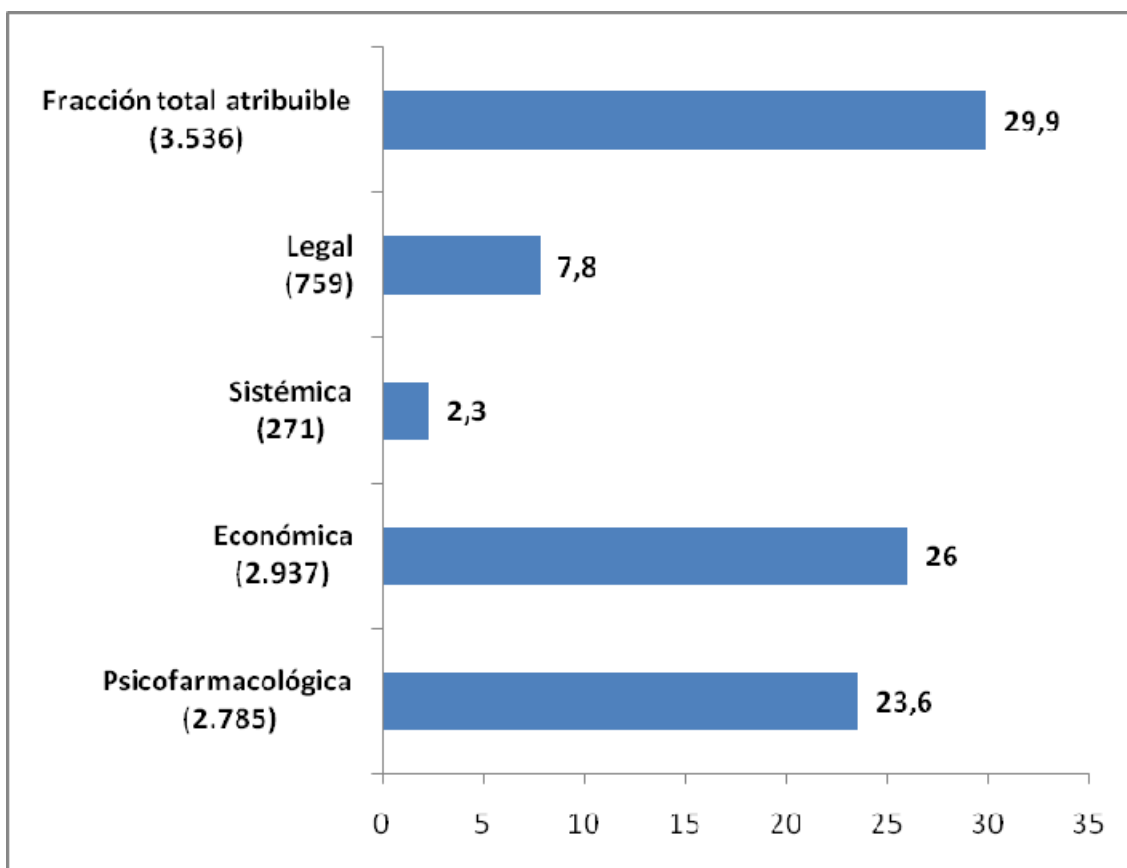
Ahora bien, continuando con la observación de los datos expuesto por el organismo nacional, podemos advertir que según el estudio realizado sobre 16143 personas condenadas, el 28,1% de los casos presentó una vinculación entre la droga y el delito cometido. El 20,6 % de los individuos cometió delitos estando bajo los efectos de droga o alcohol (vinculación psicofarmacológica). A su vez, de los hechos delictivos analizados que tienen condena, el 10% se cometió con el objetivo de tener fondos o recursos para adquirir drogas. Entre estos casos, el 56,6 % representa delitos contra la propiedad. Y por último, los delitos que se cometieron en el marco de la venta, comercialización, disputa por territorios, etc., representan el 4% del total de las condenas¹².

En el universo de procesados (que constituyen 11816 personas), el porcentaje de delitos que tuvieron asociación con drogas es del 29,9%. La vinculación farmacológica, en estos casos, representa el 23,6%. En cuanto a la vinculación económica en estos supuestos, el 26% de los hechos delictivos que cometieron en el pasado las personas actualmente procesadas y por los cuales recibieron condena, se realizó con el objetivo de obtener fondos o recursos para comprar drogas.

¹² De todas maneras, un mismo delito puede corresponderse a varios tipos de vinculaciones, y es por ello que la fracción total atribuible de vinculación entre comisión de delitos y consumo, no resulta de la sumatoria simple de porcentajes o asociaciones específicas.



Tipo de vinculación Droga-Delito en población condenada. Argentina, 2009



Tipo de vinculación Droga-Delito en población procesada. Argentina, 2009

A su vez, en otro trabajo, también realizado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico¹³, se señaló -a fin de mostrar el vínculo entre el delito y la droga- que “por ejemplo, en Canadá, los sujetos que consumen presentaron el doble de delitos que los que no consumen y los dependientes el doble de los que consumen (...) El 54% declara haber estado bajo el efecto de sustancias psicoactivas en el momento de la comisión del delito más grave de su pena actual. Las sustancias psicoactivas más mencionadas aparte del alcohol, fueron la cocaína y la marihuana (...) Alrededor del 20% dice haber cometido el delito para consumir drogas y/o alcohol”. “Entre el 40 y el 50% de los delitos en Canadá están asociados al alcohol y la droga (...) del 50% de los delitos violentos, son

¹³ Proyecto a cargo de la Lic. Graciela AHUMADA y la Lic. Patricia PORCÚ, denominado “El uso indebido de drogas y su relación con la comisión de delitos”. Prueba piloto realizada en la Ciudad de Santa Fe y Santo Tomé, en mayo y julio de 2004.

imputables al alcohol y drogas, el 5% solamente a drogas, el 28% solamente a alcohol y el 16% a ambas. Y del 50% de los delitos contra la propiedad son imputables a alcohol y drogas y de éstos, el 11% solamente a alcohol; el 20% solamente a drogas, y el 19% a ambas". Y que según estudios realizados en Australia, el peso total de las drogas en la comisión de esos delitos es alrededor del 39%".

Por otro lado, un estudio efectuado en Chile, ha demostrado que el 69,3% de los detenidos a los que se le ha efectuado un test de orina había consumido alguna droga al momento de su detención. A su vez, del total de detenidos interrogados, el 25,4% declaró tener dependencia a la marihuana, pasta base o cocaína; y el 43,6% del total de detenidos declaró que sería beneficioso recibir tratamiento por adicciones (este porcentaje se eleva a 77,6% para el caso de los dependientes)¹⁴.

En fin. Evidentemente la vinculación entre droga y delito tiene un respaldo estadístico comprobable. Sin embargo, dicha afirmación no puede hacernos perder de vista que una mirada determinista de esta problemática es a todas luces errónea, alejada de la realidad, e incompatible con el estado de derecho y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Es decir, que exista cierta relación no quiere decir que todo aquél que padece una adicción necesariamente cometerá delito.

¹⁴ Javiera CÁRCAMO CÁCERES, Tribunales de tratamiento de drogas en Chile, publicado por la Fundación Paz Ciudadana, septiembre 2011.

2. Concepto, características y fines de los Tribunales de Tratamiento de Drogas. Experiencia comparada.

Teniendo en cuenta la incidencia del consumo problemático de drogas en la comisión de delitos, diversos Estados han incorporado dentro de sus sistemas penales los Tribunales de tratamiento de drogas. El objetivo es, por un lado, otorgar una respuesta sanitaria a quienes sufren de dependencia de sustancias, y por otro, disminuir la comisión de delitos y la reincidencia.

No existe un único modelo de tribunales de tratamiento de droga. Los programas varían según los principios jurídicos de cada país, su legislación, recursos económicos y la estructura de sus sistemas judiciales aunque en general se incorporan en determinados procesos penales, con el ofrecimiento del tribunal de un tratamiento de rehabilitación como alternativa de pena o como un modo específico de cumplir con la sanción impuesta.

En esencia, se trata de respuestas del Estado dentro del sistema penal, a quienes se encuentran sometidos a un proceso y padecen el consumo problemático de drogas. En este tipo de respuestas, los operadores del sistema penal –jueces, fiscales, letrados- cumplen un rol activo y principal, en miras de lograr que el imputado se someta a un tratamiento y logre su recuperación.

Los miembros y colaboradores de la Fundación Paz Ciudadana de Chile desarrollaron interesantes descripciones y definiciones acerca de los TTD.

Paula Hurtado¹⁵, una de esas colaboradoras, los define como tribunales especializados –o jueces especializados que son parte de los juzgados tradicionales- en los que tramitan las causas penales que involucran a infractores que abusan de las drogas, mediante un procedimiento alternativo. Bajo este programa, el imputado acepta someterse a un tratamiento para superar el problema de adicción, hacerse chequeos periódicos de detección y

¹⁵ En su trabajo titulado “Experiencia internacional y posible aplicación en Chile”, publicado en la revista de la Fundación Paz Ciudadana.

comparecer regularmente ante el tribunal. En dichas audiencias, el juez evalúa el nivel de cumplimiento del programa.

Uno de sus principales objetivos es **reducir el consumo** de sustancias psicoactivas y, como consecuencia, lograr **la recuperación de la salud y la reinserción social del individuo**. También se afirma que con la implementación de los TTD se lograría un impacto positivo dentro de la sociedad, pues **disminuiría la reincidencia**, circunstancia que llevaría a la **reducción del delito**. Quienes sostienen esto, realizan el siguiente razonamiento: quién comete un delito bajo los efectos de la droga o el alcohol, siendo a su vez dependiente de esas sustancias psicoactivas, o realizan la conducta para procurarse el dinero para obtener dichas sustancias, no dejarán de llevar a cabo las conductas delictivas hasta tanto se recuperen de su adicción y dependencia. Por eso es importante, a los efectos señalados, que el imputado de un delito –que, por ejemplo, se encuentre en libertad, pero sometido a un proceso penal en su contra-, comience cuanto antes con el tratamiento de recuperación, pues desde ese momento dejará de consumir, y entre otros beneficios, dejará de realizar las conductas señaladas.

Por su parte Catalina Droppelman y Paz Pérez Ramírez¹⁶ enseñan que la función del modelo es facilitar el proceso de rehabilitación, utilizando mecanismos de sanciones e incentivos, con la finalidad de fomentar la adherencia y el cambio, potenciando el sentido de autoeficacia. Añaden que se trata de un programa o procedimiento penal alternativo dentro del sistema de justicia. Es un sistema de intervención, probado y replicable, no un tribunal especial, ni jueces de dedicación exclusiva. Está dirigido a infractores cuyos delitos están relacionados con un consumo problemático de drogas, es decir, delitos que fueron cometidos bajo la influencia de éstas, o con la finalidad de obtener dinero para financiar su consumo. El tratamiento se desarrolla bajo supervisión judicial, a través de audiencias periódicas, con un informe del

¹⁶ En el trabajo denominado “Salidas alternativas eficaces: la experiencia de los Tribunales de tratamiento de drogas en Chile”.

proveedor del tratamiento, y reuniones interdisciplinarias de coordinación que fomentan el proceso de cambio.

A su vez, Alejandra Ahumada Mandakovic¹⁷, señala que “los Tribunales de Tratamiento de Drogas, o Cortes de Droga se han legitimado progresivamente en diversos sistemas penales como una respuesta eficaz y efectiva para el problema de la reincidencia en infractores, cuya actividad delictual está estrechamente ligada al consumo problemático de drogas”.

En dicho informe, la nombrada propuso indagar sobre las diversas herramientas legales utilizadas por los distintos países para la instalación de los TTD. A continuación, repasaremos algunos de los datos y conclusiones aportados por la autora, y otros constatados de diversas fuentes.

Australia tiene un sistema de gobierno federal y cada Estado de la región cuenta con leyes específicas para el funcionamiento de los TTD. Los jueces que los integran están especialmente capacitados en la metodología, aunque no tienen dedicación exclusiva y conservan la jurisdicción y competencia para conocer todos los demás asuntos que corresponden a un magistrado ordinario de su jerarquía. Se respeta la continuidad, en el sentido que se intenta que un mismo juez realice toda la supervisión de un mismo caso.

Entre los requisitos de admisibilidad, el programa exige que se trate de un delito por el que el imputado pueda ser privado de su libertad. Por otra parte, se requiere que se trate de un consumidor dependiente, mayor de 18 años, que preste consentimiento para el programa y manifieste la intención de declararse culpable del delito.

Una vez derivado al TTD, la persona debe someterse a un periodo de desintoxicación y evaluación completa de su salud, a fin de examinar las necesidades de tratamiento. Asimismo, tiene que declararse culpable, tras lo cual el TTD dictará una sentencia inicial de privación de libertad, que inmediatamente quedará suspendida. En tanto que una vez que el imputado

¹⁷ En el trabajo titulado “Herramientas legales para la instalación de tribunales de tratamiento de droga en la legislación comparada”, revista Conceptos, de la Fundación Paz Ciudadana, de Chile.

egrese del programa, el TTD revisará la sentencia tomando en consideración los progresos del sujeto y si éste ha cumplido con las condiciones impuestas sustituirá la sentencia inicial por una distinta, que puede ser sustancialmente menor (en todo caso, la sentencia de reemplazo no puede ser más grave que la sentencia inicialmente dictada por el TTD).

En **Inglaterra**, el funcionamiento de los TTD fue insertado en el contexto de ejecución de las sentencias comunitarias, que forman parte del catálogo de sanciones alternativas a las penas privativas de la libertad¹⁸. Estos tribunales están conformados por tres o cinco jueces, que mantienen sus competencias y funciones habituales.

Para efectuar la derivación a un TTD, el imputado debe haber sido declarado culpable por una corte regular. Declarada la culpabilidad, y una vez que el juez advierte que el caso en cuestión presenta características como para que el imputado sea condenado a una pena comunitaria (que incluye ya entre sus condiciones, el tratamiento para el consumo problemático de drogas), puede derivar al imputado al TTD.

Dado que el TTD funciona como la implementación de uno de los requerimientos de la sentencia comunitaria, su incumplimiento da lugar a la intensificación de la sanción penal por medio de la introducción de nuevas condiciones; o haciendo más estrictas las ya existentes; o incluso revocando las mismas y dictando una nueva sentencia. Finalmente, como el TTD es un programa que se aplica en el cumplimiento de una condición de la sentencia, no hay estímulos en cuanto a la rebaja de ésta.

En **Canadá** el sistema está orientado a casos en los que el imputado recibirá una pena privativa de la libertad, siempre y cuando el delito cometido no involucre violencia contra las personas. Requiere –por regla general- que los imputados se declaren culpables del delito imputado. Cumplido este requisito, y antes de ingresar al programa, el Fiscal le informará al imputado la pena que solicitará en caso de que no cumpla con las condiciones que le impone el TTD.

¹⁸ Entre las penas alternativas, encontramos programas de rehabilitación, trabajos comunitarios, residencia en lugares determinados, o bien la realización de actividades específicas, donde se incluye también la reparación del daño causado a la víctima del delito, o acciones orientadas a buscar trabajo, o capacitarse.

Finalizado el tratamiento, en los casos en los que el imputado egrese exitosamente, se le aplicará una pena que no restrinja su libertad, supervisada por parte de un oficial de libertad vigilada.

En **Estados Unidos**, este tipo de tribunales está diseñado para delitos no violentos, principalmente delitos contra la propiedad, cometidos bajo una fuerte influencia de la dependencia de la droga. A fines de 2009, existían en este país 2459 Tribunales de tratamiento de drogas, y en el año 2008 se graduaron con éxito 22583 participantes del programa (la tasa de graduación promedio en 2008 era del 57% a nivel de dicha Nación)¹⁹.

Un aspecto remarcable del modelo norteamericano es la estrecha relación que se ha forjado a partir del establecimiento de Cortes de Drogas entre el sistema judicial y el sistema de salud. Los sistemas de persecución penal y de tratamiento clínico, funcionan de manera conjunta y usan eficientemente el poder coercitivo para obtener del delincuente una conducta abstinentes y socialmente adecuada.

Las personas que acceden al programa, deben someterse a un tratamiento que a su vez se encuentra supervisado por el sistema judicial. Finalizado el tratamiento, el imputado podrá ser absuelto de los cargos originariamente formulados, o bien recibir una sentencia menor a la que le hubiera correspondido de no haber ingresado al programa. La mayoría de los programas de tribunales de drogas tienen una duración prevista de 12 a 18 meses, aunque es posible que algunos participantes necesiten mucho más tiempo para cumplir con los criterios de finalización del programa. Para graduarse, los participantes deben demostrar su abstinencia continua de drogas y alcohol durante un período de tiempo significativo (a menudo, seis meses o más), cumplir las condiciones en cuanto a tratamiento y supervisión, pagar las multas u honorarios aplicables y completar un período de servicio comunitario o indemnizar a las víctimas²⁰.

¹⁹ Douglas MARLOWE, “El panorama actual: un informe nacional sobre los Tribunales de tratamiento de drogas y otros programas de resolución de problemas en los EE.UU”, julio de 2011, p. 10

²⁰ Douglas MARLOWE, “El panorama actual: un informe nacional sobre los Tribunales de tratamiento de drogas y otros programas de resolución de problemas en los EE.UU”, julio de 2011, p. 16.

Desde 1989 hasta aproximadamente mediados de la década de 1990, muchos tribunales de drogas para adultos seguían el modelo de disposición predeclaración. Conforme a este modelo, los participantes ingresan al programa como parte de un acuerdo de desviación previo al juicio sabiendo que se desestimarán los cargos una vez que hayan finalizado con éxito el tratamiento. Puesto que no se realiza formalmente ningún tipo de declaración de culpabilidad, si el tratamiento no se termina con éxito, el caso reanuda su proceso a través del sistema de justicia penal.

A medida que los estudios señalaron que los tribunales de drogas para adultos debían tener como objetivo a delincuentes más serios el campo comenzó a trasladarse hacia participantes de alto riesgo y reincidentes. Con esto, muchos programas adoptaron un modelo posdeclaración según el cual se exige que el defendido se declare culpable de los cargos que se le acusan o estipule los hechos contenidos en la denuncia penal como condición para su ingreso. Existen dos subtipos generales de tribunales de drogas posdeclaración. En los programas posdeclaración/prefallo, la declaración de culpable o el acuerdo estipulado queda en suspenso y se anula o cancela una vez que el tratamiento finaliza con éxito. Además, es posible que muchos de estos programas eliminen los registros de arresto o condena si el participante no vuelve a ser arrestado durante un período de espera adicional.

El segundo tipo de tribunal de drogas posdeclaración sigue un modelo de posfallo o período de libertad condicional. Los registros de la condena se conservan, pero los participantes pueden evitar el encarcelamiento o reducir sus compromisos relacionados con la libertad condicional. Estos programas también pueden ser útiles para delincuentes que recibieron una sentencia previa a que se les otorgara la libertad condicional y que luego fueron acusados de un nuevo delito o una infracción técnica relacionados con las drogas.

Al 31 de diciembre de 2009, la mayoría (58%) de los tribunales de drogas para adultos seguía el modelo de posdeclaración o de pronunciación diferida de la

sentencia²¹. Además, según datos aportados por funcionarios de este país, a partir de la instauración de los TDD ha existido un promedio de la reducción de reincidencia del 26%.²²

La Asociación Nacional de Profesionales de Tribunales de Drogas de los EE.UU señala que existen 10 elementos claves para entender en qué consisten los TTD²³.

1. Los tribunales de drogas combinan los servicios de tratamiento para el alcoholismo o la adicción a las drogas con el procesamiento de casos del sistema judicial.

2. Bajo un enfoque no controversial, el abogado defensor y el fiscal promueven la seguridad protegiendo además los derechos correspondientes de los participantes de la acción judicial.

3. Los participantes elegibles se identifican con anticipación y se incluyen inmediatamente en el programa del tribunal de drogas.

4. Los TTD brindan acceso constante a servicios de tratamiento para el alcoholismo o la adicción a las drogas y demás servicios de rehabilitación relacionados.

5. La abstinencia se monitorea con pruebas de detección de consumo.

6. Una estrategia coordinada determina la respuesta de los tribunales de drogas frente al cumplimiento de los participantes.

7. Es fundamental que exista una continua interacción judicial con cada participante del TTD.

8. El monitoreo y la evaluación son herramientas para calcular los objetivos del programa y medir su eficacia.

9. La constante educación interdisciplinaria promueve la planificación, la implementación y el funcionamiento de eficaces de los tribunales.

²¹ Op. Cit. D. MARLOWE, p. 32.

²² Michael REMPEL, Impacto de tribunales de tratamiento de drogas: costos, beneficios y practicas claves.

²³ Documento titulado: Tribunales de Drogas, elementos claves, realizado por la Asociación Nacional de Profesionales de Tribunales de drogas de los EE.UU, enero 1997.

10. Fomentar las relaciones entre los tribunales de tratamiento de drogas, los organismos públicos y las organizaciones basadas en la comunidad genera respaldo a nivel local y mejora la eficacia de los programas de los tribunales.

En **Holanda**, la derivación al sistema de salud puede producirse en cualquiera de los tres estadios del proceso criminal: prejudicial, judicial y post-judicial. Cuando la investigación aún no se ha judicializado, puede producirse una renuncia a la persecución penal contra el infractor con dependencia de las drogas, es decir, el Fiscal puede decidir no investigar el hecho, si el imputado se somete al tratamiento.

Luego de dictada una sentencia condenatoria con pena privativa de la libertad, el sistema ofrece las siguientes alternativas: por un lado, transferir a la persona desde la prisión a un centro para adicciones, para ser tratado voluntariamente; en segundo lugar, el infractor puede postular una forma de libertad condicional (solo admisible para cierta categoría de delitos), donde el sujeto que se somete a tratamiento es supervisado por un órgano administrativo, que lo obligará a cumplir con actividades de reinserción y rehabilitación; y por último, el infractor puede ser trasladado –dentro de la misma prisión-, a una sección especial donde podrá comenzar su rehabilitación durante su periodo de prisión.

Por su parte, la oficina de **Naciones Unidas** para la Droga y el Delito (UNODC) ha generado una legislación modelo, que incorpora los factores más importantes de la metodología de Cortes de Droga, respondiendo a lo señalado en la Asamblea General celebrada el 2 de junio de 1998, de urgir a los estados miembros a desarrollar, dentro del sistema criminal, las capacidades para asistir a los abusadores de drogas y proveerlos de servicios de educación, tratamiento y rehabilitación.

El modelo se basa en un tratamiento post-declaración anticipada de culpabilidad y está dirigido a los delincuentes dependientes de droga que de otra manera habrían recibido como mínimo una sentencia de encarcelamiento. Sin embargo, está dirigido a responsables “primerizos” de delitos no violentos.

Este modelo reconoce que la legislación propuesta debe ser adaptada a las realidades sociales, políticas y jurídicas de cada uno de los Estados que deseen implementar sistemas de derivación de infractores de ley a tratamiento. Finalmente, en **Chile**, los TTD forman parte de las denominadas “salidas alternativas”, que son mecanismos que favorecen la reinserción del imputado y la participación de las partes en la resolución del conflicto.

Son instrumentos jurídicos que tienden a dar una solución a los conflictos penales, diversificando la respuesta tradicional y produciendo un efecto descongestionante del sistema penal pues impiden que todos los conflictos lleguen a juicio oral. Funcionan como condición de la suspensión condicional del procedimiento (o SCP), que es la figura legal que le permite al Ministerio Público, previo acuerdo con el imputado, efectuar el ejercicio de la persecución penal con orientaciones tendientes a la rehabilitación, capacitación, reparación del mal causado a la víctima o a la comunidad, y la reinserción del imputado²⁴. La SCP impide que los infractores de baja a mediana peligrosidad entren en prisión y comiencen ahí una carrera delictiva.

El Ministerio Público Chileno, en su instructivo general n° 36, relativo a esta salida alternativa, ha señalado “que por una parte se trata de evitar los efectos negativos, estigmatizantes y desocializadores que enfrentan quienes toman por primera vez contacto con el sistema penal, abriendo espacio para la reinserción social; y por otra, se persigue descargar el sistema, para concentrar los esfuerzos, como se ha dicho, en los casos más graves que requieren con mayor propiedad de un juzgamiento pleno”.

En consecuencia, la aplicación de los TTD, en Chile, utiliza la suspensión condicional, cuyo marco legal se encuentra en el art. 238, c) del Código Procesal Penal que establece que para suspender el procedimiento seguido contra el imputado (entre otras posibles condiciones), éste debe someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza. Esto implica que en el programa sólo pueden participar imputados que cumplen con los

²⁴ Conforme DROPELMANN Y PAZ RAMÍREZ, en “Salidas alternativas eficaces: la experiencia de los tribunales de tratamiento de drogas en Chile”

requerimientos para la suspensión condicional del procedimiento (SPC), es decir, es aplicable a delitos con pena probable de hasta 3 años, y ausencia de condenas previas. Se ha estimado que la pena que debe computarse para estos efectos es la pena en concreto, la cual debe ser, en definitiva, calculada por los fiscales que solicitaran la aplicación de la SPC²⁵.

Por otro lado, la ley mencionada ha establecido que esta figura sea aplicada sólo a las personas que no han tenido condenas anteriores y por lo tanto no han entrado en contacto con el sistema penal.

Por su parte, la ley 20253 sumó un nuevo requisito para la concesión del beneficio: que el imputado no tuviese vigente otra suspensión condicional del procedimiento al momento verificarse los hechos, materia del nuevo proceso; y agregó que tratándose de imputados por delitos del homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, o imputados por homicidio o lesiones graves o gravísimas causadas por conducir en estado de ebriedad, el Fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional.

Sobre estas cuestiones, se ha señalado que las modificaciones impuestas han limitado considerablemente la admisibilidad a la salida alternativa, ya que el perfil habitual de los imputados formalizados registra contactos anteriores con el sistema penal, y son escasos los “primerizos” en los términos que exige la ley²⁶. Por eso, se considera que el programa ha reducido sus posibilidades de constituir una alternativa costo-efectiva a la pena privativa de la libertad y perjudica también los incentivos para que los imputados ingresen al programa. Según esta visión, los TTD deben tratar con casos en el que el consumo problemático de droga determina la persistencia de la conducta delictual, y por lo tanto, constatado este hecho, limitar los posibles candidatos a “no

²⁵ Mesa de trabajo interinstitucional de tratamiento de drogas para infractores de la ley en el contexto judicial CONACE – Fundación Paz Ciudadana, Comisión Legal. Marco regulatorio actual, protocolo de procedimientos y posibles reformas legales. Santiago de Chile, junio 2006.

²⁶ Pedro GUERRA ARAYA, “Herramientas legales estratégicas para el tratamiento de drogodependencia en infractores de ley”, publicado por Fundación Paz Ciudadana, Valparaíso, Chile, abril de 2006.

reincidentes” disminuye considerablemente el impacto que podría tener el programa en el sistema. Por ello, se propone la implementación de una política de seguridad orientada a la reinserción de un espectro más amplio de imputados.

Finalmente, respecto al universo de delitos que deben admitirse en el programa, la Dra. Mandakovic señala que éstos deben ser determinados específicamente, y no en función de la magnitud de las penas asignadas por la ley, sino obedeciendo a las características particulares de los delitos, de manera de focalizar los TTD hacia aquellos en que la rehabilitación de la droga sea realmente efectiva en cuanto a la prevención de la reincidencia.

Por otra parte, es razonable sostener que si ya hubo reincidencia en el delito, es porque tiene su origen en un problema de adicción no tratado. Si reincidió, es probable que lo vuelva a hacer por lo que una buena manera de romper ese círculo sería permitiendo aplicar la SCP para esta población, aún cuando existan condenas anteriores, en la medida que se acredite que estas corresponden en definitiva a una misma causa, es decir, la drogodependencia.

El control judicial sobre el proceso de rehabilitación del imputado resulta fundamental, pues lo mantiene bajo un cierto nivel de coerción que en definitiva actúa como agente de vinculación al tratamiento²⁷. Un modelo de cortes de drogas como este, se fundamenta en un rol activo del juez, quién representa un rol casi paternal sobre los imputados, quienes deben rendirle cuenta a él de los progresos en su tratamiento, para que el Juez administre en forma justa y certera los incentivos y castigos que lo guiarán en su proceso.

Según los exponen los profesionales que intentaron la implementación de los TTD en Chile, el programa está compuesto por un equipo estable, coordinado y altamente capacitado en drogodependencias y en temáticas jurídicas y criminológicas. El dispositivo está compuesto por los siguientes actores:

En primer lugar, el juez, que decreta la SCP, establece las condiciones y duración del programa y vigila su cumplimiento. A su vez, impone y modifica las

²⁷ Pedro GUERRA ARAYA, “Herramientas legales estratégicas para el tratamiento de drogodependencia en infractores de ley”, publicado por Fundación Paz Ciudadana, Valparaiso, Chile, Abril de 2006, p. 19

condiciones de cumplimiento, en función del comportamiento y los resultados obtenidos por el participante en el proceso de rehabilitación. Y a través de su intervención, se establecerán objetivos terapéuticos que posibiliten la posterior reinserción sociolaboral del participante.

Por otro lado, el Fiscal solicita la SCP y participa de la “negociación” de las condiciones de cumplimiento. Asimismo, informa al juez en caso de quebrantamiento, y está al tanto del desarrollo del proceso de rehabilitación. Participa de las audiencias de revisión del cumplimiento del plan de trabajo.

En cuanto al abogado defensor, éste actúa junto al imputado, y en su representación, solicitando la SCP y participando de la negociación de las condiciones de cumplimiento que se establecen. Además, debe velar por la participación voluntaria del imputado, explicarle las implicancias de su posible incorporación en el programa de rehabilitación y las consecuencias de su incumplimiento. Participa en las audiencias de la revisión del plan de trabajo, promueve el cumplimiento de las condiciones de la SCP y la adhesión al tratamiento.

A su vez, en el sistema actúa un dupla psicosocial, compuesta por un psicólogo y un asistente social, que realizan la pesquisa de casos, coordinan con el centro de tratamiento la confirmación del diagnóstico y el rescate, en caso que el participante no acuda a la entrevista. Tras el ingreso del programa de rehabilitación, monitorean su participación y coordinan la entrega de información por parte del prestador del tratamiento. Finalmente, al egreso del programa, brindan apoyo para el proceso de reinserción del participante.

También actúan diversos profesionales, con distintas especialidades, que realizan la confirmación diagnóstica y proponen la modalidad específica del tratamiento, a través de un informe de evaluación de ingreso.

Asimismo, el sistema debe incluir al proveedor del tratamiento, que es quién coordina el centro de rehabilitación al cual es derivado el participante, informa mensualmente al Ministerio Público sobre el desempeño del participante y los objetivos del proceso de rehabilitación, y puede llegar a participar de la audiencia de revisión del cumplimiento del plan de trabajo.

3. Necesidad de distinguir entre un derecho penal de acto y el derecho penal de autor. Concepto de imputabilidad. Penas, alternativas de penas, y medidas de seguridad.

Tal como señalábamos, la instauración de los TTD se funda, entre otras cosas, en la idea de que el consumo problemático de drogas tiene cierta incidencia en la comisión de determinados delitos. También observamos que en base a esa postura, y con la intención de evitar la comisión de nuevos ilícitos, diversos países los han incorporado dentro de sus sistemas penales.

Previo a analizar la posible compatibilidad de las medidas de los TTD descritas *ut supra* con el sistema penal argentino en su conjunto, resulta oportuno introducir algunas nociones de derecho penal general que deberán servirnos de guía en nuestra reflexión acerca de la implementación de este sistema en Argentina. Por ello, a continuación haremos alusión al concepto de pena, alternativas de pena, y medidas de seguridad; al concepto del derecho penal de acto, y el derecho penal de autor; y a la estructura del delito, y el concepto de culpabilidad.

De acuerdo al funcionamiento que describimos de los TTD, cuando se comprueba que una persona que ha cometido un delito tiene cierta dependencia de las sustancias psicoactivas, el juez que interviniere en la investigación puede ofrecerle al sujeto que se someta a un tratamiento, para lograr su rehabilitación y además, reducir o extinguir la pena que le correspondería si el proceso penal continuara su curso.

Ese “tratamiento” es una medida de seguridad curativa, a la que se somete el imputado para mejorar su salud y cumplir los objetivos de prevención especial de la pena. Como esa medida consiste en imponerle al sujeto actividades que comprometen sus libertades personalísimas como, por ejemplo, el tratamiento terapéutico, se propone dotarlas de los mismos límites y garantías de carácter material y formal que se exigen para la imposición de una pena. Se llega así a un derecho penal en el que penas y medidas de seguridad se unifican en la

ejecución, guardando siempre la debida proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido²⁸.

Los delitos tienen distintas consecuencias pero la única consecuencia penal es la pena. La pena es la coerción estatal que importa la privación de derechos o la inflicción de un dolor. En el Estado de Derecho actual, las penas no pueden ser perpetuas, están prohibidas porque se aproximan al agotamiento de la expectativa de vida de la persona y suponen la negación de la personalidad. También se encuentran prohibidas las penas crueles que importen un trato inhumano o degradante (art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Estas medidas entonces, revelan un contenido penoso en su naturaleza, por comprometer la libertad y otros derechos de la persona. Se exige, entonces, que sean fundadas y que respeten los estándares internacionales (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad -Reglas de Tokio-) en orden al respeto de la dignidad humana de los sujetos sometidos a esos dispositivos. Entre ellas podemos mencionar las penas de naturaleza accesoria como la condena de ejecución condicional, o lisa y llanamente las privativas de derechos distintas de las originarias como la privativa de la libertad²⁹.

Al igual que las penas, uno de los fundamentos de estas medidas se vincula con la prevención especial positiva. Esta teoría, le asigna la posibilidad de alcanzar fines ulteriores, como podría ser poner fin a la dependencia y así evitar la comisión de futuros delitos vinculados con el consumo problemático de sustancias psicoactivas. Pero siempre teniendo en cuenta que el hombre tiene plena capacidad jurídica y no se lo puede mirar “desde arriba” sino en un plano de igualdad. Es decir, actualmente ya nadie discute que el presupuesto de las

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal Parte General*; Tirant Lo Blanch; Valencia; 2007, p. 55.

²⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*, Ed Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 969.

medidas de seguridad jurídico-penales lo constituye la peligrosidad postdelictual, es decir, la probabilidad de delinquir en el futuro que muestra una persona que ya ha cometido un delito. El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad y como se refiere a una persona en particular, la esencia es de naturaleza preventivo-especial. En cambio, las medidas predelictuales que se aplican a ciertos “estados” que revelan “peligrosidad” aún cuando no se haya cometido ningún delito no pueden tener cabida en un sistema respetuoso de las libertades de las personas. Ello es así porque nuestro derecho penal responsabiliza al sujeto por lo que hizo y no por lo que es.

En este orden de ideas, el llamado “derecho penal de acto” es concordante con el art. 19 de la Constitución Nacional que establece que “nadie estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”, es decir, la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, sólo tiene lugar cuando el acto disvalioso que la origina (delito) esté previsto en la ley con anterioridad a su comisión. Pues, solo responde el autor por el acto que le es endilgado en la medida en que sea culpable, esto es, que haya realizado la acción descrita como prohibida por la norma (o se haya abstenido de realizar la ordenada) sea con el conocimiento y voluntad deliberado de hacerlo así (dolo), o bien por imprudencia, impericia o negligencia (culpa).

En contraposición, el llamado “derecho penal de autor”, no mide la aplicación ni extensión de las penas en relación a una o más acciones cometidas por un sujeto, sino que es la personalidad, la forma de vida u otras características personales del sujeto, las que habilitan la respuesta punitiva. Bajo este esquema, el merecimiento de pena no se vincula con la gravedad del hecho, ni con la mayor afectación del bien jurídico, sino con el modo de vida del autor, con su personalidad³⁰. Lo que se criminaliza es ser de determinado modo, generalmente en base a estereotipos fijados por criterios arbitrarios, irracionales y ajenos a la finalidad resocializadora de la pena que supone la aplicación y vigencia de un derecho penal de acto. Este sistema es más

³⁰ Op. Cit., ROXIN, pág. 176.

frecuente en estados con gobiernos y legislaciones de tinte autoritario, pues no obedecen a criterios de razonabilidad ni proporcionalidad. El castigo ya no se deduce de la culpabilidad del autor por su intervención en el delito sino por ser de tal o cual modo, se dirige contra el autor mismo y no contra su obra.

Un programa criminológico respetuoso de los principios sentados en nuestra Carta Magna no puede admitir la imposición de penas ni conductas con fundamento en la personalidad moral del autor, pues la dignidad inherente a todo ser humano exige respeto y tutela del libre albedrío en las decisiones de vida de cada persona, sin perjuicio de la responsabilidad penal –o de otra índole- por los actos que pudiere cometer. Por eso, para que una persona pueda ser “culpable” por la comisión de un delito es necesario que además de haber querido y conocido el hecho tiene que poder serle reprochado porque pudo actuar de otra manera y no lo hizo.

Por otro lado, la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto. Una persona con debilidad mental puede tener capacidad de pensamiento abstracto para comprender la antijuridicidad de un homicidio, que no demanda gran nivel de abstracción, pero no tenerla para comprender el contenido de injusto de ciertos delitos económicos que exigen, por lo general, una capacidad de pensamiento abstracto de mayor alcance.

La imputabilidad es la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para adecuar la conducta conforme a esa comprensión, es decir, es el juicio de reproche que se le formula al autor de un injusto porque tuvo la posibilidad de actuar de manera no lesiva o menos lesiva y no lo hizo.

Zaffaroni señala que en el caso de la tóxico-dependencia, fuera de los supuestos de intoxicación aguda en los que hay incapacidad absoluta de delito (ausencia de acción), el dependiente puede comprender la criminalidad de su conducta. Pero mediando un cuadro de dependencia física, es claro que el sujeto carece de suficiente capacidad para actuar conforme a esa comprensión si se presenta un síndrome de abstinencia. Este síndrome no tiene la misma

intensidad en todos los cuadros de dependencia tóxica pero, de cualquier manera, siempre se traduce en un fuerte malestar físico que, según sea la sustancia, puede ir acompañado de síntomas como la sudoración, hipotensión, etc. Cuando el cuadro presenta determinada gravedad, no es exigible la adecuación de la acción del sujeto a la comprensión de la antijuridicidad y, por ende, debe concluirse en la inimputabilidad de la conducta. Sin embargo, este síndrome no tiene lugar respecto de todas las dependencias pues son muchas las que sólo dan lugar a una dependencia psíquica. Tampoco es posible afirmar que los supuestos de dependencia psíquica haya invariablemente inimputabilidad respecto de las conductas que tienen por objeto obtener el tóxico o por lo menos no sería correcto indicarlo con igual fuerza que en los casos de dependencia física.

Este autor entiende que cada dependiente presenta rasgos psicológicos propios, es decir que la patología varía según el sujeto y el grado de dependencia física o psíquica. Pero no debe pensarse que la falta de dependencia física hace siempre menos grave el pronóstico. Es indiscutible que cuando se trata la compulsión y la impulsividad como causas que limitan el ámbito de autodeterminación de un sujeto, se quiere señalar la limitación de ése ámbito en cuanto a evitar las conductas a que lleva la impulsión y no respecto de otras. Del mismo modo, en las dependencias se lo hace en cuanto a las conductas dirigidas a procurarse el objeto de la dependencia o el alivio de la abstinencia, es decir a la supresión del malestar provocado por la abstinencia en forma directa o inmediata, y no a otras. Esta característica que presenta la imputabilidad en general fue oscurecida por la equívoca afirmación de que la imputabilidad es una capacidad que depende de un estado del sujeto, lo que en principio es cierto, pero es falso si se lo entiende como un estado que incapacita para ser culpable en general o, peor aun, al pretender que la inimputabilidad impide actuar con cualquier relevancia jurídico-penal.³¹

³¹ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, op cit, p. 762.

Como corolario de este apartado, entendemos que las medidas curativas que proponen los TTD son penas porque importan privación de derechos. En la medida en que no intenten criminalizar “estados” no vinculados a la comisión de algún delito, puede admitirse su compatibilidad con el art. 19 de la Constitución Nacional. Es decir, si se proponen como alternativa de pena por la comisión de delitos con el objetivo de facilitar la recuperación del imputado son admisibles en el estado de derecho, siempre que el imputado acepte el tratamiento (sobre este punto, igualmente, volveremos más adelante).

En los casos en que efectivamente el sujeto pudo comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, se le puede imponer una pena, lo que tendrá que ser analizado en cada caso concreto. Cuando se diagnostica que una persona es dependiente de las drogas, no puede afirmarse la inimputabilidad para todos los hechos delictivos que cometa. Tampoco puede sentenciarse que todos los delitos que cometa están determinados por la patología.

En resumen, en el orden penal argentino tenemos un primer grupo de medidas de seguridad que se imponen como alternativa a la pena privativa de libertad, como puede ser la realización de un tratamiento en los términos del art. 27 bis. Se trata de una pena porque implica privación de derechos.

Un segundo grupo de medidas de seguridad, está previsto en el art. 34, inc. 1º, del Código Penal para los casos de reclusión del imputado por incapacidad psíquica de culpabilidad (inimputabilidad) y existe peligro de que el “enfermo” se dañe a si mismo o a los demás. Más allá de que se discute su constitucionalidad, esto también es una pena en los términos del desarrollo antes expuesto y por lo tanto, se deben tener en cuenta como mínimo los parámetros de proporcionalidad, racionalidad, *ultima ratio* y máxima duración de la pena privativa de libertad.

Un último grupo de medidas de seguridad, que también tienen contenido punitivo son las de la ley de drogas (23.737), que exigen como presupuesto la responsabilidad del imputado. Es decir, además de la pena de prisión efectiva o la imposición de una regla de conducta como alternativa a esta última, se aplica una medida de seguridad (genérica, curativa, etc)

II) SISTEMA PENAL ARGENTINO

1. El proceso penal. Etapas: preliminar, de juicio y de ejecución.

La descripción del proceso penal en Argentina es un presupuesto para poder evaluar luego la compatibilidad de los tribunales de drogas que, como vimos, funcionan en otros países.

El proceso penal consiste en la realización de actos realizados por determinados sujetos con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena, y en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción. Aceptada esa descripción, el derecho procesal penal será el conjunto de normas jurídicas que regulan la realización de dichos actos, y que crean y fijan las facultades y obligaciones de los sujetos que los realizan³².

Cada provincia dicta su código de procedimiento penal, siempre respetando las garantías reconocidas a los individuos por la Constitución Nacional. Sin perjuicio de ello, todas las regulaciones de los códigos rituales mantienen ciertas estructuras con características similares. En general, los códigos dividen al proceso en tres etapas. La investigación preliminar; la etapa de juicio; y la etapa de ejecución de la pena.

Investigación preliminar³³.

³² Cfme. ALBERTO M. BINDER, Introducción al derecho procesal penal, 2da edición actualizada y ampliada, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 53.

³³ En el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, esta etapa se denomina “investigación penal preparatoria”, y según las previsiones del art. 266 tiene por finalidad:

- 1.- Comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso.
- 2.- Establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o incidan en su punibilidad.
- 3.- Individualizar a los autores y partícipes del hecho investigado.-
- 4.- Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5.- Comprobar a los efectos penales, la extensión del daño causado por el delito.

Binder³⁴ enseña que el proceso penal comienza por enfrentarse a un hecho social o a un conflicto del que se sabe muy poco y las autoridades a quienes el Estado les ha encargado la investigación de los delitos –fiscales, jueces de instrucción o de garantías- deben comprobar si el hecho conflictivo (que podrá ser un delito o podrá, en definitiva, no serlo) ha existido en realidad.

La primera información sobre un hecho se recibe a través de la denuncia efectuada por la víctima o por cualquier persona que haya tenido noticias del hecho. En otros casos, el órgano de persecución penal toma de oficio noticia de ese hecho delictivo y comienza las investigaciones preventivas, bajo las órdenes de los órganos principales de persecución (es decir, los fiscales o jueces de instrucción).

La instrucción requiere la participación del agente fiscal que es el titular de la acción y que la impulsa durante la investigación. Ahí comienza un periodo de investigación, orientado a determinar si existen razones suficientes para someter al imputado a un juicio. Esta investigación por lo general será llevada adelante por el representante del Ministerio Público Fiscal, aunque algunos códigos (como el Código Procesal Penal de la Nación) le permiten al juez de instrucción dirigir dicha investigación, ordenando las medidas de prueba que considere pertinentes para lograr determinar cómo ocurrió el hecho denunciado.

A continuación señalaremos los actos procesales más significativos de este periodo. Entre estos actos tenemos el requerimiento de instrucción, formulado por el fiscal que llevará a adelante la acusación. Luego, el llamado a prestar declaración al imputado, que se realiza recién cuando hubiere motivo para sospechar que la persona ha participado de la comisión de un delito. El Código Procesal Penal de la Nación, prevé que el juez, luego de dicha declaración, resuelva la situación procesal del imputado, sea dictando su procesamiento – cuando considerare que existen suficientes elementos de convicción para estimar que hubo un hecho delictuoso y que aquél es culpable como participe de éste-; declarando la falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado,

³⁴ BINDER, op cit., pgs. 233 a 243.

lo que implicará que el proceso siga su curso, en miras de obtener pruebas que verifiquen si el imputado ha sido, o no, responsable del hecho (o en su caso, si el hecho existió o no). En cambio, podrá dictar su sobreseimiento cuando el juez considerare que no ha existido delito, o que el hecho no encuadra en una figura penal, o la acción se encuentra extinguida, o el hecho no ha sido cometido por el imputado. Otros códigos, como el de la Provincia de Buenos Aires, no exigen que exista dicha resolución de mérito, aunque el juez deberá, completada la investigación, determinar si la persona debe someterse a un juicio por el hecho objeto de la acusación.

Otro acto esencial de esta etapa del proceso penal es el requerimiento de elevación a juicio formulado por el fiscal y, en su caso, por quién eventualmente actuare como parte querellante, donde los sujetos mencionados deben efectuar la descripción del hecho, identificar correctamente al imputado y calificar jurídicamente el hecho. Y, por fin, la resolución del juez, que determina la clausura de la instrucción y eleva la causa a juicio.

Al estudiar esta etapa, también debemos tener en cuenta que los códigos otorgan diversas facultades para actuar a los agentes de prevención cuando existe un caso de flagrancia. El agente de prevención, al efecto, podrá intervenir en la situación, tratando de evitar la comisión del delito, individualizar a sus autores y reunir pruebas para dar base a la acusación. Para estos **casos de flagrancia**, muchos códigos prevén **procedimientos especiales y abreviados**, distintos al trámite común. Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación prevé el instituto de la instrucción sumaria, en los arts. 353 bis y 353 ter.

Este instituto tiene en miras el aceleramiento del trámite de los sumarios. Por eso, el plazo (ordenatorio) para su tramitación es de 15 días. Está previsto para asuntos no complejos respecto a su carga probatoria, y para casos en lo que el juez considerare que no correspondería *prima facie* el dictado de una prisión preventiva. El juez podrá determinar que el proceso siga a través de este procedimiento, aunque el imputado puede optar por continuar con el trámite

común. En los casos previstos por estos artículos, la instrucción sumaria es delegada al representante del Ministerio Público Fiscal. El fiscal debe, en primer lugar, citar al imputado y notificarlo del hecho que se le atribuye y las pruebas que existen en su contra. Luego, ordenará las pruebas pertinentes, y reunidos los elementos probatorios respecto de los extremos de la imputación penal, de considerarlo pertinente, requerirá la elevación a juicio de la causa.

Por su parte, el código de procedimientos de la Provincia de Buenos Aires prevé un instituto similar en el título I bis del libro segundo (arts. 284 bis a 284 sexies). El procedimiento de flagrancia, en este caso, es de aplicación para delitos dolosos cuya pena máxima no exceda de 15 años de prisión, o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto. Se prevé que la investigación debe completarse en un término mayor de 20 días (aunque prorrogable) y concluida la misma las partes podrán ofrecer la suspensión del juicio a prueba, el sometimiento a un juicio abreviado o el juicio directísimo.

Etapa de juicio.

Concluida la investigación preliminar, la causa se remite al tribunal oral correspondiente, donde se sustanciará el juicio³⁵. El juicio penal es la etapa donde se resuelve de un modo definitivo –aunque revisable- el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal.

En esta etapa, previo al **debate oral y público**, el imputado, el acusador público y –si existiera- el acusador privado, examinarán las actuaciones, y ofrecerán la prueba que se recibirá en el juicio. Llegado el caso, luego del desarrollo del debate y concluido el mismo, los jueces del tribunal podrán absolver al imputado en orden al delito investigado; o imponerle una de las penas previstas por nuestro código de fondo, entre las que se encuentra la pena privativa de libertad o de prisión. La pena, según lo estimen los jueces, podrá ser cumplida de modo efectivo o en suspenso.

³⁵ Si la causa tramitase en un juzgado correccional, el juicio será realizado por un juzgado correccional distinto al que tramitó su instrucción.

En la **condena en suspenso o condena de ejecución condicional**, prevista por los arts. 26 y 27 del Código Penal de la Nación³⁶ se suspende la aplicación de la pena impuesta mientras el condenado cumpla con la condición que se le ha impuesto, pero en cualquier caso la sentencia condenatoria subsiste³⁷.

Este instituto pretende evitar los efectos deteriorantes que la pena de prisión de efectivo cumplimiento produce sobre el individuo –en particular si se trata de penas de corta duración-, destacando que la prisionización resulta contraproducente con la finalidad de prevención especial positiva que orienta la ejecución penal³⁸. El propósito es evitar que delincuentes primarios de menor peligrosidad tomen contacto con la cárcel. Sin perjuicio de estos fundamentos, también se han expuesto otras razones que justifican su implementación: la evitación de penas breves de encierro, la función de suficiente advertencia que se logra con el instituto, la necesidad de descongestionar los establecimientos penitenciarios, y la posibilidad de aplicar medidas de prevención especial sobre

³⁶ **ARTICULO 26.** En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

ARTICULO 27.- La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

³⁷ RICARDO NUÑEZ, Derecho penal argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1965, pg. 522

³⁸ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Derecho penal, parte general, Ediar, Buenos Aires, pg. 921.

el condenado mediante la imposición de reglas de conducta durante el plazo de ejecución condicional³⁹.

Para que proceda el instituto, debe tratarse de la primera condena a pena de prisión o reclusión, por lo que nada impide su concesión cuando el imputado tuviere un antecedente condenatorio a multa o inhabilitación, o una sanción de arresto por contravenciones.

Además se establece un tope punitivo: que la pena privativa de la libertad no exceda de tres años de prisión. Se trata de la pena a ser aplicada en el caso concreto⁴⁰.

Una cuestión interesante, consiste en determinar si la imposición de una condena de ejecución condicional es una facultad jurisdiccional o un derecho del procesado. Según la línea jurisprudencial más extendida, es una facultad de los jueces del tribunal que exige fundamento.

Las pautas en las que el juez debe orientar la fundamentación del pronunciamiento condicional deben ser entendidas como facilitadoras de la procedencia del instituto y sólo cuando fueran descartadas por el juez, de manera fundada y bajo sanción de nulidad, sería posible el dictado de una pena de efectivo cumplimiento. En esta lógica, *personalidad moral del condenado* equivaldría a las condiciones personales del procesado en su vida cotidiana (trabajo, educación, etc), así como todo otro dato verificable de su realidad existencial que demuestren en su favor la inconveniencia del encierro; la *actitud posterior al delito*, no podría entenderse como una exigencia de confesión, sino como aquellos comportamientos materiales que también demuestren la inconveniencia del encierro; *los motivos que lo impulsaron a delinquir* deben ser evaluados en un sentido amplio, como todo dato objetivo que permita comprender no sólo los motivos sino también los móviles, que demuestren, por su entidad, la inconveniencia de la aplicación efectiva de la pena; y *la naturaleza del hecho* nunca podrá ser valorada para excluir la condenación condicional en determinado grupo de delitos, como los sexuales o

³⁹ DE LA RÚA, JORGE, Código Penal, Parte General, 2da edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1997.

⁴⁰ DE LA RÚA, op. Cit. P. 396.

violentos, pues el legislador ya efectuó una primera selección mediante la escala penal prevista⁴¹.

Sin embargo, la existencia de las circunstancias mencionadas es decir, el dictado de la condena de ejecución efectiva o condicional, no siempre se determina en un juicio oral y público. En nuestro sistema, el imputado podrá someterse a un **juicio abreviado**, cuando se presentaren diversas condiciones, y existiera conformidad del propio imputado y el Fiscal de juicio. El fundamento de esta modalidad se funda en la sobrecarga de tareas que pesa sobre el sistema criminal⁴². Su antecedente inmediato podemos encontrarlo en el sistema de "Plea Bargaining" o de confesión negociada, implementado por Estados Unidos.

El imputado y su defensa deben ofrecer una propuesta con antelación a la fijación de la fecha de la audiencia oral. El acuerdo sellado entre la acusación y la defensa, evita la realización del juicio oral y establece el monto negociado de la pena. De cualquier manera queda excluida la posibilidad de limitar la jurisdicción del tribunal de imponer reglas de conducta accesorias, medidas de seguridad o tratamientos curativos⁴³.

El acuerdo es controlado por el tribunal, quien podrá rechazarlo cuando considerare que existe necesidad de conocer con más amplitud o profundidad los hechos perquiridos o las circunstancias concomitantes a él que puedan influir en el pronóstico de pena determinantes para la fragmentación; o cuando el tribunal discrepare con la calificación legal prolijada por el ministerio público, situación que trasunta a considerar que el proceso debe ser remitido al tribunal de mérito que siga el orden de turno⁴⁴.

⁴¹ Cfme. ANDRES J. D' ALESSIO, Código Penal de la Nación comentado y anotado, tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, pgs. 275 y 276.

⁴² SANTIAGO MARTÍNEZ, La víctima y el juicio abreviado, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2004, p. 65.

⁴³ MIGUEL A. ALMEYRA, Código Procesal Penal de la Nación comentado y anotado, tomo III, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 268.

⁴⁴ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa 2911, resuelta el 6 de septiembre de 2000.

En su regulación, el art. 431 del Código Procesal Penal de la Nación señala que para solicitar el juicio abreviado, el fiscal –cuando requirió la elevación a juicio– debió estimar suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad inferior a seis años, o de una no privativa de la libertad, aún no procedente en forma conjunta con aquella.

Por su parte, el código ritual de la Provincia de Buenos Aires prevé este instituto en su capítulo III, del título II, del libro tercero. Allí, señala que es procedente la realización del juicio abreviado cuando el fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de quince años o de una pena no privativa de la libertad, procedente aún en forma conjunta.

Otra alternativa de finalizar el proceso, se produce cuando el imputado solicita el beneficio de la **suspensión del juicio a prueba** (también llamada *probation*), previsto por el art. 76 bis⁴⁵ y siguientes del Código Penal de la Nación. Se trata de una forma de extinguir la acción penal luego de que el imputado haya cumplido con determinadas reglas de conducta durante un periodo de prueba fijado por el tribunal que la concedió⁴⁶.

⁴⁵ Art. 76 bis del Código Penal: El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

⁴⁶ D´ALESSIO, op cit., tomo I, p. 1092

A diferencia de la condena de ejecución condicional, en este caso se suspende la realización del juicio hasta que se cumplan las reglas de conducta impuestas.

D'Alessio, señala que la implementación de este instituto responde a la intención de descongestionar el sistema de administración de justicia de casos vinculados con delitos leves con el objeto de concentrar recursos en los delitos más graves, instaurando al mismo tiempo un mecanismo que tiende a posibilitar la reinserción social del sujeto que fue sometido a proceso y a evitar la estigmatización que implica la prosecución misma de una causa criminal y la eventual imposición de una condena, aun cuando su ejecución hubiese podido ser pronunciada en forma condicional.

Respecto al ámbito de aplicación de este instituto, la Corte Nacional optó por seguir la tesis amplia -en base a diferentes argumentos de indole constitucional- y señaló que “el art. 76 bis comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1° y 2°), y un segundo que comprende a delitos -no incluidos en el primer grupo- que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al art. 26 del Código Penal (párrafo 4°)⁴⁷”.

Etapas de ejecución.

En la última etapa del proceso penal, el mismo tribunal de juicio o un juzgado de ejecución penal -según lo prevea la legislación del lugar-, se ocuparán de verificar el efectivo cumplimiento de la resolución dictada y, al efecto, examinará que se respeten las normas previstas para la ejecución de la pena.

En el caso en que se haya ordenado el cumplimiento en suspenso de la pena, o en el caso en que se haya otorgado al imputado el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (o probation), el tribunal se encargará de velar por el

⁴⁷ CSJN, Fallo “Acosta, Alejandro Esteban s/ recurso de queja” dictado el 23 de abril de 2008.

cumplimiento de las condiciones de conducta que se le hayan impuesto al imputado, según lo dispuesto por el art. 27 bis del Código Penal de la Nación.

Para el caso en el que el juez verificare el incumplimiento de dichas normas, puede ordenar que no se compute dentro del plazo de cumplimiento de las reglas de conducta impuestas, todo o parte del tiempo que transcurrió hasta que se registró el incumplimiento. A su vez, cuando se reiterare el incumplimiento, podrá ordenar que se revoque la condenación condicional, y se ejecute la pena que se había dejado en suspenso (en los casos que se hubiere dictado la condena condicional), o determinar que se lleve adelante el juicio, cuando se hubiere otorgado la probation.

Cuando la pena de prisión deba cumplirse de modo efectivo, el juez debe velar por el cumplimiento de las normas establecidas por la ley 24660 y otras leyes y decretos complementarios, que prevén la ejecución de la pena privativa de la libertad.

2) Los tratamientos de rehabilitación, en el marco del sistema penal actual.

Consentimiento o coacción. Derecho a la salud. Derecho a la libertad y a la autonomía personal.

Las normas de conducta en la suspensión del juicio a prueba y en la condena condicional (art. 27 bis del Código Penal).

Medidas de seguridad en la ley 23737.

Tratamientos de rehabilitación en las cárceles.

En este apartado, intentaremos analizar de qué modo podrían funcionar los TTD dentro del sistema penal argentino, y que otras medidas podrían adoptarse para dar respuestas efectivas a la problemática de la droga, a través del sistema penal.

También señalaremos a qué tipo de obstáculos legales, constitucionales y pragmáticos deberán enfrentarse estas políticas, en caso que se decidiera su implementación.

i. Examen toxicológico. Imputabilidad del sujeto.

Las denuncias por lesiones, amenazas, daños, por delitos contra la propiedad como el hurto o el robo, y por muchos otros delitos, a menudo llegan a conocimiento de los tribunales cuando la víctima o un testigo acuden a los agentes preventores para dar noticia del suceso; o cuando un mismo preventor se convierte en testigo de ese hecho, por ejemplo, mientras cumple sus funciones dentro de su jurisdicción.

En todo caso, cuando el agente preventor –por ejemplo- llega a un lugar donde habría ocurrido un hecho delictivo, éste debe identificar y detener al quien pudiera ser el autor o participe del hecho.

En este tipo de casos, y cuando el imputado es detenido, el juez que lo considere necesario podrá ordenar una inspección corporal y un examen mental del imputado cuidando que, en lo posible se respete su pudor (cfrme.

art. 218 CPPN). Sin embargo, este examen no suele incluir un análisis toxicológico del individuo. Sería razonable recomendar que estos análisis se lleven a cabo en todos los casos en que pueda existir alguna influencia de sustancias psicoactivas en el hecho investigado. Ello permitiría determinar en qué condiciones fisiológicas y mentales se encontraba el individuo al momento en que ocurrió el hecho que derivó en su detención.

Esta medida puede resultar beneficiosa a los fines del proceso, e incluso provechosa para el imputado, pues sus resultados podrán incidir en la determinación de su capacidad de culpabilidad.

ii. Ofrecimiento para iniciar un tratamiento en cualquier etapa del proceso.

También dijimos que una vez que el sumario se eleva a conocimiento de un juez (o en su caso, de un fiscal), éste podrá citar a declarar al imputado cuando hubiere motivos suficientes para sospechar que participó en la comisión del delito investigado. Esta declaración, es una garantía de defensa del imputado conforme lo previsto por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

En este momento, si el juez tuviera algún indicio de que la persona que se encuentra imputada en el proceso podría encontrarse en una situación de dependencia de drogas, alcohol o cualquier otra sustancia psicoactiva, podría ofrecerle la posibilidad de iniciar un tratamiento curativo.

Si el imputado decidiera someterse a un tratamiento, el juez deberá indicarle a que centros de diagnóstico y atención puede recurrir para su iniciación.

El tratamiento debería estar dirigido por un equipo técnico y comprender los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, criminológicos, y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso.

En este supuesto, el tratamiento y su evolución no tendrían ninguna influencia en lo que respecta al proceso penal, iniciado por un hecho determinado. El proceso y el tratamiento, entonces, seguirían su curso por caminos diferentes.

Sin embargo, la realización del tratamiento podrá ser considerada por el juez como atenuante de la pena, conforme lo prevén los arts. 40 y 41 del Código Penal⁴⁸; o en los términos del ya citado art. 26 del Código Penal, al momento de decidir si suspende condicionalmente el cumplimiento de la pena, puesto que dicha norma establece que la decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la actitud posterior al delito del imputado, y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

Esta facultad otorgada a los jueces puede resultar muy útil. Por un lado, el sujeto que padece un problema de salud, al iniciar el tratamiento rápidamente, podrá combatir los síntomas de su dependencia y evitar sus efectos cuando éstos resultaren nocivos.

En los casos en que no existiera el consentimiento del imputado, el juez no podrá imponer su realización, aunque si lo considerare necesario según la gravedad del caso, podrá extraer copias de las actuaciones y remitirlas a la justicia civil, para que un juez de ese fuero tome las medidas que considere oportunas, conforme las atribuciones que le otorga el Código Civil (sólo si se cumplieren los requisitos que dicha legislación prevé).

⁴⁸ **ARTICULO 40.-** En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

En estos casos, como se ve, el juez seguiría cumpliendo su rol, pues no tendría ninguna relación con el tratamiento de la persona, que será otorgado en los centros y por los especialistas correspondientes.

El ofrecimiento mencionado podrá realizarse sea cual fuera el delito y en cualquier etapa del proceso, cuando el juez tuviera indicios de la adicción del imputado.

iii. Las normas de conducta. Suspensión del juicio a prueba.

Condena de ejecución condicional.

Como vimos, los institutos alternativos a la pena privativa de la libertad – probation o condenación condicional–, exigen el cumplimiento de las llamadas “reglas de conducta” que se encuentran previstas en el art. 27 bis del Código Penal de la Nación. Entre dichas reglas, el juez puede imponer la realización de un tratamiento médico o psicológico, conforme lo previsto por el inciso 6º del art. 27 bis del Código Penal.

En el caso de la condena en suspenso, si el condenado no cumpliera con la regla impuesta, el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá, entonces, cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia (cfme. art. 27 bis).

Por su parte, el art. 76 ter del Código Penal, que reglamenta la suspensión del juicio a prueba, expresa que “El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no delinque, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor

del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas”.

Completada la etapa de investigación, el imputado puede optar por reconocer el hecho que se le atribuye y someterse a un juicio abreviado. En consecuencia, el fiscal solicita una condena –por ejemplo de dos años de cumplimiento en suspenso–, y el tribunal fija la pena sin poder superar el monto que pidió el fiscal aunque sí puede bajarlo. En estos casos el juez podrá ordenarle al condenado que atienda ciertas normas de conductas, enumeradas por el art. 27 bis del Código Penal y deberá fundamentar su resolución.

En todos los casos, si el magistrado le ordenare al individuo someterse a un tratamiento de salud deberá hacerlo sobre la base de constancias objetivas de la causa y en las razones que llevaron individuo a delinquir. Específicamente, el art. 27 bis del Cpn., requiere que se realice un informe que acredite la necesidad y eficacia del tratamiento. Este informe, en el caso de dependientes de drogas o alcohol, deberá ser realizado por un equipo de diagnóstico, que señale efectivamente el grado de dependencia, y ofrezca los parámetros adecuados para que el sujeto sea tratado.

Hasta aquí, el ordenamiento es claro respecto a la facultad del juez para ordenar el tratamiento. No obstante, teniendo en cuenta lo señalado respecto a las posibles medidas que puede tomar el juez si verifica el incumplimiento de las reglas, debemos señalar que cuando se trata de una persona que padece un cuadro de dependencia de las drogas, la infracción al tratamiento también puede estar condicionada por la patología. Todo tratamiento de drogas prevé que la persona pueda tener recaídas. Por ello, es importante diferenciar cada caso concreto pues una cosa es revocar una condena y ordenar su cumplimiento efectivo cuando la persona incumplió una norma de conducta cualquiera por desidia, y otra muy distinta es hacerlo cuando la persona sufre una dependencia que altera su capacidad de decidir y actuar.

Teniendo en cuenta esto, el juez deberá verificar con el grupo de especialistas que llevan adelante el tratamiento, las razones por las cuales el condenado incumplió la regla. En los casos en los que el incumplimiento se vincule directamente con la dependencia, el magistrado no debería “sancionar” dicho incumplimiento ordenando que se efectivice el cumplimiento de la condena. En este sentido, el magistrado deberá decidir teniendo en cuenta el estado de salud del imputado, y no aplicar estrictamente las reglas que regulan los institutos de penas alternativas de prisión.

Lo mismo para el caso en que el informe del cuerpo interdisciplinario sea concluyente respecto a la gravedad del estado de salud del procesado. Aquí, el juez de ejecución penal podrá remitir las actuaciones y los informes a la justicia civil, para que el juez competente actúe conforme lo establecido por esa legislación.

Estas consideraciones deberán ser tenidas en cuenta, entonces, para los incumplimientos de las normas impuestas a una persona que deba cumplir una condena condicional, y para las suspensiones del juicio a prueba.

Sin perjuicio de lo expuesto, en la práctica la potestad de ordenar un tratamiento, dentro de las previsiones del art. 27 bis, casi no fue ejercida por los jueces de nuestro país. Ello, pues, la medida no resulta ventajosa para quién solicita la suspensión de juicio a prueba, ya que el imputado puede solicitar someterse a otras normas de conducta, que implican menos “riesgos” respecto a su cumplimiento y posible revocación. En este sentido, el imputado preferirá realizar tareas comunitarias en una asociación sin fines de lucro, durante un tiempo determinado, antes que someterse a un tratamiento (sin perjuicio que quién determina las normas de conducta que deben realizarse es el juez o tribunal de la causa).

Por otro lado, tampoco existe una ley provincial o nacional, que indique concretamente el procedimiento que debe seguirse en estos casos, y las funciones y roles de quienes deben promover y llevar a cabo el tratamiento (juez, fiscal, defensor, psicólogos, médicos, sociólogos, etc.).

Otra de las cuestiones interesantes de estudiar en la imposición del tratamiento como regla de conducta, es la relativa al alcance del consentimiento del sujeto en relación a la aceptación del tratamiento.

Si bien el art. 27 bis del Cpn, el juez puede imponer la realización de un tratamiento, cabe preguntarnos: ¿Puede un juez obligar a una persona que se someta a un tratamiento, sin restringir sus derechos constitucionales? O bien, ¿El consentimiento prestado por el imputado en el marco del proceso penal, es un consentimiento libre y pleno?

En respuesta a la primera de las preguntas, debemos decir que según una gran parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, la imposición de un tratamiento vulnera el derecho a la libertad y a la autonomía personal, y el derecho a la salud del individuo. Analicemos los argumentos de esta postura.

Tal como ha sido consagrado por nuestra Constitución Nacional y por diversos tratados internacionales, el hombre tiene derecho a elegir cómo llevar adelante su vida, sin que el Estado pueda interferir en sus decisiones, siempre que sus acciones no afecten a terceros. Un Estado republicano y liberal no puede, a través de sus funcionarios, ejercer una política paternalista que restrinja la libertad de elección del sujeto, y le obligue a tomar una decisión sobre su cuerpo, su integridad física y su salud. Puede sancionarlo por un hecho concreto, si éste le produjo un daño a un tercero. Sin embargo no puede infringir el derecho de libertad del individuo, para tomar sus propias decisiones y elecciones. En este mismo sentido, el fallo Arriola⁴⁹, recientemente dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que *“en un Estado que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad –sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de*

⁴⁹CSJN. A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad⁵⁰”. Y con cita de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹, expuso también “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios o instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía, -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”.

Por otro lado, y en relación al derecho a la salud del sujeto, los especialistas coinciden en que el resultado del tratamiento de recuperación depende en gran parte de la actitud del paciente frente a dicho tratamiento. Así también lo consideró el grupo de expertos que dictó la resolución n° 1691 del Servicio Penitenciario Federal, en tanto determina que “un tratamiento no puede ser impuesto desde la ley, sino que debe contar con la aceptación del paciente, bajo el peligro de no ser efectivo desde su inicio”. El consentimiento prestado por el sujeto, para comenzar y continuar el camino de la rehabilitación, resulta entonces determinante para su salud.

Justamente en el aludido fallo Arriola se realizó –entre otras cuestiones- un interesante desarrollo del concepto de derecho de salud, principalmente en el voto del Dr. Fayt. Señala el magistrado que los fallos y la normativa que criminaliza la tenencia de droga para consumo personal deben ser revisados a la luz de la reforma de la Constitución Nacional, de 1994, que incorpora a la salud como garantía que debe resguardar el Estado y en lo que a las

⁵⁰ Ver, en este sentido coincidente Maldonado, fallos: 328:4343; y Gramajo, fallos 329:3680.

⁵¹ Caso Ximenes López vs. Brasil, del 4 de julio de 2006,

prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluye a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención recuperación y rehabilitación.

También los pactos internacionales con jerarquía constitucional señalan la necesidad de implementar medidas en el mismo sentido.

Desde esta visión, Fayt señala que el problema del consumo de drogas -y sobre todo el relacionado con la dependencia a las sustancias- debe enfocarse primariamente desde el ámbito sanitario, que proteja la dignidad humana, sin desatender el amplio enfoque que requiere la problemática. Para el ministro, la respuesta estatal no puede darse en clave punitiva y si bien no cabe legitimar el uso de estupefacientes, entiende que debe procurarse desde el Estado una atención preventiva. A partir de ello, concluye su exposición recordando a las autoridades –y a todas las instituciones- la relevancia de desarrollar a nivel nacional programas de salud que atiendan las problemáticas aludidas, y de ese modo dar validez y vigencia a los tratados de derechos humanos con los que el país está vinculado.

También sobre el derecho a la salud y su relación con el tema de estudio la misma Corte Suprema de la Nación ha señalado en el fallo R. J. M s/ insania⁵² que “los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son reclusos coactivamente sin distinción por la razón que motivó su internación, **son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso**, entre tantos otros. Sin embargo, deviene innegable que tales personas poseen un estatus particular, a partir de que son sujetos titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. Frente a tal circunstancia desigual, la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos de los que se derivan los deberes legales del sujeto pasivo sea el Estado o los particulares y que permiten, a su vez, promover su cumplimiento. Y al efecto expone que “el marco normativo tanto nacional como supranacional, permite fijar un **catálogo**

⁵² Dictado el 19 de febrero de 2008.

de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) **derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos**, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición.

Por ello, existen sólidos fundamentos para decir que una ley que permita a un juez imponer de manera arbitraria un tratamiento, podría ser considerada inconstitucional, pues restringiría irrazonablemente el derecho a la salud del sujeto –con los alcances expuestos precedentemente– y su autonomía personal.

Entonces, si el juez decidiera ordenar un tratamiento como regla de conducta en los casos del 26, 27 bis y 76 ter del CP, deberá necesariamente contar con el consentimiento del imputado.

Sin perjuicio de ello, si el imputado fuera peligroso para sí o para terceros como consecuencia de su adicción, el juez podría decidir su internación por un tiempo determinado, siempre que ello sea la única respuesta que tenga para garantizar los bienes que se encuentran en peligro (*ultima ratio*). Esta facultad, a la que nos referiremos con mayor extensión en otro apartado del presente

informe, se encuentra prevista por el Código Civil de la Nación, que fue modificado por la ley de salud mental n° 26657.

Sin embargo, la discusión sobre el alcance del consentimiento de la persona sometida a un proceso penal no debe finalizar allí.

Sostuvimos que a los fines del tratamiento es imperioso contar con el consentimiento del paciente, tanto para comenzar con el tratamiento como para continuarlo. A la hora de analizar si en qué casos existe o no consentimiento debemos tener en cuenta que el contexto en el que ha sido prestado, y la relación del sujeto con la persona que realiza la propuesta y ofrece el tratamiento. También deben considerarse las posibles consecuencias del incumplimiento de las normas impuestas, y las variantes con las que cuenta el sujeto a la hora de optar por someterse a un tratamiento.

En los casos que venimos estudiando, quién “ofrece” la posibilidad de someterse al tratamiento es el juez que investiga y juzga la responsabilidad del sujeto en el hecho o quién debe controlar el cumplimiento de la pena y revocar la medida alternativa en los casos de incumplimiento, es decir, en ambos supuestos, el juez es una persona que ha ejercido su autoridad frente al imputado. La relación entre quién ofrece y promueve el tratamiento y el imputado no es una relación horizontal, sino que es una relación asimétrica y desigual.

Puede decirse que las condiciones para un buen resultado del tratamiento disminuirían cuando la relación entre el tratado y el tratante careciera de confianza y respeto, y se basare en la posición de autoridad y supremacía del juez, situación que indudablemente sucede si tenemos en cuenta que ante el incumplimiento de las condiciones del tratamiento por parte del imputado, se le puede revocar la medida alternativa y, como consecuencia, privarlo de su libertad (someterlo a la pena de prisión).

Esta circunstancia innegablemente es una presión que debe afrontar el imputado/paciente, que a su vez restringiría la libertad de la persona de decidir si desea o no continuar con un tratamiento de rehabilitación.

Asimismo, hay que considerar que el hecho de encontrarse sometido a un proceso penal le produce al imputado una sensación de angustia e incertidumbre que también puede restringir su libertad de elección. Si la opción fuere la de afrontar un juicio oral y cumplir una pena efectiva de prisión o someterse a un tratamiento, no quedan dudas que la persona elegirá el tratamiento, pues la amenaza que sufre es de suma gravedad. En este punto, también hay que tener en cuenta las consecuencias que tiene la dependencia de drogas en la personalidad del imputado. Como decíamos, el padecimiento afecta su vida y, por lo tanto, sus decisiones. El drogodependiente busca incansablemente paliar los efectos de la droga, procurándose la sustancia; sufre el síndrome de abstinencia, y para no padecerlo compulsivamente se dirige a la sustancia. En este contexto de vulnerabilidad, el hecho de que un juez pueda revocar un beneficio que supuestamente buscaba mejorar la salud del sujeto parecería restrictivo de los derechos de autonomía y salud del individuo.

La defensa de quienes pregonan por la instauración de los TTD, se funda en que al imputado se le informa de las ventajas y desventajas de elegir someterse al tratamiento, y esta opción nunca es impuesta al individuo, sino que se precisa su consentimiento. Otros de sus promotores, en cambio, aceptan que existe cierta coacción que se ejerce sobre el imputado para que se someta al tratamiento.

En este contexto, es importante distinguir entre la voluntad real de una persona, y lo que declara su voluntad. Para Wertheimer⁵³, definir si existe coacción no resulta fácil, ya que cuando existe es el resultado de la interacción. Para mostrarnos este problema, el autor nos da un ejemplo: un hombre se está ahogando, y si no recibiera ayuda, morirá. Alguien lo ve, y dice que si quiere

⁵³ WERTHEIMER, A. A philosophical examination of coercion for mental health issues. Behavioral Sciences and the law 1993; 11: 239-258. Conforme al análisis realizado por Alfredo CALCEDO BARBA, en “La coacción y el engaño en la práctica de la psiquiatría. I Congreso Virtual de Psiquiatría, 1 de febrero a 15 de marzo de 2000, disponible en: www.psiquiatria.com/mesas/mesa14/conferencias/14_ci_e.htm

que lo salve le tiene que pagar diez mil dólares. La pregunta que se hace Wertheimer es si en esa propuesta ha habido o no coacción. Para contestar eso, el nombrado señala que existen 4 posibilidades de interacciones entre quién padece una enfermedad y su entorno. Estos cuatro tipos de interacciones son: 1) la persuasión, donde se le da al enfermo los argumentos para que cambie de opinión. En este caso, la decisión de la persona es libre. 2) La inducción. Donde la persona recibe una oferta que mejorará una situación concreta de su vida, y esto será una motivación suficiente para que cumpla con lo que se le está proponiendo. 3) La coacción: de no aceptar la propuesta, su situación empeorará. 4) La autoridad: la decisión que toma la persona se realiza en el marco de una relación de dependencia jerárquica. En las dos primeras, la persona estaría tomando una decisión libre. En la coacción y la relación de autoridad, su libertad se encontraría cercenada

La exposición anterior debe servirnos para reflexionar si es conveniente que la respuesta del Estado frente a la problemática estudiada deba darse en el marco de un proceso penal. Al efecto, no podemos dejar de advertir la posibilidad de que este tipo de tratamientos pueden afectar la libertad y la salud del individuo, circunstancia que restringiría los derechos fundamentales de la persona e impediría que se cumplan los fines de los Tribunales de tratamiento de drogas.

El rol de los jueces.

Anteriormente mencionábamos algunas particularidades sobre la relación entre el tratante que en estos casos es el juez penal, y la persona que se somete a un tratamiento, que a su vez se encuentra imputada en una causa penal, por un hecho determinado. Indudablemente, esta asignación de funciones refleja un enfoque distinto, y por eso en muchos países, al instaurar los Tribunales de tratamiento de drogas, se le asignó al juez penal la función de agente terapéutico.

Se sostiene que los TTD son aplicaciones de la justicia terapéutica. Este enfoque significa un cambio de paradigma en el modo de pensar en la justicia,

y las funciones de sus agentes, pues según su visión, debe estudiarse el impacto de la ley en el bienestar psicológico de las personas, para que las leyes mejoren el bienestar emocional de los afectados, y para que la justicia se oriente de un mejor modo en la solución de fondo de los problemas que se le presenten. En lugar del enfoque tradicional de la justicia penal, los tribunales de tratamiento de drogas enfatizan la rehabilitación del infractor, y explícitamente hacen que el juez sea miembro de un tratamiento⁵⁴.

En esta idea, los jueces dejarían de cumplir sus funciones tradicionales, para desarrollar nuevas capacidades. Para ello, se deben implementar herramientas comunicacionales concretas, que le faciliten su tarea como agente terapéutico⁵⁵. Según los impulsores de los TTD, el juez está llamado a acoger, acompañar, y motivar la voluntad inicial del imputado, para que este cumpla con los objetivos que inicialmente se ha trazado⁵⁶.

Acoger significa escuchar al imputado cuando se manifiesta sobre su proceso de recuperación, sus avances y retrocesos, sus debilidades y fortalezas. Acompañar significa empatizar con su problemática, hacer propias sus dificultades. Y motivar, importa alentar el proceso en busca de rehabilitación.

Para todo ello, el juez debe aprender ciertas técnicas de comunicación, y debe conocer el fenómeno de la adicción, la forma en que actúan las drogas, la afectación que éstas producen en los individuos. También debe conocer en

⁵⁴ Bruce J. WINICK y David B. WEXLER, Therapeutic Jurisprudence and drug treatment courts: a symbiotic relationship, en *Principles of Addiction Medicine* (Allan W. Graharn & Terry K. Schultz), 3^o edition. Traducido por Gustavo Muñoz..

⁵⁵ “Los jueces necesitan entender cómo expresar empatía, como reconocer y tratar cuando un infractor niega un problema, y cómo aplicar los principios de la psicología del comportamiento y la teoría de la motivación. Necesitan entender la psicología de los procedimientos judiciales, que enseña que las personas que se presentan a un juicio experimentan mayor satisfacción y cumplen con las órdenes judiciales con mayor disposición cuando se les da una sensación de “voz” (habilidad de contar su historia), y de validación (la sensación de que el juez ha tomado en serio lo que ha dicho, y se les trata con dignidad y respeto). Necesitan entender cómo estructurar las prácticas judiciales en forma que maximicen su potencial terapéutico”.

Bruce J. WINICK, Therapeutic Jurisprudence and the civil commitment hearing, 10 J. CONTEMP. L. 37, 37-60 (1999).

⁵⁶ Conforme Jorge Eduardo SAENZ MARTIN, El rol del juez en los Tribunales de Tratamiento de Drogas, publicado por la Fundación Paz Ciudadana, en el trabajo denominado Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, Material Educativo, editado por Catalina Droppelmann Roepke, en enero de 2010.

términos generales los tratamientos de la adicción, las etapas que suponen, las actividades que involucran y las dificultades que pueden presentarse⁵⁷.

Sobre este punto, vale la pena hacer algunas observaciones. Si bien no deben negarse algunas virtudes que pueden asignársele al enfoque de la justicia terapéutica, principalmente dentro del fuero civil (y en alguna ocasión dentro del sistema penal, como pueden ser en el ámbito de la violencia familiar), es preciso tener en cuenta que tradicionalmente los jueces no han cumplido ese rol, y no se encuentran capacitados para llevarlo a cabo. El aprendizaje de técnicas de comunicación y otras cuestiones mencionadas, requieren de tiempo y dedicación para ser incorporadas a un profesional del derecho, que desde estudiante se capacitó para ejercer la jurisdicción y decidir sobre diversas cuestiones que se le presentaren, conforme a la ley aplicable para el caso concreto.

Por otro lado, debemos tener en cuenta lo que mencionábamos al hablar sobre el consentimiento del imputado. El juez se encuentra en una posición distinta a la del imputado, en una posición de autoridad. El juez penal, por ejemplo, pudo haber dictado una resolución de mérito que responsabiliza al imputado por un hecho; o haber decidido su prisión preventiva. Además, puede ser quién le imponga una pena de prisión; o lo inhabilite para ejercer ciertos actos. Por ello, en tal carácter, es difícil que pueda comunicarse con el imputado de un modo en el que este último no sienta cierta coacción en sus decisiones. Será muy difícil, entonces, que el imputado logre tener una relación de confianza y apertura con el juez.

Otra cuestión a tener en cuenta, en este orden de ideas, es la función que llevan a cabo los jueces de ejecución de nuestro país, y los recursos con los que estos cuentan. A modo de ejemplo, dentro de la Justicia Nacional, en Capital Federal, sólo existen tres Juzgados de Ejecución, encargados de garantizar y controlar el cumplimiento de las penas. Estos juzgados se encuentran desbordados de trabajo, y por falta de personal y recursos no pueden cumplir adecuadamente sus funciones. El juez asigna muchas de las

⁵⁷ Op. Cit. SAENZ MARTIN, p. 86.

funciones a sus empleados del juzgado y ni así puede realizar el control de la ejecución de penas de un modo rápido y eficiente. Incluso, se ha buscado una salida a esta deficiencia con la institución del Patronato de Liberados, que también carece de recursos para cumplir sus funciones.

Así, vemos como el juez de ejecución penal –al menos en lo que respecta a nuestro país- no está preparado y capacitado para ejercer las funciones de agente terapéutico que se le requiere en los TTD, justamente, porque no es un terapeuta; y tampoco cuenta con el tiempo y los recursos para ejercer dicha función, teniendo en cuenta que ni siquiera puede cumplir adecuadamente con las funciones que hoy tiene asignadas (que son mucho más acotadas que las que se le adjudican en los TTD).

El rol del juez como agente terapéutico requiere de un tiempo y dedicación con el que no cuentan los jueces de ejecución de nuestro país. El procedimiento que requiere un seguimiento de los pacientes, la interconsulta con otros profesionales, la participación en audiencias temporales y demás propuestas que sugieren los TTD, no pareciera poder anclar en la estructura de los juzgados de ejecución, tanto nacionales como provinciales, al menos hasta que no haya un cambio estructural significativo, que permita a dichos jueces satisfacer las demandas y pedidos de los miles de personas que hoy cumplen con una pena, y permanecen más tiempo del debido esperando una respuesta a sus requerimientos.

La descripción efectuada debe llevar a que nos preguntemos si el sistema penal se encuentra o no preparado para afrontar los objetivos que se intentan lograr con la implementación de los TTD. Debemos, justamente, analizar si los jueces penales deben formar parte de un equipo de tratamiento y si pueden y se encuentran capacitados para ejercer el rol de agentes terapéuticos. También, tras observar cómo funciona el sistema de ejecución penal argentino, debemos cuestionarnos si es en verdad viable que se implementen dentro de dicha estructura los Tribunales de tratamiento de droga.

Los tratamientos de rehabilitación de la ley 23737. Críticas y relación con los TTD.

Como adelantamos, las medidas de seguridad de la ley de estupefacientes se aplican a sujetos que son imputables en términos de culpabilidad penal. En virtud de ello, se ha cuestionado la denominación “medidas de seguridad”⁵⁸.

Como condición de procedencia, debe haber necesariamente un proceso penal en el cual el destinatario sea el sujeto imputado⁵⁹.

Evidentemente, las medidas de seguridad son pena. Su carácter penal deriva del hecho que el Estado puede imponerlas coactivamente prescindiendo de la voluntad del sujeto –es decir, sin su consentimiento – pudiendo incluso acudir a la fuerza pública para requerir su cumplimiento efectivo.

Algunos las consideran un instituto cautelar, preventivo, pues el criterio para su aplicación y duración está basado en el grado de peligrosidad del autor y no en la afectación del bien jurídico protegido.

En oposición, otros entienden que tienen carácter punitivo y las considera un instrumento más de control⁶⁰ que limita derechos individuales, razón que exige un tratamiento similar al de las penas, al menos en términos de garantías constitucionales (entre ellas, el principio de proporcionalidad y razonabilidad de su aplicación como del plazo de duración, más cuando su duración temporal no está legalmente delimitada).

En la siguiente exposición, haremos una descripción de las medidas previstas por la ley, haciendo alusión a muchas de sus particularidades. También, señalaremos algunas críticas a sus postulados, que deben sumarse a las observaciones que hicimos en el apartado anterior a las medidas curativas en general.

⁵⁸ Horacio CATTANI, “Derechos de los Usuarios del Servicio de Salud Mental”, Seminario “Estupefacientes y Justicia Penal”, organizado por Defensoría General de la Nación, publicado bajo el mismo nombre por la Oficina de Prensa, Difusión y Publicaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, noviembre de 2010, pag. 11

⁵⁹ Horacio CATTANI, “Alcances y Actualidad en el Concepto de Compulsión – Su relación con las adicciones”, Ediciones Grama, Buenos Aires, 2007, pag. 27

⁶⁰ Carlos GONZÁLEZ ZORRILLA, “Drogas y Control Social”, Revista “Poder y Control” N° 2, Barcelona, Año 1989, pag. 51.

Otro dato a tener en cuenta, es que los tribunales que se encuentran facultados para dictar las medidas, no funcionan como Tribunales de tratamiento de drogas.

Los jueces tienen la potestad de ordenar un tratamiento y –cuando este no se cumpliera- , ordenar su cese y la continuación del proceso. Sin embargo, no ejercen el rol de agente terapéutico, tal como se realiza en muchos de los sistemas comparados antes estudiados.

Medidas Curativas y Educativas: aplicación y procedencia.

En lo que aquí interesa, analizaremos la regulación legal de las medidas de seguridad previstas en la Ley de Estupeficientes (t.o. conforme ley 23.737) a partir del artículo 16 en adelante.

a) Medida curativa genérica

Art. 16.- “Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupeficientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a esos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”.

Si bien se trata de una medida regulada en la ley de estupeficientes, su aplicación se extiende a todo aquel que resulte condenado “*por cualquier delito*”, regulado en el Código Penal o en leyes especiales. Por ello, cuando el condenado además revista la condición de dependiente – físico o psíquico – de estupeficientes, junto con la pena que se fijare en la sentencia se deberá cumplir con la medida de seguridad impuesta.

Esto ha merecido críticas tanto desde el punto de vista de la legalidad y de la proporcionalidad de la pena. La eventual adicción es un extremo no probado en la causa por no constituir objeto del proceso, y por ello ajeno a la valoración del tribunal y la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad no guarda proporción con el hecho cometido.

La voz “condenado” requiere que deba tratarse de un supuesto donde haya recaído sentencia de condena firme, sea de ejecución condicional o de efectivo cumplimiento, pues la ley no establece distinciones. Es decir, no se aplica en los casos de extinción de la acción o la pena y tampoco cuando hay suspensión del proceso (*probation*), sin perjuicio de que el juez que la conceda pueda aplicar como condición de su otorgamiento la realización del tratamiento terapéutico en los términos del art. 27 bis del CP.

El grado y tipo de dependencia, son extremos de orden fáctico-probatorio que deberían corroborarse en cada caso en particular, dado que si el cese de la medida supone la necesidad de un dictamen pericial previo, es acertado sostener que el mismo procedimiento se requiere a los fines de su imposición, pues tratándose de una circunstancia que agrava la pena principal, debe demostrarse que concurren en el caso las circunstancias que prevé la ley, esto es, la existencia real de dependencia física o psíquica.

Este no es detalle menor, pues la norma no deja margen de discreción al juez al establecer de modo imperativo que aquél “impondrá” la medida cuando verifique determinadas circunstancias.

En cuanto al tiempo de duración y cese de la medida, en el art. 16 la duración no está establecida, por el contrario, se establece que se prolongará “*por el tiempo necesario a esos fines*”, dejando de lado la garantía de plazo razonable que debe regir en todo proceso jurisdiccional⁶¹.

De ese modo, la duración del tratamiento y el momento en que el mismo deba cesar no tienen un tiempo determinado, sino que están fijados de acuerdo a criterios de “efectividad” de sus resultados y a la decisión del juez de la causa, previo informe pericial “que así lo aconseje”.

⁶¹ Art. 8.1 CADH “Toda persona tiene derecho a ser oída , con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter”.

“La consagración normativa de la indeterminación genera insanablemente un criterio de incertidumbre que ofende todas las garantías constitucionales vigentes”. Conf. Abel Cornejo “Estupefacientes...”, Ed....., pág. 300.

Sobre lo expuesto, podemos ensayar algunas breves críticas. La medida de seguridad funciona como una pena accesoria porque además de la condena que eventualmente pudiere corresponderle a un sujeto, su condición de “dependiente físico o psíquico”, operará como agravante de la pena impuesta o bien podría decirse como pena accesoria por tiempo indeterminado, llegando al absurdo de condenar a un enfermo por ser enfermo. Ello traduce no sólo una violación al derecho penal de acto, sino también a las obligaciones propias que el Estado asume frente a la sociedad, pues las adicciones deben ser tratadas en el marco de políticas socio-sanitarias y no desde el aparato punitivo.

De este modo, mientras la ley de estupefacientes castiga al adicto con una doble sanción penal, las leyes de regulación marco de Obras Sociales y Prepagas lo consideran un enfermo cuyo tratamiento debe ser cubierto por prestaciones de carácter obligatorio.

Ahora bien, la norma señala como sujetos destinatarios a los dependientes, sea que tal adicción fuere física o psíquica, cuestiones de orden probatorio que deben evaluarse en cada caso particular.

El diagnóstico tiene que ser interdisciplinario. Es importante destacar estos extremos, sobre todo si tomamos en cuenta que, al menos en el plano de las representaciones sociales, habitualmente no se distingue entre consumidor, adicto y drogodependiente, con las inevitables consecuencias que se derivan⁶².

Por último, debe tenerse en cuenta que el presupuesto legitimante de cualquier medida de seguridad consiste en la finalidad neutralizadora de un peligro, pero un peligro necesariamente vinculado a la comisión del injusto. En este sentido, Javier De La Fuente afirma que “...*Si bien la ley no lo aclara e, incluso, permite imponer medidas cuando únicamente existe peligrosidad para sí, el principio de intervención mínima y de razonabilidad republicana permite afirmar que la*

⁶² Carlos GONZÁLEZ ZORRILLA, “Drogas y Control Social”, Revista “Poder y Control” N° 2, Barcelona, año 1989, p. 49

*medida penal solo procede cuando existe una peligrosidad delictual, es decir, cuando se demuestra el peligro de reiteración delictiva”.*⁶³

b) Medida Curativa durante la tramitación del juicio

Art. 17.- En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, 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 su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última.

La medida prevista para este caso, se encuentra dirigida únicamente al supuesto de tenencia de estupefaciente para consumo personal. Frente a la medida genérica prevista por el art. 16, existen los supuestos contemplados en los artículos 17 y 18, especialmente previstos para casos de delito de tenencia de estupefacientes para uso personal (artículos 5 penúltimo y último párrafo, y 14 párrafo segundo, ambos de la ley 23737).

Se trata de supuestos en los cuales la medida de seguridad aparece como alternativa a la aplicación efectiva de una condena, una vez acreditada la culpabilidad del autor. Como se trata de tenencia para uso personal, el juez dispone de la facultad de dejar en suspenso la condena e imponer en forma sustitutiva una medida de seguridad curativa a los efectos del tratamiento y rehabilitación del encausado.

De ello pueden derivarse dos consecuencias posibles: un resultado satisfactorio o un resultado insatisfactorio. Si es positivo y se logra la recuperación, el juez eximirá de pena al encartado. Luego de transcurridos tres

⁶³ Javier De La Fuente, Seminario “Estupefacientes y Justicia Penal”, organizado por Defensoría General de la Nación, publicado bajo el mismo nombre por la Oficina de Prensa, Difusión y Publicaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pág. 82, Noviembre de 2010.

años, si se verificare la reinserción plena del sujeto, el juez ordenará la supresión de la anotación respectiva en el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal (conf. art. 22).

Pero si transcurridos dos años el resultado no es favorable, es decir, no se ha logrado un grado de recuperación aceptable debido a la falta de colaboración del sujeto, el juez podrá aplicar la pena y la medida de seguridad en forma conjunta, o solamente la medida de seguridad por tiempo indeterminado.

Advertimos entonces que se trata de un tratamiento coactivo/compulsivo. No solo se prescinde del consentimiento del sujeto, sino que además frente a su fracaso o imposibilidad de rehabilitación, faculta al juez a imponerlo “por tiempo indeterminado” e incluso en forma conjunta con la pena.

En primer lugar y de acuerdo con el criterio que venimos sosteniendo, impartir un tratamiento forzoso desde el ámbito penal podría resultar inapropiado, al menos en miras a una genuina recuperación o rehabilitación del adicto pues, la compulsión que prescinde de la voluntariedad del sujeto y lo somete a un tratamiento coactivo, no sólo avasalla sus derechos como persona relativos al acceso a la salud (comprensivo de la información, alternativas de tratamiento, etc), sino que criminaliza su patología en términos de delincuencia. Por ello, quizás sea más adecuado que una vez que fuera determinada la adicción, pasar al dependiente a la esfera de la justicia civil, a un marco de tratamiento institucional (tanto legal como sanitario) que se adapte mejor a su situación y necesidades⁶⁴.

El esquema planteado por esta norma no sólo pena a un enfermo, sino que comprobada su imposibilidad de responder a un tratamiento (cualquiera sea la causa), lo pena doblemente y aún de modo más severo (pues, si no se recupera en el término señalado, el juez puede disponer la aplicación de la pena dejada en suspenso junto con la medida).

⁶⁴ Horacio CATTANI, “Estupefacientes y Justicia Penal”, organizado por Defensoría General de la Nación, publicado bajo el mismo nombre por la Oficina de Prensa, Difusión y Publicaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pág. 21, Noviembre de 2010.

Además, es útil poner de resalto que la “falta de colaboración” como precepto, no ha sido entendida de forma unívoca, resultando cuanto menos arbitraria su determinación, pues se ha designado así tanto a la inasistencia, la concurrencia con intermitencias como a la concurrencia donde simplemente se “da la cara”⁶⁵.

c) Tratamiento curativo durante el trámite del sumario

Art. 18.- 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 reanudará 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.

Al igual que en el supuesto del artículo anterior, la medida curativa regulada en el artículo 18 procede en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal; siembra o cultivo para uso personal; y suministro o entrega a título gratuito con fines de consumo. La diferencia radica en dos aspectos: uno de ellos dado por el momento procesal en que tiene lugar, y el otro dado por la exigencia de consentimiento del sujeto respecto a la aplicación del tratamiento curativo.

Se trata de una regulación similar a la suspensión del juicio a prueba, especialmente prevista para los tipos penales mencionados. De este modo, acreditadas al menos mediatamente la tenencia para uso personal y la responsabilidad del imputado, el juez puede disponer la medida curativa, a condición de que el sujeto preste consentimiento para ello.

⁶⁵ Conforme Horacio CATTANI, “Alcances y Actualidad en el Concepto de Compulsión – Su relación con las adicciones”, pág. 28, Editorial Grama, Buenos Aires, 2007.

Si se lograra acreditar un resultado satisfactorio del tratamiento, el juez deberá dictar sobreseimiento y se dará por finalizada la causa. En cambio, si transcurridos dos años desde la aplicación de dicha medida no se logra un grado aceptable de recuperación debido a la falta de colaboración del imputado, se reanuda el trámite de la causa, y en su caso el juez aplicará la pena conjuntamente con la medida de seguridad, o sólo esta última, por el tiempo que estime necesario.

En cuanto a las similitudes con el artículo que precede, y a fin de no ser reiterativos, mantenemos las mismas críticas y comentarios.

Respecto a la mención expresa sobre el consentimiento del imputado, teniendo en cuenta que en esa instancia procesal (instrucción) no hay certeza total sobre su culpabilidad, deviene necesario que éste preste su consentimiento para resguardar así el estado constitucional de inocencia.⁶⁶ Ello, pues, el estado de inocencia como garantía procesal, solo puede ser derribado por una sentencia de condena firme pasada en autoridad de cosa juzgada.

Tal como ocurre en el artículo anterior, si transcurridos tres años del sobreseimiento se verificara una reinserción social plena, el juez dispondrá la supresión de los antecedentes en el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

Art. 19.- La medida de seguridad que comprende el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, prevista en los artículos 16, 17 y 18, se llevará a cabo en establecimientos adecuados que el tribunal determine de una lista de instituciones bajo conducción profesional reconocidas y evaluadas periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de rehabilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y que será difundida en forma pública.

El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare consentimiento para ello, cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o los demás. El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos,

⁶⁶ Javier DE LA FUENTE, Seminario “Estupeficientes y Justicia Penal”, organizado por Defensoría General de la Nación, publicado bajo el mismo nombre por la Oficina de Prensa, Difusión y Publicaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pág. 84, Noviembre de 2010.

criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso.

Cuando el tratamiento se aplicare al condenado su ejecución será previa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena. Respecto de los procesados, el tiempo de tratamiento suspenderá la prescripción de la acción penal.

El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los artículos 16, 17 y 18.

El artículo señala que las medidas de seguridad curativas previstas en la Ley 23737 deben llevarse a cabo en establecimientos adecuados, registrados y habilitados por la autoridad sanitaria competente.

Esta cláusula se ha implementado en el orden federal a partir del dictado de la Resolución N° 1691/SPF/95, reglamentaria del artículo de mención, bajo la denominación "Programa de Asistencia a aplicarse en los Centros de Rehabilitación de Drogadependientes".

A continuación haremos un análisis de su contenido (objetivos, marco teórico, abordajes) y de su implementación en algunos complejos penitenciarios.

En consonancia con los preceptos fijados en la ley, el programa tiene como objetivo principal o genérico brindar asistencia a los internos que padecen patologías de adicción, con una finalidad educativo-terapéutica, desde un modelo de abordaje de tipo integral y multidisciplinario, que está dado a través del trabajo y coordinación de los profesionales que intervienen. Se orienta a la obtención de un grado aceptable de recuperación que le permita al sujeto no sólo superar la problemática de consumo, sino también que posibilite su reinserción social. Además, prevé la posibilidad de abordajes especiales para personas con HIV positivo. En estos casos, se realizarán evaluaciones del grado de afectación patológico, más la asistencia de un infectólogo, tratando de optimizar los recursos e instalaciones para este tipo de pacientes.

El programa requiere la intervención y colaboración no sólo del interno, sino también de su núcleo familiar, que intervendrá en forma activa y de acuerdo a un índice de pautas que ambos firmarán al ingreso, en términos de compromiso. Quienes no mantengan vínculos familiares, pueden acudir a algún

referente que posean extramuros, lo que interesa es que el tratamiento se lleve a cabo en una red de vínculos paciente/interno-profesionales-familia.

El eje del tratamiento está centrado en la abstinencia, un sistema que no admite tolerancias y que por ello no es compatible con terapias de reducción de daños. En virtud de esta premisa – la abstinencia – se llevan a cabo controles y requisas tanto del interno como de la familia.

El tratamiento se lleva a cabo bajo un sistema de régimen cerrado, que se indica por lo general para personas que requieren una separación temporal del medio. Esta necesidad de separación obedece a evitar que las recaídas u oscilaciones en el tratamiento influyan en la comisión de nuevos delitos.

Por otra parte, la normativa exige un compromiso de adhesión por lo que no puede imponerse el tratamiento, pues sin el consentimiento del sujeto el tratamiento no resultaría efectivo. La necesidad de adherir a este compromiso implica una actitud concreta frente al tratamiento que toma como punto de partida la asistencia, pero demanda del paciente la renuncia a determinados derechos, e implica para sí asumir ciertas obligaciones. La familia o grupo que lo acompañe también deberá suscribir el instrumento.

El tratamiento es coordinado integralmente por la Junta de Admisión, Asistencia y Permanencia (JAAP). Entre otras cosas decide la política de ingreso; supervisa el proceso asistencial en las diferentes fases; evalúa las posibilidades sobre altas o extrernaciones; actúa como órgano consultivo del Poder Judicial en los términos de la ley 23737; evalúa las faltas disciplinarias de los residentes y sus familiares, entre otras.

El tratamiento consta de estamentos o fases progresivas, que irán articulándose entre sí hasta el momento del egreso que es la fase final. La primera fase, pre-admisión: se debe efectuar en el lugar donde se halla alojado el interno con anterioridad a su traslado a la unidad del CDR. Está destinada a la evaluación del potencial residente y tiene una duración aproximada de 2 (dos) meses. Además se realiza un diagnóstico presuntivo del interno acerca de la adicción, teniendo en cuenta indicadores positivos y negativos, tanto en relación a la conducta como con relación a la personalidad. Finalizada esta

etapa, se eleva el resultado a la JAAP a fin de que se ordene la suscripción del Compromiso de Adhesión, que contendrá los derechos, obligaciones y restricciones que regirán durante el desarrollo del tratamiento. La JAAP puede denegarlo con expresión de fundamentos. Los internos en etapa de preadmisión deben ser alojados en un pabellón separado de los demás.

En la etapa media, el sujeto interactúa con un grupo definido en base a criterios similares bio-psico-sociales; luego le sigue una etapa de visitas para iniciar la integración y posteriormente, talleres de convivencia, encuentros familiares, etc. para lograr la integración plena. Por último, en una etapa a puertas afuera, se efectúa un seguimiento domiciliario y laboral tendiente a mantener pautas para una rehabilitación plena y definitiva.

En todas las fases se prevén no solo objetivos precisos sino también tiempos de duración y pautas para su realización de cada etapa. No obstante, debemos tener en cuenta que en la práctica resulta muy difícil que los tratamientos se desarrollen tal y como fueron previstos.

La principal causa u obstáculo para ello es la estructura edilicia de los complejos (recordemos que estos internos deben estar separados del resto), también la falta de recursos de todo tipo (profesionales, insumos, etc).

Las críticas sobre el formato del programa tienen que ver con la falta de eficacia de tratamiento basados únicamente en abstencionismo con sanciones y cuyas exigencias muchas veces son de imposible cumplimiento por quien se encuentra en vías de recuperación, lo que conlleva a un solo camino: la frustración y el consecuente abandono de la terapia.

Por otro lado, la realidad demuestra que no se ha podido implementar en todos los complejos y que aún en aquellos donde funcionan estos CDR los recursos y dispositivos socio-sanitarios no alcanzan para satisfacer la demanda de la población penitenciaria total.

Señalar y remarcar estos desaciertos nos deben servir para generar nuevas formas de incubación y tratamiento que tengan en miras la verdadera recuperación del paciente. Admitir las falencias propias de tratamientos de este tipo, dada la multiplicidad de causas que atraviesan esta realidad, nos servirá

para proponer metas acordes y cuyo cumplimiento pueda ser cumplido a corto, mediano y largo plazo.

Art. 21.- En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine.

Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley.

La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente ley, cuando éstos lo requiriesen.

Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

Este artículo regula una medida de seguridad educativa que se encuentra prevista para los casos de consumo ocasional o esporádico que no constituyen un uso asiduo, ni abusivo o dependiente de sustancias estupefacientes, sino ocasional o experimental. Se trata de la imposición de un programa dirigido a educar, o reeducar al sujeto sobre los alcances y distintos aspectos relacionados a los estupefacientes. La norma únicamente establece un plazo de duración mínimo de tres meses, pero no establece un lapso máximo.

En caso de que dicho tratamiento sea realizado con resultados favorables, se procederá a la supresión de la anotación de la causa en los registros respectivos, y al igual que en los artículos anteriores, su incumplimiento habilita al juez de la causa a imponer la pena respectiva.

Las resoluciones alternativas de conflictos penales en la Provincia de Buenos Aires.

La ley provincial n° 13433, vigente desde el mes de enero de 2006, instrumentó el régimen y procedimiento voluntario para la resolución alternativa de

conflictos penales en la Provincia de Buenos Aires. Su finalidad es pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimación, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando, a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal (cfme. art. 2° de la ley).

El procedimiento se encuentra dentro de la órbita de las Oficinas de resolución alternativa de conflictos departamentales, dependientes del Ministerio Público, cuenta con un equipo especializado en métodos alternativos de resolución de conflictos y requiere el consentimiento de la víctima.

La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos interviene en los casos en que los agentes fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales. Además, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento en el mismo régimen, las causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad o cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

No procederá el trámite en aquellas que las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270 (de incumplimiento de deberes de asistencia familiar; e impedimento de contacto de hijos no convivientes) o los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública. Tampoco en las causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo); Título 10 (Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional). Por último, no se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penales en otra investigación...”

En aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el agente fiscal procederá al archivo de las

actuaciones. En cambio, para los casos en que se pactare alguna obligación para las partes, la investigación penal preparatoria se archivará sujeta a condiciones en la sede de la oficina de resolución de conflictos, a fin que se constate el cumplimiento o incumplimiento de las mismas. Una vez verificado el cumplimiento, el fiscal archivará las actuaciones; si se comprobare el incumplimiento, la causa continuará con el trámite común.

Este instituto, que también se encuentra de un modo similar en la justicia penal y contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, podría ser una buena manera de resolver ciertos conflictos ocasionados por la conducta llevada a cabo por una persona con dependencia de la droga o del alcohol (cuando la conducta atribuida tuviera una relación directa con dicha dependencia).

Algunos delitos de los denominados leves, podrían solucionarse con un acuerdo, permitiendo que el imputado no sea sometido a un proceso penal, teniendo en cuenta los inconvenientes que de por sí ello trae aparejado. Incluso él mismo podría voluntariamente ofrecer –para llegar a un acuerdo- someterse a un tratamiento, por un tiempo determinado.

La misma ley, al efecto, prevé que la Oficina de resolución podrá disponer el control y seguimiento de lo pactado, pudiendo para ello solicitar colaboración a instituciones públicas y privadas, la que no revestirá el carácter de obligatoria. Asimismo, en aquellos casos en los que se haya acordado algún tipo de tratamiento, terapia, participación en algún programa de rehabilitación, etc., podrá derivarse mediante oficio a las entidades públicas o privadas que presten ese servicio (art. 21 de la ley).

El incumplimiento de lo pactado podría derivar en la continuación del proceso a través del trámite común. Para este caso, valen las mismas apreciaciones que para los casos del art. 26, 27 bis y 76 ter del Código Penal.

Los tratamientos de rehabilitación para quienes sufren pena privativa de la libertad.

Hasta aquí, hemos analizado los casos en que la persona que se encuentra sujeta al proceso penal no ha tenido que cumplir la condena de modo efectivo, es decir, no ha sido privada de la libertad en virtud del hecho cometido. En esos supuestos, el tratamiento es una alternativa de la pena.

En este apartado, centraremos nuestro estudio en los casos en que el imputado es dependiente de sustancias psicoactivas y además debe cumplir efectivamente la pena de prisión. A tal fin, debemos tener en cuenta la siguiente normativa: el art. 19 de la ley 23737; la ley de ejecución penal federal n° 24660; el reglamento general de procesados del sistema federal; la resolución 1691/95 del Servicio Penitenciario Federal; y respecto a la Provincia de Buenos Aires, la ley provincial n° 12256, de ejecución penal⁶⁷.

El art. 19 de la ley 23737, tal como fuera indicado, dispone que el Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los artículos 16, 17 y 18; refiriéndose no solamente a las personas privadas de su libertad que por orden judicial deben someterse a un tratamiento (medidas de

⁶⁷ Esta ley fue recientemente reformada por la ley n° 14296. Según su texto, la ejecución de la ley estará a cargo del Juez de Ejecución o Juez competente, Servicio Penitenciario Bonaerense y del Patronato de Liberado Bonaerense, dentro de sus respectivas competencias (art. 3). En ella, se reafirma el derecho de los procesados y condenados a la atención y tratamiento integral para la salud (art. 9, inc. 1) y se señala que en todos los regímenes funcionarán centros de asistencia y tratamiento de conductas adictivas que se regirán por las modalidades reguladas al efecto (art. 22).

A su vez, establece que en todos los establecimientos del SPB funcionará un grupo interdisciplinario de admisión y seguimiento, que deberán realizar una evaluación integral de los procesados y condenados para proponer la ubicación o reubicación en los diferentes. Cuando se tratare de condenados, los grupos de admisión y seguimiento realizarán un plan individualizado de avance de progresividad que ofrecerá todas las alternativas de tratamiento y asistencia (arts. 27 y 28).

Por otro lado, al regular las funciones del Patronato de liberados, la ley expresa que procurará la asistencia y tratamiento medico y/o psicológico y la provisión de medicamentos a los tutelados, mediante la derivación a entidades estatales o paraestatales, privadas o mixtas, con personería jurídica o legal. A tal fin, el patronato podrá requerir ante las autoridades competentes la evaluación, tratamiento o internación de sus tutelados cuando los mismos presentaren cambios psicológicos o de comportamientos relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas, o trastornos mentales que pusieran en riesgo su vida o la de terceros (arts. 173 y 174).

seguridad curativas) sino también aquellas que requieran asistencia para su padecimiento⁶⁸.

Por su parte, la ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad señala que los establecimientos deberán contar con secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogodependientes (art. 185, inc. j, ley 24660).

A su vez, el reglamento general de procesados del sistema federal (decreto 303/96), en su artículo 129 puntualiza que los internos con antecedentes en abuso o dependencia de estupefacientes deben ser alojados en establecimientos diferenciados o en secciones especiales de las cárceles, donde se les brindará un tratamiento interdisciplinario específico.

Finalmente, la ley 12256 de ejecución que rige en la Provincia de Buenos Aires, complementaria a la ley nacional, exige un espacio separado para la asistencia de personas privadas de su libertad con uso problemático de drogas.

La normativa señalada, parte de un hecho ineludible: el Estado debe garantizarle a las personas privadas de su libertad el derecho a la vida, a la integridad física, a la dignidad, y al acceso a la salud, entre otros; y ello puesto que el hecho de que las personas se encuentren privadas de su libertad no implica la supresión de los derechos y garantías que hacen a la dignidad de las personas garantizada por nuestra Constitución Nacional y por el derecho internacional.

Sin embargo, este reconocimiento se ha tornado prácticamente ilusorio, teniendo en cuenta el estado de nuestras cárceles, el trato que se les otorga a los detenidos, y las (ínfimas) posibilidades con las que cuentan los internos para realizar un tratamiento de rehabilitación. Lamentablemente, es justamente en el terreno de la ejecución penal donde se potencia superlativamente el divorcio entre norma y realidad. Por ello, una cosa es el reconocimiento formal

⁶⁸ MARTÍN E. VÁZQUEZ ACUÑA, “El acceso a la salud de los usuarios de drogas detenidos en las cárceles argentinas”, publicado en el libro dirigido por Mónica R. Cuñarro, “La política criminal de la droga”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, junio 2010, p. 123.

de los derechos y otra diversa la verificación efectiva de los mismos en el interior de la cárcel⁶⁹.

i. Población y capacidad.

El sistema carcelario argentino está formado por el Servicio Penitenciario Federal, y los correspondientes a las provincias.

El Servicio Penitenciario Federal (en adelante, SPF) está compuesto por 28 cárceles y 10 alcaldías, con un total para 10093 personas, aunque aloja 9249 detenidos⁷⁰, razón por la cual no presentaría sobrepoblación. En el año 2007, representaba el 17, 20% del total de la población carcelaria de todo el país.

En cambio, según los datos aportados en 2007 por la Dirección de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (específicamente por el SNEEP), el Sistema Penitenciario Bonaerense (SPB), en aquél periodo, concentraba el mayor porcentaje de población penitenciaria de la Argentina (44,48%)⁷¹. Respecto a su capacidad de alojamiento, los informes a los que hemos tenido acceso son llamativamente dispares.

⁶⁹ Daniel ERBETTA*, *Ejecución penal y derechos de las personas privadas de libertad*, que forma parte del libro titulado *Disertaciones y ponencias en el IX encuentro de profesores de derecho penal. Los derechos fundamentales y la ley penal*, editado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Corrientes, Argentina, agosto de 2009, p.186.

En ese mismo informe, el autor señala que teniendo en cuenta la realidad de nuestra región, un derecho penal mínimo en el orden ejecutivo demanda la mínima intervención sobre los derechos de los presos y el reconocimiento de su status libertatis. Ello debe interpretarse como una exigencia de trato digno que significa, en primer lugar, garantizar la supervivencia y seguridad del preso, tanto como su integridad física y psíquica y, en segundo lugar, el ofrecimiento voluntario de un tratamiento de la vulnerabilidad.

*Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe

⁷⁰ Síntesis semanal de la población penal general alojada al 03/07/2009. Dirección de Judicial, Servicio Penitenciario Federal.

⁷¹ El Servicio Penitenciario Bonaerense cuenta con un total de 55 establecimientos penitenciarios en toda la provincia, distribuidos de la siguiente manera: 50 unidades penitenciarias; 4 alcaldías; y 1 neuropsiquiátrico.

De acuerdo a las modalidades, se encuentran organizados en regímenes cerrados, semiabiertos y abiertos; de máxima, alta y mediana seguridad. Algunos de ellos poseen regímenes y modalidades diferentes en forma conjunta, es decir que puede haber un mismo establecimiento con régimen cerrado y abierto, que a la vez tenga modalidad de alta y atenuada seguridad.

Además de las actividades que cada centro penitenciario desarrolla (talleres educativos, programa de educación obligatorio, cursos, oficios, etc) algunos de ellos se destacan por tener alguna actividad o capacitación específica. Tal es el caso de la unidad penitenciaria N° 18 sita en la localidad de Gorina, que posee un régimen cerrado con modalidad atenuada, destinada específicamente al tratamiento de conductas y uso indebido de drogas

Por un lado, los datos oficiales señalan que no existe sobrepoblación en los establecimientos bonaerenses.

En cambio, según un informe presentado por el Centro de Estudio Legales y Sociales⁷², la capacidad declarada del sistema contrasta con la población alojada. En dicho informe se manifiesta que el sistema alberga a 24905 personas en sus unidades, y a 4552 detenidos en las comisarías, lo que suma un total de de 29457 personas privadas de su libertad⁷³. Sin embargo, sólo tiene 17930⁷⁴ plazas carcelarias, razón por la cual la Provincia de Buenos Aires mantiene un déficit de 11527 plazas⁷⁵.

En este contexto, la decisión de desfederalizar algunos delitos de la ley 23737⁷⁶, incidió negativamente en el aumento de la población en las cárceles bonaerenses. Según datos oficiales, el ingreso de personas por este tipo de delitos pasó de 46 detenidos en 2005 a 960 en 2008. En septiembre de 2009, el 7,5 de la población detenida por en el Sistema Penitenciario Bonaerense lo estaba por infracciones a la ley de tenencia y tráfico de estupefacientes, n° 23737.

En base a lo expuesto, y teniendo en cuenta las condiciones de las unidades, Florentín Meléndez, Relator especial para los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que ha constado altos niveles de hacinamiento y estados de salubridad inaceptables bajo todo punto de vista humano. Que ha detectado,

⁷² CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2010, Siglo XXI, Editores, Buenos Aires.

⁷³ Según el parte diario del Servicio Penitenciario Bonaerense, al 22 de noviembre de 2009; y el informe del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, parte diario del 22 de noviembre de 2009. Informe CELS, 2010, op., cit.

⁷⁴ Según la información brindada a la Suprema Corte de la Provincia, en mayo de 2008, sumado a las plazas que se añadieron tras la inauguración de la Unidad 53.

⁷⁵ CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2010, Siglo XXI, Editores, Buenos Aires, pgs. 197 a 199.

⁷⁶ La ley 26.052 sancionada por el Congreso de la Nación el día 27 de julio del año 2005, ha introducido importantes modificaciones al régimen previsto por la ley 23.737.

En lo que aquí nos interesa, esta ley, en su art. 2, sustituyó el art. 34 de la ley 23.737, otorgando la competencia de la Justicia ordinaria o provincial para los supuestos contemplados en los incisos “c” y “e” del art. 5to. de la ley 23.737, siempre y cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor; como también los previstos en el art. 5to. último y penúltimo párrafo; el art. 14 y el art.29 de la mencionada ley 23.737, y los arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal.

La Provincia de Buenos Aires, adhirió a esta propuesta a través de la ley provincial n° 7893.

también, situaciones de alta precariedad de servicios básicos, o ausencia de servicios básicos en centros de detención; y la ausencia o fragilidad de programas de rehabilitación o de reinserción social⁷⁷.

Otro dato que debemos tener en cuenta es que aproximadamente el 77% de las personas detenidas en la Provincia de Buenos Aires se encuentra en prisión preventiva. Este porcentaje incluye a los presos preventivos informados por el SPB, más los detenidos en las comisarias, que aunque no se incluyen en el índice oficial, se presume que no tienen condena. Por su parte, del universo de presos preventivos en el SPB, el 88% no llegó siquiera a juicio. Es decir, por lo menos 15301 personas no fueron declaradas culpables ni siquiera en primera instancia⁷⁸. También sobre esta situación, se refirió Florentín Meléndez al señalar los altos porcentajes de detenidos sin sentencia firme en la Provincia de Buenos Aires, y aseguró que se trataba de los niveles más elevados de América Latina⁷⁹.

ii. La pena de prisión y la resocialización.

La privación de libertad tiene efectos indeseables, como la desocialización y las consecuencias deteriorantes de la personalidad del individuo, producto de la prisionización. A fin de evitar esos efectos, y en consonancia con los postulados de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 10,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos), el art. 1° de la ley de ejecución penal nacional establece que la pena privativa de la libertad tendrá por finalidad

⁷⁷ Florentín Meléndez, audiencia ante la CIDH, 23 de marzo de 2009, 134° periodo de sesiones, audiencia de situación general de las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires.

⁷⁸ CELS, Derechos Humanos en Argentina. Informe 2010, Siglo XXI Editores, Buenos Aires. Según los datos aportados por la Subsecretaría de política criminal, del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Al 5 de agosto de 2009 había en el SPB 17302 internos procesados con prisión preventiva, de los cuales 15301 no habían recibido aún sentencia de primera instancia.

⁷⁹ En un estudio realizado en Chile sobre la situación penitenciaria de la región, se advirtió que Chile, Colombia, Ecuador y México están entre los diez países que mantienen un nivel de prisión preventiva menor al 40%. Brasil, Panamá, Guatemala, Honduras y Venezuela tienen entre el 40 y el 60 % de presos preventivos. Uruguay, Perú y Paraguay mantienen entre el 60 y el 70 %.

DAMMERT, Lucía y ZUÑIGA, Liza, La cárcel: problemas y desafíos para las Américas, Santiago de Chile, FLASCO, 2008, p. 73 (trabajo citado en CELS, Informe 2010)

“lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social”.

A tal fin, el régimen de ejecución de la pena debe adquirir un carácter progresivo (art. 6, ley 24660), que implica que quién voluntariamente lo desee, puede adherirse a un tratamiento de reinserción dividido en diversas fases y etapas, conforme a la evolución de la persona.

El régimen constará, entonces, de cuatro periodos diferentes. Un periodo de observación, donde un organismo técnico- criminológico tendrá a su cargo realizar un estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y pronóstico criminológico (art. 13 de la ley 24.660). Un periodo de tratamiento fraccionado en fases (art. 14, ley 24660) y basado en la capacitación laboral, y el perfeccionamiento de la educación de los sujetos. Un periodo de prueba, que comprenderá la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; la incorporación al régimen de la semilibertad (art. 15, ley 25660). Y por último, un periodo de libertad condicional, cuando existieran informes positivos y fundados del organismo técnico y criminológico y del consejo correccional del establecimiento, y se reunieran los requisitos que exige el Código Penal (art. 28, ley 24660).

Por eso, teniendo en cuenta el fin esgrimido de la ejecución de la pena privativa de libertad, es claro que el Estado debe adecuar todos los medios necesarios para que quienes sufrieran de dependencia de sustancias psicoactivas, puedan acceder, si así lo desearan, a un tratamiento de rehabilitación.

La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), en julio de 2008, realizó en nuestro país un documento que contiene la “evaluación y recomendaciones para el perfeccionamiento de los programas de atención al uso de drogas y del VIH, que se implementa en el servicio penitenciario federal”. Es decir, su estudio se basó únicamente en los programas ofrecidos dentro del SPF.

Entre muchas otras cuestiones y análisis, el documento remarcó que el acceso a actividades en las cárceles es muy limitado. En 2007, aproximadamente una tercera parte de los internos con prisión preventiva y dos tercios de los internos condenados tuvieron acceso al trabajo.

Como la atención de la salud y provisión de servicios de esa índole en las cárceles son responsabilidad del SPF, el acceso varía significativamente de acuerdo a la cárcel. Las prestaciones presentan serias dificultades debido al gran tamaño de algunas prisiones, a la alta demanda de servicios de salud por parte de la población penitenciaria; a los altos costos de esos servicios que ha contribuido a que actualmente el sistema de salud del SPF sea precario, no sistematizado, y que presente carencias de equipamiento, personal y medicamentos e insumos; a las dificultades para el reclutamiento de profesionales de salud, particularmente médicos, dispuestos a trabajar en el SPF debido a los bajos salarios relativos (respecto a otros entes gubernamentales o privados).

En realidad, el SPF no ha desarrollado y carece de una verdadera política de salud en sus prisiones. En la práctica se evidenció falta de pautas y normas para la atención de la salud dentro de las cárceles o para los servicios de salud y si bien la ley asegura a las personas detenidas el derecho al acceso libre a la atención en salud (revisión médica al ingreso; la derivación al hospital especializado del sistema penitenciario o de la comunidad; el acceso a médico privado; costo cubierto por el detenido) no hay confidencialidad de la información médica, lo que reduce el requerimiento de atención en salud, especialmente para los dependientes de drogas que representan la mayoría de las personas privadas de la libertad.

El informe también señala que los investigadores no tuvieron acceso a informes oficiales sobre prevalencia y patrón de uso de drogas y estupefacientes dentro de las cárceles pero, según la información suministrada por las personas entrevistadas, las drogas más consumidas son la cocaína, marihuana y psicofármacos. El consumo de heroína y otros opiáceos es reportado como limitado o nulo, al igual que la administración de drogas por vía endovenosa.

Las estadísticas reflejadas en los reportes de drogas dentro de los recintos son producto de datos y decomisos registrados durante requisas esporádicas.

La atención a reclusos con problemas de drogodependencia se realiza en los Centros de Rehabilitación a Drogodependientes (CRD) que se ubican en las Unidades del Servicio Penitenciario Federal de acuerdo a las previsiones de la ley de estupefacientes (ley 23.737). Como dijimos antes, ésta ordena que los reclusos que padecen esta patología sean alojados en forma separada del resto de los demás internos para poder ejecutar la medida de seguridad curativa fijada por el tribunal para los internos drogodependientes.

Actualmente, el S.P.F está diseñando el Programa de Tratamiento Ambulatorio, dirigido a internos que por sus características personales, historia de uso/abuso de drogas y/u otras razones no cumpla con los criterios para el tratamiento en los C.R.D. El tratamiento tiene una base cognitivo-conductual, con intervenciones individuales y grupales además de taller de laborterapia. La misión fue informada que este Programa está siendo implementado en el Anexo de la Unidad 20.

Uno de los aspectos más preocupantes identificados en el Informe al que estamos haciendo referencia es la carencia de mecanismos programáticos que permitan a los reclusos acudir a centros de tratamiento a drogodependencias luego de su liberación. Es importante recordar que la drogodependencia es una condición crónica y que una de las características que la definen es la aparición de recaídas recurrentes lo que no debe interpretarse como falla de las estrategias terapéuticas sino como parte de la naturaleza propia de la enfermedad.

El informe de Naciones Unidas realizó una serie de recomendaciones. En primer lugar, señaló que un medio para garantizar el acceso de los reclusos a sistemas de cuidados de salud con niveles adecuados es asegurando un vínculo más estrecho entre los servicios de salud de las cárceles y los de salud pública. El programa de salud en el Sistema Penitenciario Federal se encuentra bajo la responsabilidad de este último, con poca o ninguna coordinación con el Ministerio de Salud. La transferencia de la responsabilidad de la atención de la

salud del SPF al Ministerio de Salud permitirá un enfoque de salud pública, en particular de la salud de la población penitenciaria, que facilitará la continuidad de la atención, y garantizará el acceso a los mismos programas de salud tanto en la cárcel como en la comunidad.

También recomendó establecer sistemas efectivos para estimar la prevalencia real de drogodependencias dentro de las prisiones garantizando la confidencialidad y privacidad de los internos y, sin que existan riesgos para quien revele su condición pero que permitan la planificación e implementación de medidas de prevención (información, educación, capacitación) y tratamiento a drogodependencias de calidad y oportunos, que respondan a las necesidades de los drogodependientes en las cárceles, así como la continuidad de tratamiento posterior a la liberación.

Además, señaló que la oferta de servicio de tratamiento a drogodependencias, de calidad, basado en evidencia científica y oportuna requiere la existencia de personal capacitado, con un entrenamiento específico y debe incluir a todo el personal que labora en las prisiones en el área de salud. Que los servicios de tratamiento a drogodependencias en las prisiones deben ser sometidos a monitoreo continuo y evaluaciones periódicas; y que la continuidad de tratamiento a drogodependencias para los prisioneros que entran y salen de la prisión requieren de la colaboración entre las prisiones y agencias externas.

Finalmente, añadió que es importante lograr la movilización de apoyos y actores externos a la prisión, y que puede explorarse la creación de grupos de trabajo que incorporen representantes de otros organismos gubernamentales, tales como Ministerio de Trabajo, Educación, Finanzas y Desarrollo Social, entre otros, para el diseño de políticas públicas inclusivas orientadas a garantizar acceso a las personas que permanecieron dentro del sistema penitenciario, cumplieron su condena y posteriormente requieren ser integradas a la sociedad y así brindarles verdaderos espacios de participación educativa, laboral y social.

En este plano, propuestas.

Entonces, teniendo en cuenta el derecho a la salud que le asiste a las personas, reconocido expresamente por la ley, y las observaciones y recomendaciones efectuadas por la UNODC, debemos señalar -centrando nuestra atención en el sistema penitenciario bonaerense-, que:

Es menester realizar un estudio del funcionamiento del sistema de salud en las cárceles del Sistema Penitenciario Bonaerense; y en especial, analizar la respuesta que se le ofrece a quienes padecen de dependencia de sustancia psicoactivas.

En base a las conclusiones de dicho estudio, debe formularse un programa para la implementación de tratamientos para drogodependientes.

A su vez, estos tratamientos, deben ser voluntarios, y ofrecidos a todas las personas que pudieran estar implicadas en el consumo problemático de drogas (y no solo aquellas a las que un juez le ha impuesto la realización de un tratamiento, en los términos de la ley de tráfico y tenencia de estupefacientes). Sus requisitos de inclusión deben ser amplios, a fin de permitirle, a la mayor cantidad de voluntarios posible, acceder a dicho programa.

El tratamiento debe ser adecuado conforme a las necesidades de cada persona. Debe existir, para ello, una vinculación estrecha entre el Ministerio de Seguridad y el Ministerio de Salud, para la instauración, implementación, coordinación y realización de los programas de tratamiento.

Los centros destinados a los tratamientos deben encontrarse separados de las prisiones comunes y deben contar con personal especializado para llevar a cabo dichos programas. A su vez, deben poder implementarse medidas que le otorguen al sujeto –en tanto ello fuera posible- mayor autonomía, y contacto con sus seres queridos y familiares. También, le otorguen la posibilidad de realizar actividades laborales, educativas o de recreación, que colaboren con su reinserción social.

Asimismo, debe adecuarse el sistema de salud de modo tal que le permita a la persona que se encuentre gozando del régimen de libertad condicional,

comenzar o continuar –si así lo deseara- con un tratamiento de rehabilitación. Dicho servicio, también debe ser brindado a quienes hubieran cumplido su condena. En este sentido, el Estado debe informar a la persona que tiene a su disposición diversos centros de salud para iniciar o continuar un tratamiento de drogodependencia. Para ello, es importante que exista una política sanitaria, que acoja a toda persona que voluntariamente desee iniciar un tratamiento para luchar contra su dependencia; y además, que exista una política que le brinde a la persona la posibilidad de integrarse a la comunidad, tanto en ámbitos laborales, educativos y recreativos.

Este punto resulta esencial, teniendo en cuenta el altísimo porcentaje de detenidos que se encuentran en los establecimientos porque un juez ordenó su prisión preventiva. Esta circunstancia atenta contra la posibilidad de pensar adecuadamente en un tratamiento, pues se desconoce el tiempo que el sujeto permanecerá allí. Tal circunstancia, sin embargo, no obsta para que este grupo de personas pueda acceder al tratamiento, si así lo deseara. Para estos supuestos, debe diseñarse un programa que pueda ser continuado fuera del sistema penitenciario.

Estos programas, de ser implementados, le darían una respuesta sanitaria al mismo problema al que se orientan a resolver los tribunales de tratamientos de drogas.

Por un lado, le reconocerán efectivamente a cada persona, el derecho a la salud, a la vida, y a su integridad física. A su vez, el resultado de estas medidas colaborará, desde un plano político criminal, a disminuir la reincidencia y el delito. Ello, pues, si la persona lograre en el tiempo que cumple su condena, someterse a un tratamiento integral, logrará una mayor reinserción, circunstancia que influirá positivamente en la vida que afrontará tras su estadía en prisión.

3. Otras posibles respuestas a la problemática dentro del derecho argentino. Deberes de asistencia. Internación.

i. La nueva Ley de Salud Mental - Análisis del art. 482 del Código Civil

A fines de 2010 se sancionó la ley de Salud Mental (26.657) que, entre otras cuestiones, incorporó el art. 152 *ter* y reformó el art. 482 del Código Civil de la Nación. La ley contiene una marcada tendencia a la desinstitucionalización progresiva de las personas con patologías de salud mental o adicciones o, al menos, a una institucionalización cada vez más restringida⁸⁰.

La capacidad civil es la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones –capacidad de derecho– y para ejercerlos efectivamente –capacidad de hecho–. La primera, es reconocida por el ordenamiento jurídico a todas las personas y constituye el presupuesto para el ejercicio de cualquier derecho; mientras que la segunda se refiere a la capacidad que un sujeto tiene de obrar y de ejercer sus derechos.

La capacidad de hecho puede verse disminuida, o incluso anulada, por diferentes causas que obstan al discernimiento (entre ellas, las adicciones). La nueva ley a la que nos referimos reconoce como regla la capacidad jurídica de las personas con padecimientos mentales, incluso si estas son severas. Así, la capacidad es un hecho que se presume y para declarar incapaz a un sujeto es necesario realizar un juicio (proceso de interdicción civil).

En los casos en que la disminución de la capacidad no sea total, puede decretarse una inhabilitación judicial, que limita el obrar del sujeto en menor medida. Aquí se nombra un curador, quien en lugar de sustituir la voluntad del inhabilitado, debe asistir al interdicto respecto de aquellos actos de disposición

⁸⁰ Tobías, José; Mayo, Jorge “La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, publicado en DFyP 2011 (153), pág. 1, La Ley, Buenos Aires, 2011. El art. 27 de la ley en estudio prohíbe la creación de nuevos centros manicomiales, y respecto de los ya existentes impone que se deben adecuar a los principios y objetivos trazados.

concretos fijados expresamente en la sentencia, conservando el inhabilitado la capacidad plena para el resto de los actos.

Por otra parte, para la ley en cuestión, la institucionalización involuntaria de una persona debe concebirse como un recurso terapéutico excepcional –limitado temporalmente– cuando no sean posibles otros tratamientos y, además, exista una situación de riesgo cierto, inminente y de entidad para el propio sujeto o para terceros.

Este modelo de capacidad e incapacidad (sustitutiva y asistida) importa una adecuación legal a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (cuya jerarquía es superior a la leyes), mediante un alejamiento del sistema tutelar adoptado por nuestro Código Civil.

Internación provisional. Art. 482 del Código Civil.

El artículo 482 del Código Civil fija como principio general la libertad ambulatoria, admitiendo que proceda la internación como medida de excepción a condición de que el sujeto pudiese resultar peligroso para sí o para terceros. Textualmente dice: *“No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.*

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades

mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad”.

Antes de esta modificación legal, el art. 482 establecía que podía privarse de libertad a un demente “cuando sea de temer que usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros...”. La modificación actual establece como requisito de procedencia de la medida que se trate de un caso de riesgo **‘cierto e inminente’** (sea para sí o para terceros) y a condición de que la persona sea debidamente evaluada por un equipo interdisciplinario con posterior aprobación y control judicial. En este punto, lo ‘cierto’ alude a la indubitable existencia de una circunstancia riesgosa; mientras que lo inminente refiere a un factor temporal dado por la urgencia con que se le debe dar respuesta. Se evidencia, entonces, una mayor rigidez para legislar el instituto de la internación provisional, coherente con los principios de la Ley de Salud Mental.

Respecto a los sujetos destinatarios de la medida, se ha ampliado la legitimación en términos cuantitativos, es decir el universo de potenciales destinatarios, pues ya no sólo está referida a dementes, como en la anterior redacción, sino que se ha extendido a todos los incapaces (interdictos e inhabilitados).

Por otra parte la norma actual exige más requisitos que la anterior para la procedencia de una internación. Ello encuentra su razón de ser en que las medidas de internación compulsiva importan “*una clara injerencia estatal en la libertad y autonomía de aquéllas...*”⁸¹ por lo que, a continuación, veremos los distintos supuestos de legitimación y procedencia de internación que establece la norma.

En un primer momento se exige un examen adecuado a cargo de un equipo interdisciplinario dependiente del servicio asistencial y la posterior aprobación y

⁸¹ Documentos Oficiales, “La Política Criminal de la Droga”, elaborado por el Comité Científico Asesor en Materia de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja, pág 338.

control judicial⁸². En cuanto al servicio asistencial, la evaluación médica prevista en la ley puede realizarse en cualquier centro de tratamiento apto, sea del servicio público de salud o bien de prestadores privados (incluidas las obras sociales y prepagas)⁸³, pues la tutela del derecho a la salud implica no sólo la obligación del Estado de garantizar su efectiva prestación y cobertura, sino el derecho de la persona beneficiaria a elegir la institución, modalidad y tipo de tratamiento⁸⁴.

Una vez agotada la intervención del cuerpo interdisciplinario, el control respecto a la factibilidad de la medida estará a cargo del magistrado, pues solo por orden judicial se puede limitar la libertad ambulatoria⁸⁵ respecto de personas merezcan especial tutela y resguardo de sus derechos⁸⁶.

El segundo párrafo del art. 482 se refiere a la intervención a cargo de “autoridades públicas”. Por tales entendemos las fuerzas de seguridad y a otros funcionarios que en el ejercicio de sus funciones, tengan contacto con personas que puedan estar en peligro cierto e inminente, para sí o para terceros. En ese caso, incluso un particular debe auxiliar a quien se encuentra frente a un peligro cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal; o bien debe llamar a las autoridades de manera inmediata (conforme es exigido, además,

⁸² Si bien la ley no define qué es un equipo interdisciplinario, el concepto incluye las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.

⁸³ La Ley 24.455 (B.O. 08/03/95) estableció que todas las Obras Sociales del sistema nacional deben prestar obligatoriamente la cobertura para tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de los beneficiarios con dependencia física o psíquica de estupefacientes. La ley 24.754 (B.O. 2/01/97) ha extendido dicha obligación a las empresas de medicina prepaga.

⁸⁴ Conf. art. 7 inc. j) Ley 26.657.

⁸⁵ TOBÍAS, José; MAYO, Jorge “La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, publicado en DFyP 2011 (153), pág. 4, La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁸⁶ En este sentido se ha expedido nuestro Máximo Tribunal *in re* “R.M.J. s/ Insania” resuelto el 19/02/08, al sostener: “Ello genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan a un “hospitalismo” evitable. En esta realidad el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional”.

por el art. 108 del Código Penal de la Nación, que impone un deber de solidaridad mínima a toda persona).

Es frecuente que la internación contra la voluntad del paciente se lleve a cabo sólo con diagnóstico médico y consentimiento familiar. En razón de ello, nuestro Máximo Tribunal ha determinado en diversos fallos que toda internación involuntaria, en los supuestos en que un juez puede disponer un encierro forzoso, debe sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una enfermedad susceptible de internación, en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de que se concreten daños graves, inmediatos o inminentes, para esa persona, o para terceros, o bien que la terapia requiera ineludiblemente un aislamiento⁸⁷.

iii. La inhabilitación civil en supuestos de adicción (alcoholismo crónico y toxicomanía). Análisis de la reciente incorporación del art. 152 ter al Código Civil.

La Ley de Salud Mental también ha introducido una reforma del instituto de la inhabilitación regulada en el art. 152 bis del Código Civil.

El actual texto del art. 152 bis y ter, ha quedado redactado de la siguiente manera:

Art. 152 bis. "Podrá inhabilitarse judicialmente:

1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá

⁸⁷ Documento de la Comisión Interdisciplinaria de Expertos en Adicciones titulado "Guía de Orientación a la Magistratura para la Adecuada Atención de Personas Consumidoras de Sustancias Psicoactivas", pág. 59, 1ª Ed., Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2010, Buenos Aires.

en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”

Hemos dicho que la internación solo es aplicable como *última ratio*, en aquellos casos en los que exista peligro para sí o para terceros, previo cumplimiento de lo normado en el art. 482 CC.

Ahora bien, ¿qué opciones tendría el juez civil para brindar respuesta a demandas provenientes de casos en los que, luego del estudio se verifica la existencia de un consumo problemático de drogas –imposibilidad de llevar adelante un plan de vida– pero sin que exista peligro para sí o para terceros?

Por un lado, frente a casos de posibilidad de que por *uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio*, se puede acudir a las soluciones previstas en el los arts. 152 bis y 152 ter.

Sin embargo, respecto de la posibilidad de que un magistrado ordene la realización compulsiva de un tratamiento ambulatorio, entendemos que ello no

es posible, pues la cura de una enfermedad no puede realizarse de manera coactiva, conforme las consideraciones que hemos realizado a lo largo del presente informe.

En la actualidad, la mayor cantidad de consumidores –problemáticos o no– son institucionalizados judicialmente a través del sistema penal, particularmente a través de la ley de estupefacientes. Estos tratamientos recibieron las siguientes críticas: a) El consumidor (dependiente o no) no es un delincuente, y por lo tanto debe ser excluido de todo conflicto que se libere en sede penal con motivo del uso particular de sustancias; b) El consumidor problemático, cuyo uso entraña una patología adictiva debe ser tratado por vía del sistema de salud (público o privado), a través de políticas sanitarias implementadas por el Estado; c) el consumidor esporádico o experimental debe ser informado, prevenido, y debe contar con la posibilidad de optar por un tratamiento voluntario; d) Las medidas compulsivo debe aplicarse únicamente en casos de riesgos inminentes y ciertos (art. 482CC); e) el Estado debe garantizar a toda persona el acceso al sistema de salud, pero aquello que constituye obligación para los Estados es un derecho para el ciudadano, pues, hace a la dignidad de toda persona, tomar las decisiones sobre su propia persona.

En esto la Corte Suprema en el fallo “Arriola s/ Infracción a la Ley 23737” además de declarar la inconstitucionalidad del art. 14 párrafo de dicha ley, exhortó a los poderes públicos a tomar medidas sanitarias y educativas para reducir el consumo de drogas y tratar predominantemente a los grupos sociales con mayor vulnerabilidad.

Se trata, entonces, de brindar respuestas desde políticas públicas basadas en la atención sanitaria pero a la vez complementadas con dispositivos de inclusión social desde una dimensión educativa, cultural y laboral, que tiendan a superar las posibles causas del problema.

En esos casos, el magistrado civil podría ordenar por un tiempo limitado un tratamiento de desintoxicación compulsivo, pero siempre limitando la libertad

de la persona en la menor escala posible, para evitar o disminuir un riesgo cierto e inminente para sí o para terceros; sin que sea suficiente la intranquilidad pública para motivar esta medida.

En definitiva: es competencia del juez civil, la declaración de incapacidad – comprensiva de la interdicción o inhabilitación–; la autorización y denegatoria de una medida de internación involuntaria en los casos previstos; la disposición de las medidas contempladas en los demás supuestos previstos en la ley de salud mental (artículos 152 bis, 152 ter y 482 C.C.; 21 de la ley 26657); y las disposiciones del Título II del CPCCN (art. 624 ssgtes. y ccdtes.).

ii. Internación y Asistencia: Un cambio de paradigma en el tratamiento de personas pasibles de internación.-

Dijimos que la ley 26.657 cambió el modo de abordar el tratamiento de personas con problemas de salud mental desde el inicio y hasta su cese. Así, por ejemplo, se incorporó la evaluación del riesgo a cargo de un equipo interdisciplinario, desde un enfoque integral de la persona y a través de un tratamiento que, en la medida de lo posible, no aleje al paciente de la comunidad, ni de sus lazos afectivos.

Sabido es que la institucionalización de las personas, en muchos casos no logra revertir ni neutralizar las adicciones⁸⁸. En este sentido, la ley de Salud Mental, pone el acento en la dignidad humana. Esto implica reconocer al enfermo como sujeto de derechos y abandonar una estructura tutelar que prescindiera de su consentimiento.

⁸⁸ “La adicción se instala sobre las carencias que producen la restricción de la comunicación y la cobertura de necesidades. En este sentido, el adicto expresa, en su situación personal, una demanda permanente ante ese déficit de necesidades primarias (...)El daño producido por la institucionalización total potencia esas demandas no recepcionadas, la mayoría de las veces no concientes y por lo tanto, aumenta la angustia por insatisfacción(...)”-Conf. Documento de la Comisión Interdisciplinaria de Expertos en Adicciones titulado “Guía de Orientación a la Magistratura para la Adecuada Atención de Personas Consumidoras de Sustancias Psicoactivas”, pág. 36, 1ª Ed., Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2010, Buenos Aires.

Este esquema de desarrollo que promueve la nueva ley constituye un avance hacia el “modelo social” que prevé la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Aquél procura que la persona obre siguiendo sus propias convicciones y ello importa respetar la autonomía de la voluntad y la dignidad del paciente,

¿Por qué ahondamos en el estudio de la ley de salud mental para referirnos al uso problemático de sustancias?

Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Los consumidores problemáticos de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud” (art 4).

Ello implica que la adicción proveniente del uso o consumo problemático de sustancias es una patología tutelada desde la ley de salud mental. En consecuencia, el ámbito de protección de la norma y los diferentes recursos de tratamiento con que cuenta una persona, son definidos por la Ley 26. 657. Esa norma consagra el derecho a *“...recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica mas conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria...”*⁸⁹.

Este criterio es reiterado en el art. 9º *“el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito hospitalario ...”*, en consonancia con el art.14 según el cuál *“la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social...”* , y ampliada por el art. 20 *“La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional, en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios...”*.

⁸⁹ Art. 7 inc. d) Ley 26.657.

El sentido de la norma es bastante claro: los tratamientos deben ser voluntarios y, en lo posible, extrahospitalarios; procurar la ayuda familiar y del entorno social través de abordajes multidisciplinarios.⁹⁰

Asimismo, existe un principio de interpretación que debe guiar la actuaciones de los operadores sanitarios y judiciales: frente a dos alternativas de tratamiento posibles se debe optar por aquella que menos restrinja la libertad y derechos de la persona, dejando a un lado la internación, que por ser de carácter excepcional es una intervención de última instancia que, solo procede frente a la ausencia de otra alternativa eficaz con la cual se pueda dar respuesta al tratamiento (cfrme. art. 7º inc. d.).⁹¹

De lo hasta aquí expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) La nueva ley de salud mental propone un abordaje interdisciplinario, donde prevalezcan tratamientos de tipo ambulatorio; b) se busca priorizar el mantenimiento de vínculos y lazos de tipo social, familiar y comunitario; c) reconoce al adicto como sujeto de derecho de la ley a fin de garantizar su acceso a la salud; d) limita las internaciones como medidas de última instancia de carácter excepcional; e) establece como criterio de interpretación que frente a dos opciones se debe optar por aquella que menos restrinja las libertades y derechos del sujeto.

La función judicial – Tratamientos que requieren internación, e intervenciones ambulatorias

El consumidor problemático de sustancias se encuentra amparado por la ley de salud mental. Desde un punto de vista patrimonial, el juez puede restringir la disposición de sus bienes en los casos previstos en el art. 152 bis para evitar

⁹⁰ Conforme el Documento de la Comisión Interdisciplinaria de Expertos en Adicciones titulado “Guía de Orientación a la Magistratura para la Adecuada Atención de Personas Consumidoras de Sustancias Psicoactivas”, pág. 21, 1ª Ed., Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2010, Buenos Aires.

⁹¹ Art. 20 inc. b).

que con sus actos perjudique su patrimonio o que terceros abusen de su condición.

En lo que refiere a la libertad ambulatoria, son los jueces los únicos autorizados a establecer medidas restrictivas con las siguientes condiciones: a) dictamen previo realizado por un equipo profesional interdisciplinario sobre la procedencia de la medida de excepción; b) que la medida sea indispensable para mitigar un peligro cierto e inminente para la salud propia o de terceros.

En los demás casos de dependencia de sustancias, los operadores del sistema de sanitario y de salud deberán encontrar otras maneras de trabajar junto los consumidores problemáticos y sus familiares para permitirles acceder a tratamientos que muchas veces parecen lejanos para los sectores más relegados de la sociedad.

De ello concluimos que, sólo en los casos previstos en el art. 482, podrá el juez ordenar un tratamiento de manera compulsiva. En el resto de los casos, el enfermo tiene derecho a realizar o no el tratamiento. Claro está, que los profesionales podrán –y deberán– sugerir los tratamientos que consideren convenientes. Por otra parte, otros organismos estatales, pueden proponer otras medidas destinadas a que los consumidores problemáticos acepten realizar tratamientos ambulatorios. Claro es que la intervención de los magistrados no se agota en la autorización o denegatoria de la internación, sino que les corresponde el seguimiento de los tratamientos.

Ello en tanto se encuentra establecido que *“...el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evolución de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas por enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.”*

“Los médicos al informar sobre la enfermedad deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre... 4) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano”. (art. 631 C.C.)

En este sentido, luego de que los profesionales intervinientes se expidan sobre el “régimen” de atención aconsejable para el paciente, el magistrado o el profesional que este disponga, podrán aconsejar un tratamiento.

Para ello deben determinar si se trata de un consumo problemático. Si fuera así, se debe analizar si ello reviste un factor de riesgo cierto e inminente, tanto respecto de sí mismo como de terceros. En caso que existiera, el Juez podrá disponer la internación del sujeto.

En fin. El ingreso al sistema de salud de quienes padecen por el consumo problemático de drogas ocurre de diversas maneras. Una muy común es el ingreso a centros de salud a causa de intoxicaciones agudas, pérdidas de conocimiento, estados de inconciencia, alteración de conductas, accidentes o lesiones. También cuando un familiar solicita respaldo ante un organismo de gobierno, asistencial, o ante un funcionarios judiciales a fin de encontrar respuestas a la problemática. En otros casos, cuando la persona comete un delito bajo los efectos de una sustancia psicoactiva.

En los casos en que el juez tome conocimiento de que un sujeto padece por el consumo problemático de sustancias, es necesario que conozca las diferentes alternativas con las que cuenta, teniendo presentes las facultades de intervención que le otorgan las leyes nacionales y provinciales y los distintos resortes institucionales que están a su disposición para poder ofrecerle a la persona una respuesta jurisdiccional acorde al reconocimiento de sus derechos constitucionales a la vida, la integridad física, y a la salud.

Por ello, es imprescindible la capacitación de los operadores judiciales para que los integrantes del poder judicial conozcan las nociones necesarias para aprehender la problemática y contar con herramientas para responder con un abordaje terapéutico adecuado a cada sujeto.

Los operadores deben diferenciar rápidamente los distintos tipos de usuarios, conocer los alcances del diagnóstico interdisciplinario y su necesidad a la hora de determinar el tratamiento necesario para una persona.

Es necesario que los operadores judiciales tengan a su alcance un sistema orgánico de contención y tratamiento; que recepte la perspectiva de víctimas y familiares, considerando que los afectados son pacientes vulnerables a los que se debe contener coordinando esfuerzos de familiares, de la comunidad y de los operadores sanitarios, judiciales y policiales.

A esos efectos son de utilidad las guías realizadas al efecto y el trabajo de capacitación continuo destinado a encontrar nuevas formas de contención para una enfermedad que debe ser contenida por distintos actores sociales.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

1. Tal como surge de lo precedentemente expuesto, y con los alcances señalados a lo largo del informe, puede decirse que existe cierta relación entre el consumo problemático de sustancias psicoactivas y la comisión de delitos, donde la dependencia podría resultar vinculante en la conducta delictiva de algunas personas. Por ello, el Estado debe plantearse si es conveniente o no implementar una política en miras a que las personas adictas que se encuentren sometidas a un proceso penal, puedan acceder a un tratamiento de rehabilitación. Ello, a fin de mejorar la salud de las personas y procurar la disminución de la delincuencia y la reincidencia.

2. En ese terreno, muchos sistemas jurídicos comparados han instaurado dentro de sus respectivos procesos penales los Tribunales de tratamiento de droga, que varían en su estructura, compromiso y soluciones que ofrecen según los principios jurídicos, la propia legislación y los recursos económicos de cada país.

Básicamente y a grandes rasgos, los Tribunales de tratamiento de droga funcionan así: cuando el juez de la causa detecta que la persona sometida a un proceso penal por un hecho padece por la dependencia de sustancias psicoactivas, puede ofrecerle que se someta a un tratamiento de recuperación. El tratamiento, según los casos, puede constituir una alternativa de la pena, distinta a la prisión; o incidir directamente en la disminución de la pena aplicable al sujeto que ha prestado su consentimiento para someterse a dicho tratamiento.

En términos generales, puede decirse que los TTD se encuentran conformados por el juez (que en su rol de agente terapéutico establece las condiciones del programa, señala sus objetivos y vigila su cumplimiento, pudiendo aplicar premios y castigos y, en casos como los de la suspensión de juicio a prueba, puede, incluso, revocar el beneficio); por el fiscal; y por una dupla psicosocial

(compuesta por un psicólogo y un asistencia social, que funciona como nexo entre el sistema judicial y el centro de diagnóstico y tratamiento). Por ello, para su establecimiento requiere una íntima vinculación entre el sistema judicial del país y su sistema de salud.

Cabe señalar que con relación a los casos que en el derecho comparado son alcanzados por el tratamiento, los criterios varían. Algunos países, permiten que el programa se aplique a cualquier persona que sea dependiente, sin importar el delito que hayan cometido. Otros, no permiten que se aplique a delitos violentos, delitos contra la integridad sexual, o delitos contra la libertad por ejemplo. A su vez, hay sistemas que no admiten que se sometan al programa quienes sean reincidentes; entretanto, muchos consideran que ese límite afecta significativamente la efectividad de la política criminal. Algunas limitaciones, por otro lado, tienen en cuenta las escalas penales. Así, por ejemplo, algunos sistemas permiten ingresar al programa sólo a aquellos a quienes pudiera corresponderles una pena en concreto no mayor de tres años de prisión.

Otro tema de interés alude al momento en el cual puede recurrirse a esta alternativa, pues si bien se afirma que es conveniente que la persona se someta lo antes posible a un tratamiento, sólo algunos países lo admiten desde las fases iniciales del proceso. Muchos sistemas, en cambio, ofrecen esta oportunidad una vez que finalizó el juicio que determina la responsabilidad del imputado por el hecho que se le atribuye. A su vez, como una variante de este último criterio, en algunos sistemas se requiere la previa declaración de culpabilidad del agente.

En cuanto a la forma de instrumentación, puede decirse que en muchos sistemas comparados el funcionamiento de los TTD es el siguiente: previo a ingresar al programa, se realiza una audiencia en la que participan el juez de la causa, el fiscal, y el imputado junto a su letrado defensor. Allí, el juez ofrece la posibilidad de adherirse al programa, señalando las pautas que regirán al

efecto. Además, explica los efectos y consecuencias procesales a las que deberá atenerse el imputado, tanto si cumpliera con el tratamiento como si no lo hiciera. Si el imputado decidiera aceptar la propuesta, se le realiza un diagnóstico y se fija el tratamiento específico al que se someterá. Luego, deberá concurrir a determinadas audiencias temporales, donde el juez evaluará el avance del programa. En las audiencias podrán participar los proveedores del tratamiento, y la dupla psicosocial para ser consultados por el juez.

3. A la luz de lo antedicho cabe referirse a las posibilidades que se abren en el sistema jurídico vigente en la Argentina y a las posibles reformas instrumentales o de fondo que cabría hacerle para lograr una adecuada respuesta a la problemática a la que nos estamos refiriendo.

Antes de enumerar esas posibilidades, consideramos de importancia señalar algunas pautas constitucionales y de orden práctico que señalamos en el curso de este informe y que entendemos que deben tenerse en cuenta a la hora de hacer propuestas.

a. La implementación de los TTD o de algún sistema alternativo no debe cercenar el derecho al debido proceso de la persona. La aplicación de la medida alternativa debe respetar las mismas garantías con las que cuenta la aplicación de la pena. Por ello, la medida debe ser razonable y proporcional al hecho cometido. Además, deben implementarse por un tiempo determinado y tener por fin exclusivo la rehabilitación del sujeto.

b. Asimismo, la medida debe respetar el derecho a la salud del imputado y su autonomía personal. En este aspecto, debemos señalar que resulta de suma utilidad –a los fines de otorgar el tratamiento– que la persona preste su consentimiento para su realización. Sin el consentimiento, señalan los especialistas de salud, el tratamiento no alcanza a lograr plenamente sus objetivos. A su vez, debe tenerse en cuenta la libertad intrínseca que el derecho reconoce en el individuo en virtud de la cual puede elegir cómo llevar

adelante su vida. Este derecho, sin embargo, puede ser razonablemente restringido cuando se presentaren las circunstancias extremas que requiere el Código Civil de la Nación para proceder a la internación de la persona (cuando de no proceder con la medida, existiera peligro inminente para sí o para un tercero).

c. Respecto a lo señalado en el punto anterior, debe analizarse si la decisión prestada en el marco de un proceso penal resulta ser una decisión libre y plena, teniendo en cuenta la posición del juez respecto al imputado. El juez que ofrece el tratamiento es una autoridad, que se pronunció respecto a la responsabilidad del sujeto en el hecho, pudo haber ordenado su detención, puede revocar la medida y decretar que el imputado enfrente un juicio oral o cumpla efectivamente una pena. Por lo tanto, es difícil que el imputado no sienta una suerte de coacción al momento de decidir si someterse o no a un tratamiento. Sobre este aspecto evidentemente debemos reflexionar a la hora de decidir si la respuesta del Estado frente al problema de las adicciones y el delito debe ofrecerse desde el mismo sistema penal.

d. También debemos analizar si la estructura del sistema de ejecución penal se encuentra preparada para afrontar dicho desafío. Los Tribunales de tratamiento de droga requieren de cierta logística y estructura para lograr un buen funcionamiento. A su vez, requieren un rol activo de los operadores del sistema penal, es decir de los jueces, fiscales, y defensores. Por ejemplo, el juez debe capacitarse y ejercitar un rol de agente terapéutico, para lo cual no tiene ninguna preparación. No solo debe aprender técnicas de comunicación, sino que debe participar de audiencias temporales, realizar un seguimiento del paciente, consultar a los profesionales encargados del tratamiento. Todo ello, requiere tiempo, personal y recursos. Sin embargo, tal como se indicó en el informe, los sistemas de ejecución penal de la Nación y las provincias se encuentran recargados de trabajo y al borde del colapso, por lo que ni siquiera en este tiempo pueden cumplir las funciones que hoy tienen asignadas de un

modo expedito y eficaz. Por ello, antes de pensar en una política como la planteada, es necesario analizar las cuestiones prácticas mencionadas y la realidad que enfrentan –al día de hoy- los sistemas de ejecución penal.

Analizando los argumentos esgrimidos, estaremos en condiciones de definir sobre la viabilidad de la implementación de los Tribunales de Tratamiento de Drogas dentro de nuestro sistema penal. Si, llegado el caso, consideráramos que no es conveniente su instauración, debiéramos pensar en otras políticas que consigan lograr los fines propuestos por los TTD, respeten los derechos constitucionales de los imputados, y sean de más factible implementación, teniendo en cuenta la estructura y los recursos con los que se cuenta.

4. Respecto a las reglas legales vigentes que permitirían, ya mismo, con una adecuada respuesta jurisdiccional, ampliar las acciones tendientes a tratar a los imputados de delitos que sufren drogodependencia, podemos enunciar lo siguiente.

Tratamientos admitidos en la ley penal. La ley penal vigente autoriza a imponer tratamientos en determinados casos. Ello puede ocurrir en los casos de suspensión del juicio a prueba y de condena de ejecución condicional.

Básicamente, la suspensión de juicio a prueba puede otorgarse cuando al delito que se atribuye al imputado pudiera corresponderle una pena –en concreto- no superior a los 3 años de prisión; cuando hubiera concurso de delitos, si el máximo de la pena aplicable no excediera los tres años de prisión; cuando la persona no tuviera una condena anterior, ni hubiera solicitado una suspensión de juicio a prueba en un lapso anterior de 8 años; cuando el representante del Ministerio Público Fiscal estuviera de acuerdo con la concesión del beneficio y el imputado lo requiriera ofreciendo reparar el daño en la medida de lo posible. El plazo de la medida debe ser de uno a tres años. Si el imputado cumpliera durante dicho periodo las normas impuestas, se

decretará su sobreseimiento. En caso contrario, podrá revocarse la suspensión, y llevarse a cabo el juicio por el delito investigado.

Esas normas de conducta comprenden, por ejemplo, realizar, por un tiempo determinado, tareas comunitarias en favor de un hospital, una iglesia, o una sociedad de bien público y en ellas está incluida la facultad judicial de *someter al imputado a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia* (arts. 76 bis, 76 ter, 27 bis, inc. 6°, CPen.).

Otro tanto puede disponer el tribunal que condena condicionalmente –la pena se deja en suspenso bajo ciertas condiciones- a una persona (arts. 26 y 27 bis, CPen.).

Ese tratamiento cumpliría –de ser aplicado en la generalidad de los casos de consumo problemático de drogas por el beneficiario-, un rol similar al de los TTD, pero con el limitado alcance que prevén las normas que lo rigen, es decir, sólo aplicables a delitos a los que les cabe, en el caso concreto, una pena que no supera los tres años y es susceptible de dejarse en suspenso.

Con relación a la aplicación obligatoria del tratamiento, vale la pena señalar que, a diferencia de otras reglas de conducta que se impongan, el tratamiento aludido importa un esfuerzo y una lucha contra la dependencia que no se da en las otras medidas, no obstante lo cual, de acuerdo con la ley, puede ser impuesto por el juez y el imputado debe llevarlo a cabo, a riesgo de que se le revoque la suspensión del juicio a prueba o la condenación condicional.

A la luz de las objeciones constitucionales que mencionamos precedentemente, cabe aquí señalar que, a los efectos de evaluar el cumplimiento del tratamiento que puede llegar a imponérsele al imputado en los términos del art. 27 bis, inc. 6°, CPen., debe atenderse mucho más a la voluntad puesta por el sujeto con miras a su cumplimiento, que al resultado obtenido, habida cuenta que la dependencia no siempre puede ser superada y que es usual que haya recaídas.

5. Examen y diagnóstico. Oportunidad. Sea con miras a implementar otras respuestas al problema al que nos venimos refiriendo, sea para aplicar las reglas a las que aludimos en el párrafo anterior, debería tratarse de contar –por vías de reuniones, conferencias, etc- con la colaboración de los jueces con facultades instructorias para establecer, desde el inicio del proceso, la existencia de drogodependencia en el presunto autor de un delito, lo que habrá de incidir, no solamente en el eventual tratamiento a dispensarle, sino también, sobre su imputabilidad, estado emocional, etc., circunstancias todas ellas que pueden incidir en la eventual pena o medida a aplicarle.

Ya durante la prevención, sería útil que, si se percibiera que el imputado se halla en un estado que permite inferir que cometió el delito bajo los efectos de las drogas, se arbitrasen los medios necesarios para realizar un examen toxicológico y establecer el grado de consumo previo y su incidencia psicofísica.

Por otro lado, teniendo en cuenta la complejidad del padecimiento, que se encuentra condicionado por factores de orden biológico, psicológico, y por el contexto socio-cultural del agente, el sujeto que el juez sospeche que pueda encontrarse en esa situación debería ofrecerle al imputado la posibilidad de someterse a un examen con el fin de obtener un diagnóstico integral, de modo tal que puedan determinarse las circunstancias a las que nos acabamos de referir y, eventualmente, qué tipo de tratamiento deberá aplicarse al presunto autor de un delito que padece el consumo problemático de sustancias psicoactivas con el fin de procurar su recuperación.

Al efecto, podría resultar útil la elaboración de un protocolo que señale el procedimiento relativo al examen y consecuente diagnóstico, del programa para llevar a cabo el tratamiento, sus fases, los criterios de elegibilidad, las normas de conductas en general, los objetivos, los criterios de evaluación y las actividades a las que debería someterse el imputado.

En el examen y en la elaboración del diagnóstico debería intervenir, en lugar del Cuerpo Médico Forense un organismo nacional especializado de opere en el área de salud o una ONG, ente que deberá estar integrado por médicos, psicólogos, asistentes sociales –es relevante establecer el medio en el que se desenvuelve el paciente- y otros especialistas en adicciones y que determinará cuál es el tratamiento que se corresponde con el cuadro clínico concreto y tendrá a su cargo velar por su efectivo cumplimiento. A tal fin, dicho organismo podrá, entre otras acciones, capacitar a los operadores del sistema, favorecer el dialogo entre el sistema judicial y el sistema de salud, estudiar los inconvenientes que pudieran presentarse, y realizar una análisis de los resultados obtenidos.

6. Tratamiento durante el proceso.

6.1. Dentro del sistema penal se podría instruir a los jueces penales de instrucción o de garantías, para que –realizados los exámenes a los que nos referimos en el párrafo precedente-, cuando se les presente un caso en el que las personas sometidas a proceso pudieran encontrarse en una situación de vulnerabilidad por su dependencia de sustancias psicotrópicas, les ofrezcan – en cualquier etapa del proceso- la posibilidad de realizar un tratamiento de rehabilitación en centros especializados. Si el imputado lo consintiere, comenzará un proceso de rehabilitación, que podrá resultar beneficioso para su recuperación e, indirectamente, para prevenir nuevos delitos. En tal caso, la aceptación del tratamiento y la efectiva aplicación para cumplirlo, más allá del resultado, serán tenidos en cuenta al momento de determinar la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba (arts. 76 bis y 76 ter) o de la condena de ejecución condicional (art. 26) o, para determinar el monto de la sanción a imponer, aun en casos de imputados que no pueden verse beneficiados con la aplicación de esos institutos (arts. 40 y 41, CPen.).

Lo que se acaba de señalar es aplicable dentro del sistema actual y no requiere más que el consenso de los jueces o tribunales penales que intervienen en el

juicio respectivo. Sin embargo, podría considerarse una variante que requiere una modificación legislativa.

6.2. Podría, en tal caso, acordarse a los tribunales que condenen a quienes se sometieron y colaboraron con el tratamiento, más allá de su resultado, la facultad de disminuir la pena hasta determinado límite. Al efecto, la modificación legislativa sólo requeriría un nuevo artículo vinculado con las pautas que contienen los arts. 41 y siguientes, para graduar la sanción. Así, el proyectado art. 41 quinquies podría estar redactado así: *“En los casos en que se haya comprobado que el autor del delito es adicto al consumo de drogas psicoactivas y se sometiére al tratamiento prescripto cumpliendo regularmente con las pautas establecidas al efecto, el juez podrá, aunque la recuperación no sea completa, al aplicar la sanción disminuir la escala penal en un tercio del mínimo y del máximo”*.

En este caso, como se ve, no se hace distingo alguno que tenga relación con la gravedad del delito imputado. Consideramos que ello es razonable, habida cuenta que los delitos violentos tienen previstas agravantes específicas –en sus respectivas figuras- o genéricas (art. 41 bis) y, por otra parte, los casos en que el autor demuestre una manifiesta peligrosidad encuentran remedio en el hecho de que la aplicación del beneficio es facultativo para el tribunal.

6.3. El criterio precedente es susceptible de variantes. Podría establecerse la obligatoriedad, bajo ciertas condiciones, de la disminución de la pena. También la limitación del instituto para que no alcance a los autores de delitos que ejercieron violencia física o intimidación con armas contra las personas, etc.

7. Peligrosidad: tratamiento durante el proceso. Conforme lo señalamos en el desarrollo de este trabajo, la ley civil contiene disposiciones excepcionales para el tratamiento de personas adictas respecto de las que existe la relevante posibilidad de que se dañen a sí o a terceros. En tales casos, cabría instar a los jueces para que, cuando el imputado se encuentra en libertad y presentara esos signos, dispusieran la remisión de los antecedentes a la justicia civil, para que el juez competente determine las medidas que pudieran corresponder.

8. Detenidos drogodependientes. En el sistema penitenciario de nuestro país, federal y provincial, funcionan centros de tratamiento para las adicciones. Sin embargo, la oferta de dichos tratamiento es muy baja, teniendo en cuenta que una gran mayoría de las personas privadas de su libertad consume algún tipo de sustancia psicoactiva.

Las cárceles deben servir para ayudar a que el interno se reincorpore a su vida en libertad, y para ello es necesario que la ejecución se efectivice de tal modo de contrarrestar las condiciones dañosas del encierro. Sin embargo, tal como lo indicamos en el informe, muchas de sus circunstancias concomitantes son hostiles con miras a la resocialización. Por ello, y a fin de garantizar los derechos constitucionales a las personas privadas de su libertad, el Estado debe promover la implementación de centros de tratamiento, aislados y especializados, para que allí puedan tratarse todas las personas que padecieran por su adicción. De este modo, no solo se le reconocería a las personas su derecho a la salud, a la vida, a la integridad física, y al debido proceso legal, sino que –a largo plazo- se lograría la disminución del delito y la reincidencia.

Para llevar adelante esta medida, es necesario que –en primer lugar- se ofrezca la alternativa a quienes se encuentran privados de su libertad y se les brinde la posibilidad de realizar el diagnóstico interdisciplinario al que nos referimos, el que permitirá establecer su dependencia y el tratamiento adecuado a ella al que debe someterse.

Un organismo gubernamental quizás dependiente del Ministerio de Salud, podría ser el encargado de crear los centros (o adecuar lo existentes), y diseñar su estructura y logística para su funcionamiento.

Asimismo, deberían flexibilizarse los requisitos para la entrada al programa, a fin de lograr que la mayoría de las personas que necesiten y quieran someterse al tratamiento, puedan hacerlo.

9. Prosecución del tratamiento en libertad. Además de la respuesta señalada en el punto precedente, el Estado debería llevar a cabo una política seria y efectiva, que permita a las personas que han cumplido su condena o han sido beneficiados con la libertad condicional, continuar con su tratamiento de rehabilitación.