
Seminario

“Estupefacientes y Justicia Penal”

Co-organizado con la Defensoría Penal Pública de la República de Chile, la Defensoría General de la Nación y la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

10 y 11 de marzo de 2010 . Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sumario

Apertura

<i>Dr. Mario J. Kestelboim</i>	Pág. 3
<i>Dra. Stella Maris Martínez</i>	Pág. 5

Paneles

“Drogas y cuestión social”

<i>Dr. Horacio Cattani</i>	Pág. 11
<i>Dr. Alfredo Carballeda</i>	Pág. 23
<i>Dr. Alejandro Corda</i>	Pág. 29

“Aspectos médicos y jurídicos en el uso de las drogas”

<i>Dr. Luis Niño</i>	Pág. 37
<i>Dr. Mariano Castex</i>	Pág. 57
<i>Prof. Jaime Náquira Riveros</i>	Pág. 65

“Problemática procesal relacionada con el uso de drogas”

<i>Dr. Javier De La Fuente</i>	Pág. 77
<i>Dra. Mariana Grasso</i>	Pág. 89
<i>Dr. Mario Franchi</i>	Pág. 99
<i>Dr. Federico Stolte</i>	Pág. 109

Cierre

<i>Dr. Eugenio Zaffaroni</i>	Pág. 123
------------------------------------	----------

Apertura

Dr. Mario J. Kestelboim

Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora General de la Nación.

Mario J. Kestelboim

Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La publicación que aquí presentamos es resultado del Seminario “*Estupefacientes y Justicia Penal*”, que se realizara los días 10 y 11 de marzo de 2010 en la sede de la Defensoría General de la Nación.

La iniciativa del presente Seminario pertenece al Defensor General Adjunto en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de este Ministerio Público de la Defensa, Dr. Alejandro Slokar, resultado de tareas académicas en la hermana República de Chile y su sugerencia de invitar a la Defensoría General de la Nación.

A partir del acuerdo con la Dra. Stella Maris Martínez, se realizó la convocatoria a especialistas chilenos en la materia. Lamentablemente la catástrofe natural ocurrida en el vecino país, impidió la concurrencia de los invitados, exceptuando al Profesor Jaime Náquira Riveros, a quien agradezco especialmente.

El Seminario procuró abordar la cuestión desde una perspectiva multidisciplinaria, que tomase en cuenta los aspectos jurídicos, sociales y antropológicos de la materia, para lo cual se dio cita a un conjunto plural y variado de especialistas en el tema. Es así que diversas dimensiones del fenómeno, insoslayables para una mejor comprensión de las interrelaciones entre el sistema penal y la problemática de la adicción a las drogas, han sido abordadas en este Seminario: “*Drogas y cuestión social*”, “*Aspectos médicos y jurídicos del uso de las drogas*” y “*Problemática procesal relacionada con el uso de drogas*” se han convertido en los ejes en torno a los cuales se ordenaron las ponencias.

La publicación del Seminario, que es posible gracias a la predisposición de los participantes que acercaron generosamente sus trabajos se realiza, entonces, en la esperanza de contribuir al análisis y conocimiento de la cuestión por parte de los profesionales del Derecho.

Resulta grato reconocer a la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Martínez por su participación en el acto de apertura del Seminario y en la organización general del evento; así como por brindar el espacio físico para la realización. Asimismo, reitero el agradecimiento al Dr. Alejandro Slokar, y a los destacados panelistas cuyas intervenciones componen este volumen.

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora General de la Nación Argentina.

I

Ante todo, agradezco al Sr. Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Mario Kestelboim, por haberme convocado para organizar estas Jornadas, junto a la Defensa Penal Pública de Chile.

No quisiera comenzar este encuentro sin antes recordar al querido pueblo chileno. En el día de ayer, me comuniqué telefónicamente con la Sra. Defensora Nacional de Chile, la Dra. Paula Vial Reynal, quien describió la complicada situación que atraviesa su país que le impide estar hoy entre nosotros. Por ello, me gustaría expresar nuestra solidaridad a nuestros hermanos trasandinos y un especial agradecimiento al Profesor Jaime Náquira, quien vino a Buenos Aires bajo estas difíciles circunstancias.

II

Voy a referirme brevemente al motivo por el cual aceptamos con entusiasmo la propuesta de realizar un seminario sobre esta temática. La problemática ligada a los estupefacientes, en especial lo que hace a las infracciones penales que intentan reprimir la actividad ilícita vinculada a los mismos, es una materia de alto interés para el Ministerio Público de la Defensa, toda vez que la actividad que despliegan los Defensores Públicos Oficiales ante el Fuero Federal en todo el país está directamente vinculada a este tema.

A ello se le suma que la tarea que realizan distintas Comisiones de la Defensoría General de la Nación, tales como la Comisión de Cárceles, la de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, la de Seguimiento del Tratamiento Neuropsiquiátrico, la de Migrantes, la de Asistencia Integral y Protección

del Refugiado y Peticionante de Refugio y el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales, debe frecuentemente abordar el tema tratando con las víctimas más vulnerables del fenómeno de la droga.

Cabe señalar que el índice de hombres y mujeres encarcelados o sometidos a un proceso penal por hechos relacionados con las drogas es, en nuestro país, muy elevado. Esta realidad impacta especialmente en el caso de extranjeros y de mujeres privadas de libertad. De hecho, el gran incremento de mujeres presas se produjo a partir del endurecimiento de las penas de los delitos vinculados a estupefacientes.

En atención a esta grave problemática ligada estrechamente a la intervención de la Defensa Pública, nos parece importante abrir este espacio de reflexión. Ésta es una lucha que hemos compartido desde hace muchísimos años con el Dr. Horacio Cattani –entre otros–, cuestionando la racionalidad de la política llevada adelante por el Estado para evitar la expansión del consumo de drogas. Así, hemos reclamado que debía abordarse como un problema de salud pública y no simplemente como una cuestión penal, la que debería reducirse a un ámbito residual, mucho más acotado que el contemplado actualmente por la legislación nacional.

Esta situación se agrava con los datos de la criminalización real, que evidencia que los detenidos son, en su mayoría, consumidores o personas que trasladan pequeñas cantidades de estupefacientes. Es paradigmático el caso de las mujeres presas, que lo hacen ante una clara situación de necesidad, para asegurarse su subsistencia y, normalmente, la de sus hijos pequeños.

III

A continuación me gustaría plantear lo que a mi criterio deberían ser los ejes rectores que orienten tanto las políticas públicas como la actividad del sistema de justicia: por un lado, la eficiencia y, por el otro, la solidaridad.

Hasta el momento hemos sido escasamente eficientes tanto para desbaratar redes de narcotraficantes como para combatir el enorme negocio asociado al tráfico ilícito de estupefacientes.

Tampoco hemos sido solidarios con los consumidores o simples experimentadores que, si bien hacen uso del ejercicio de su libertad en el ámbito de su privacidad, terminan victimizados al ser atrapados por el sistema penal. Mucho menos lo hemos sido con los verdaderos adictos, a quienes se los reconoce como enfermos necesitados de terapia pero se los trata como a delincuentes. Igual falta de solidaridad se percibe en relación a las personas de bajos recursos, que se ven arrastradas por el comercio ilícito y luego, una vez aprehendidas, son tratadas por el sistema penal de forma discriminatoria. Digo esto porque se trata de manera mucho más dura a una persona imputada de un delito vinculado a las drogas que a otra presunta autora de una conducta mucho más lesiva.

Esta situación debe ser modificada. Debemos llevar a la práctica una contención solidaria, que importe el pleno respeto de los Derechos Humanos de las personas involucradas. Con relación a los grandes traficantes, debemos elevar nuestro nivel de eficiencia, de una forma absolutamente racional.

Cuando invitamos a debatir a los que trabajan en este ámbito, a quienes evidentemente les interesa tomar partido en el tema, no les pedimos que sean soldados en una guerra. Este problema no es una guerra y, por ende, no necesita soldados. Por el contrario, queremos que sean operadores inteligentes ante una problemática grave, que tiene consecuencias nefastas para nuestra sociedad y que destruye la vida de muchas personas.

IV

Esta es una realidad cotidiana; los convoco a revertirla con compromiso y eficacia. Todos tenemos que trabajar en este sentido, porque es un problema que debe afrontar la sociedad en su conjunto.

Debemos afirmar claramente que ni se está actuando con el necesario nivel de eficiencia ni, por ende, se está disminuyendo ni el consumo ni el ingreso de tóxicos a nuestro país. Por otra parte, si queremos velar como institución pública por los Derechos Humanos de quienes realmente

necesiten protección, debemos inyectar solidaridad en todos los modelos de tratamiento de víctimas.

Por ello, son de vital importancia estos espacios de reflexión. Felicito la actividad de estos organismos, donde se convoca a expertos en la materia con miras a producir un cambio en la óptica de trabajo. Al igual que sucede con la problemática de género, hay mucho para cambiar en las políticas públicas de drogas.

Nuevamente bienvenidos, muchas gracias a todos por su participación y declaro formalmente inaugurado el Seminario.

Panel I
Drogas y cuestión social

Dr. Horacio Cattani

Abogado, Licenciado en Criminología, Licenciado en Criminalística (UBA), Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Presidente de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, vocal encargado de las actuaciones relacionadas con la búsqueda de la verdad y destino final de las personas desaparecidas. Profesor regular de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y profesor de posgrado en las Facultades de Psicología y Derecho de la UBA, en la Universidad de Palermo y en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Derechos de los usuarios del servicio de salud mental.

Para comenzar creo que es necesario explicar el por qué de la incorporación del tema “derechos de los usuarios del servicio de salud mental”. Hay en este momento un movimiento de reforma de las legislaciones sobre drogas, en el que básicamente se está tratando de pasar al consumidor del ámbito del derecho penal al del derecho sanitario. Ese es el problema del futuro, porque en realidad esto puede implicar pasar al consumidor al derecho sanitario a título de una falsa medida de seguridad, como es la de la Ley de Estupeficientes. Y no lo es realmente porque las medidas de seguridad son para imputables. No nos debe extrañar que todas las críticas al fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia se centran en que la justicia federal no podrá imponer esas falsas medidas de seguridad, que en muchos casos tienen como objetivo la posibilidad de que el antecedente penal desaparezca (art. 22 de la Ley). Es sobre estas cuestiones que me gustaría reflexionar.

Lo primero que hay que tener presente, es que por lo menos en la Argentina no ha habido grandes debates sobre la política criminal en materia de drogas, porque cada vez que se quiere dar un paso en ese sentido aparece la gran “zoncera” nacional: la “necesidad” de castigar la posesión para consumo encubre cualquier otra cuestión.

Este “dogma” comenzó en el año 1926, en el que por primera vez se incrimina la tenencia de estupefacientes para el propio consumo. No se discute el problema de las *mulas*, generalmente mujeres que de sujetos se transforman en envases, el problema de la falta de cobertura aérea sobre distintas zonas del territorio, el problema del tráfico aéreo, la complicidad policial y judicial, etc. Lo que se va a discutir es el problema de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo (pasan las generaciones -como dijo la Sra. Defensora General en su presentación- y seguimos escuchando lo mismo). Aún más: hoy tenemos un fallo de la Corte, pero todavía no tenemos una ley que desincrimine la tenencia para el propio consumo.

Pero además hay otra cuestión. Existe un estereotipo vigente, entre nosotros y en otras partes del mundo, que se construye sobre la siguiente confusión: siguiendo el modelo de la epidemiología, la droga es vista como algo parecido a una bacteria, el origen de una infección “me toca el cuerpo y me convierte en otro”. Es decir, se pasa por alto que el centro de gravedad es el sujeto: es el sujeto el que se convierte en adicto o consumidor ocasional.

Esta es otra cuestión por la cual sostengo que el riesgo que viene es lo que han escrito los constitucionalistas e internacionalistas sobre Derechos Humanos respecto del derecho a la salud.

Dentro del derecho a la salud uno tiene que entender incluida la no medicalización de la vida cotidiana. El riesgo que estamos teniendo ahora es que cualquier consumidor, cualquier tenedor de estupefacientes, aunque sea para el consumo propio, sin distinción de qué nivel de consumo tenga, sea derivado al sistema sanitario. Esto significa o puede significar, como dije, un “fraude de etiquetas” fenomenal, entre otras cosas, porque la atención de los adictos está tercerizada en obras sociales, prepagas, becas, etc. Si yo recibo para tratamiento a un consumidor no dependiente lo voy a “rehabilitar” fácilmente, es más, regulo cuánto tiempo va a tener de “rehabilitación”, en función de la *cápita* que cobro. Estos temas hay que hablarlos con total claridad, porque a nivel de los defensores -y también por supuesto de los magistrados-, es un tema que tiene que estar presente,

es decir, controlar la necesidad de un tratamiento y más importante, precisar que lo que se ofrece es un tratamiento y no una medida de contención encubierta, incluya o no medicación.

Ustedes podrán decir, ¿no estará exagerando? Todavía se piensa, gente incluso dedicada al tema -algunos mienten, por supuesto- que todas las drogas producen dependencia. Sin embargo no es así. Por más que use *éxtasis* en festivales de música *rave* todos los domingos, la verdad es que no me voy a hacer adicto porque no genera dependencia. Lo más probable que suceda es que mi vida corra peligro si el negocio incluye el cierre de las canillas de los baños donde puedo proveerme de agua, la venta de bebidas alcohólicas destiladas de alta graduación, etc. Esta distinción entre consumidor ocasional y consumidor problemático, es fundamental para determinar la respuesta en cada caso.

Hay un negocio, entonces, del dependiente como enfermo mental. El dependiente como alguien que está nombrado en el derecho civil bajo el nombre de “alcohólico crónico” o “toxicómano”, y que tiene en el discurso de ciertos expertos, la característica de pensar a la droga como una especie de agente externo, como la fiebre amarilla. Y el consumidor en esta concepción es un sujeto pasivo al que le “entra” la sustancia. El sujeto queda absolutamente borrado, difuminado, y ahí lo que interesa es “sacar” la sustancia de circulación. Idea completamente ridícula, porque a medida que pasa el tiempo, hay cada vez más sustancias y la vida *requiere* cada vez más sustancias.

Este es el primer tema de reflexión que podemos cerrar afirmando: a) Los tratamientos coactivos deben salir de la ley de estupefacientes la que como toda ley especial deberá estar regida por los principios de la parte general sobre suspensión del juicio a prueba, condena de ejecución condicional, etc. b) La transferencia del tema a los tribunales de familia deben llevar como presupuesto un correcto diagnóstico interdisciplinario que determine si estamos ante un consumidor problemático o ante un consumidor ocasional y determinar si verdaderamente hace falta un tratamiento y c) El Estado debe ejercer un estricto poder de

policía sanitaria sobre lo que se ofrece como tratamiento.

Otro tema de importancia, ya que nombrar un tema es definirlo, es el de las denominaciones: ¿Por qué se propone la expresión de los *derechos de los usuarios del servicio de salud mental*? coincidiendo con la propuesta del grupo especial de trabajo del CELS. Porque esto está relacionado con temas de psiquiatría en general y de internaciones psiquiátricas. A partir de la reforma constitucional del año 1994 y a raíz de la incorporación en el artículo 75 inciso 22 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su artículo 12 reivindica el derecho a usufructuar el más alto nivel de salud entendida como un estado de bienestar general que trasciende la mera ausencia de enfermedad.

Entendiendo que el campo de la salud mental es muy amplio, se prefiere no limitar los derechos sólo a los “enfermos mentales” sino a todos los que concurren a los servicios de salud mental como usuarios en el sentido más amplio y poder abarcar así el espectro mayor de las personas necesitadas de atención en este campo.

Esto es muy interesante. Tenemos que buscar terminologías de la mayor amplitud para establecer sistemas de protección. Generalmente la protección a la que se apela es la no internación compulsiva y por tiempo indefinido, pero hay otros derechos recientemente consagrados positivamente por la Ley N° 26.529 de noviembre del año pasado (2009) que consagra la posibilidad de negarse a ciertos tratamientos. Por ejemplo: a mí me pueden internar psiquiátricamente, pero puedo dejar establecido como “directiva anticipada” (art. 11) que me opongo a que se utilicen sobre mí ciertos medios terapéuticos, por ejemplo, no recibir *electro shock* o no ser sometidos a coma insulínico. Algún psiquiatra de la vieja escuela podrá decir: “¿cómo *electro shock* no?, si usted tiene una depresión profunda con riesgo cierto y actual de suicidio, yo tengo el deber ético y profesional de aplicarlo”. Sin embargo, tengo el derecho a dejar establecido “*electro-shock* no”. Volveremos sobre esto.

Esta ley impacta fuertemente sobre la relación pacientes-equipos asistenciales: consagra sus derechos, exige el consentimiento informado, su derecho a la historia clínica y las mencionadas “directivas anticipadas”. El sujeto es considerado

así como un sujeto de derecho y no como una cosa sujeta a cualquier tipo de manipulación médica. Ustedes, tal vez, creerán que exagero al presentar la medicina como posibilidad de manipulación, pero a esta altura del siglo XXI nadie puede dudar de la comercialización de la medicina operada después de la desregulación y la concentración económica de los años '90 y esto en todas las especialidades: cesáreas y estudios sofisticados innecesarios y en el campo de la salud mental, la psiquiatrización y la medicalización innecesaria, relacionada con el negocio de los medicamentos. El DSM-IV, por ejemplo -que es el catálogo de las enfermedades mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana- tiene como correlación la prescripción médica.

Es como colocar el diagnóstico en la computadora para que salga, por otro lado, la medicación a prescribir. Pese a los esfuerzos de la ley de genéricos, la relación médico-laboratorio-recompensas-premios etc. sigue subsistiendo apareciendo como intermediarios los llamados “agentes de propaganda médica”.

En tercer lugar, me gustaría historiar muy brevemente la legislación civil sobre salud mental como introducción a los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los años 2005 y 2008.

La historia de la legislación sobre salud mental en la Argentina nació como una legislación de avanzada y se fue abriendo una práctica *contra legem* tendiente a “cosificar” al paciente y someterlo por completo al llamado “modelo médico hegemónico”. Veamos.

El artículo 482 del Código Civil en su redacción originaria del siglo XIX establece que nadie podrá ser trasladado a una casa de dementes sin una autorización judicial. Norma de avanzada si ustedes consideran que el Código Civil es de 1869, tomada del art. 486 del Código de Chile.

¿Se llevó realmente a la práctica la judicialización de toda internación psiquiátrica? No. ¿Razones? La tolerancia social ante el abandono familiar por la enfermedad. Los médicos fueron cómplices de las tendencias familiares de encerrar al paciente muchas veces por razones económicas como veremos en el fallo “Duba de Morancich” y un factor

importante: el abandono estatal.

En 1920, la Ciudad de Buenos Aires dicta la Ordenanza N° 3268, cuyo art. 14 establece: “Es requisito indispensable para internar a un enfermo mental la presentación de una orden escrita que así lo disponga, expedida y firmada por dos médicos, en la que se especificará el diagnóstico de la enfermedad”.

Cuando se lee la primera parte del artículo parece que, se referirá a la orden escrita de un juez competente como establece el art. 482 del Código Civil, norma de jerarquía superior, pero no es así y se ignora “olímpicamente” la orden judicial, poniendo la internación en manos de dos médicos.

Nuestro más Alto Tribunal reacciona ante esta práctica en el caso “Doña María Duba de Morancich” resuelto el 16 de noviembre de 1928 (Fallos 139:154). En razón de que esta señora promueve un juicio de divorcio, fue recluida contra su voluntad en el Hospicio Melchor Romero y el director de ese establecimiento oficial de la Provincia de Buenos Aires, la mantiene privada indebidamente de su libertad, sin orden escrita de juez competente y sin haberse iniciado los procedimientos del juicio de insania. El diagnóstico elegido fue uno muy caro a la psiquiatría positivista de la época: locura moral.

Se interpuso un *habeas corpus* y es interesante que tanto el juez de primera instancia, el Tribunal de Apelación y el Procurador, propusieron el rechazo por entender que la persona no estaba privada de libertad sino que se encuentra amparada por la acción técnica del Hospital Melchor Romero, respecto de las dolencias que la afectan. Merece reproducirse el pronunciamiento de la Corte que después va a ser recordado en el año 2005 al tratar el caso “T”: “Que estas conclusiones son insostenibles dentro de un régimen constitucional que ofrece las garantías de no poder ser arrestado, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, o penado sin juicio previo y que asegura la inviolabilidad de la defensa de la persona y de sus derechos. Dentro de ese mismo régimen de garantías, no existe otra autoridad competente para restringir la libertad de las personas que la de los jueces designados por la ley, y esa norma es de más rigurosa aplicación aún en el presente caso, en que la causa invocada para la detención

es la insania de la persona objeto de ella desde que con arreglo a las leyes de la Nación ninguna persona puede ser tenida por demente sin que la demencia sea precisamente verificada y declarada por juez competente” (Código Civil, art. 140). En el caso “Yedid, Selim s/ habeas corpus” rta. el 25 de noviembre de 1954, la Corte tuvo oportunidad de reiterar el precedente.

Siguiendo con este apretado recorrido, cabe mencionar la reforma del Código Civil por la Ley N° 17.711 de 1968 que remozó el art. 482 y creó la figura del “defensor especial” para velar porque la internación psiquiátrica no se mantuviere más de lo necesario y aún evitarla, si existieran familiares obligados a la prestación alimentaria. Estas disposiciones fueron letra muerta y para alguna doctrina incidió mucho en ello el hecho de que las Curadurías Oficiales de Alienados fueran de naturaleza administrativa. Ello fue superado posteriormente por la Ley del Ministerio Público (N° 24.946).

Posteriormente se dicta el Decreto-Ley N° 22914/83 que regula la internación y egreso de enfermos mentales, alcohólicos crónicos y toxicómanos en establecimientos públicos y privados. ¿Cuál fue el detonante del dictado de esta ley antes del restablecimiento de la democracia? Hay muchas pero me interesa destacar la tragedia ocurrida en el Hospital Moyano en 1980: a todas las enfermas internadas en un pabellón se les lavó la cabeza con un insecticida para sacarles los piojos, de golpe se cortó la luz en el hospital y todas fueron a dormir con la cabeza sin enjuagar. El tóxico entró por vía capilar y murió un gran número de pacientes. Muchas de ellas no estaban judicializadas y es más, las autoridades del Hospital Moyano no pudieron establecer por qué razón estaban internadas.

Esto generó la primera Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires (Decreto - Ley N° 22.914/83), que si bien no tiene una enunciación de los derechos del paciente, pueden ser extraídos de la obligación de protección puestas en cabeza de los jueces, de los asesores de incapaces, de los directores, etc.

La primera positivación de los derechos de las “personas con padecimientos mentales” como las denomina,

aparece en la Ley de Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 448, pese a que no tuvo aplicación porque los Tribunales de familia no fueron trasladados a la Ciudad. El art. 3° de esta ley establece los derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud mental y se mencionan: “a.-Los establecidos por la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y la Ley N° 153 en su artículo 4°; b.-A la identidad, a la pertenencia, a su genealogía y a su historia; c.-El respeto a la dignidad, singularidad, autonomía y consideración de los vínculos familiares y sociales de las personas en proceso de atención; d.-A no ser identificado ni discriminado por padecer o haber padecido un malestar psíquico; e.-A la información adecuada y comprensible, inherente a su salud y al tratamiento, incluyendo las alternativas para su atención; f.-A la toma de decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento; g.-La atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos y sociales; h.-El tratamiento personalizado y la atención integral en ambiente apto con resguardo de su intimidad; i.-La aplicación de la alternativa terapéutica más conveniente y que menos limite su libertad; j.-La rehabilitación y la reinserción familiar, laboral y comunitaria; k.-A la accesibilidad de familiares u otros, en el acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes internados, salvo que mediare contraindicación profesional”.

Pese a todo, la realidad seguía esquivando al reconocimiento de estos derechos, incluso cuando el Derecho Internacional avanzó con una serie importante de recomendaciones entre las que se pueden mencionar los Principios de Salud Mental de 1991.

Así llegamos al giro copernicano que impuso la Corte con los referidos pronunciamientos de 2005 y 2008.

El “caso T” resuelto por la Corte el 27 de diciembre de 2005, se trató de una cuestión negativa de competencia de resolución muy sencilla pero algunos de sus jueces (Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti) advirtieron que se trataba del caso de un consumidor de drogas que en definitiva fue internado sin orden judicial, apoyado solo en una resolución

administrativa de la SEDRONAR.

Es así que, con cita de “Duba de Morancich”, recuerdan que en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica involuntaria y coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso. Se cita el art. 8 párrafo 1 de la Convención Americana y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Detalla las garantías procesales que deben seguir los procesos de internación de estas personas en razón de su debilidad jurídica estructural, la que describe de la siguiente manera: “Estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamiento de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquella se desarrolla”.

En el año 2008, la Corte Suprema de Justicia vuelve sobre el tema también en una cuestión negativa de competencia. (caso “R. M. J. s/insania” rto el 19/2/08).

En esta ocasión un joven declarado inimputable quedó sin control de internación por más de veinte años. Nuevamente la Corte, esta vez en pleno, vuelve a describir la “debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales” en los siguientes términos: “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 en muchos casos marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan 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” (cons. 6 primer párrafo) y establece un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente, a saber “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 para 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” (considerando 9).

El último hito que ya mencionamos es el dictado de la Ley N° 26.529 sobre los “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”, que consagra los derechos de los pacientes en cualquier relación con cualquier efector de salud, de cualquier especialidad. Hace una enunciación de derechos, se ocupa de algo que había estado sin regulación, como la información sanitaria que hay que darle al paciente, el consentimiento informado, la historia clínica.

Pero, además, tiene una norma de gran importancia que son las “directivas anticipadas” recogidas en el art. 11 “toda persona capaz mayor de edad puede disponer de directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos dedicados a mejorar o paliar su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico, salvo las que establecen las prácticas eutanásicas que serán consideradas inexistentes”. Está previsto que en momentos que uno tiene plena capacidad, puede emitir directivas para cuando esa capacidad desaparezca y pueda intervenir otra persona en una relación que es personal.

A modo de conclusión:

a.-Una reforma legal debe desincriminar la tenencia de estupefacientes con la finalidad del consumo personal.

b.-El argumento de continuar con la incriminación de la tenencia para imponer los tratamientos coactivos legislados en la Ley N° 23.737 colisiona con los derechos de los usuarios de salud ya detallados.

c.-La recepción de tratamiento por parte de los consumidores problemáticos y otras conductas adictivas deben ser dispuestas y controladas por los tribunales de familia y suministradas por instituciones, también sujetas al poder de policía sanitario que debe auditar su funcionamiento.

d.-El derecho a la salud exige considerar al ciudadano como sujeto de derechos con plena accesibilidad a los servicios, a la no discriminación, al tratamiento adecuado al nivel de la patología. En casos de internación ésta debe ser considerada la *última ratio* para evitar los casos de hospitalismo y deterioro de la personalidad.

Dr. Alfredo Carballada

Doctor en Servicio Social. Magister en Servicio Social. Diplomado Superior en Ciencias Sociales.

Drogadicción, Problemáticas Sociales Complejas y Políticas Públicas: Una mirada desde la intervención en lo social.

I

La emergencia de más y nuevas problemáticas sociales, implica una serie de nacientes desafíos para las Políticas Públicas como para las Políticas Sociales.

Los efectos del neoliberalismo, muestran una América aún atravesada por la desigualdad y una inscripción en la memoria colectiva de una serie de padecimientos que en el caso de la Argentina marcan más de treinta años de caída y exclusión social. Esas inscripciones, no son solo un dato estadístico, muestran marcas en la memoria colectiva, ruptura de solidaridades, tendencia a la estigmatización y especialmente la naturalización de la exclusión social. De este modo las representaciones sociales, todavía se acercan a las nociones de estigma y represión que se construyeron en más de tres décadas.

Es decir, luego de años de expoliación que dejan señales, inscripciones, pérdidas, que son necesarias reparar, pensando en el pasado, construyendo respuestas para el presente y proyectando un nuevo modelo de país hacia el futuro. En ese aspecto, la inclusión social, no es solamente un tema de ingresos o de medición de la pobreza, la inclusión como lógica re-constitutiva de la Nación debe atravesar, legislaciones, dispositivos institucionales y prácticas, estas dialogan intensamente con el campo de la drogadicción.

Si bien existen voluntades para la construcción de

un Estado que da señales de querer volver a ser el garante de la solidaridad, este se encuentra con dificultades de diversa índole para poner en marcha sus mecanismos de reparación de los lazos societarios, de las instituciones y de sus sentidos. En estos nuevos contextos se expresan problemáticas sociales antiguas y actuales, teniendo como común denominador; los fuertes cambios de contexto, la desigualdad y el padecimiento, en escenarios donde sobresale la pérdida de certezas y la visualización de que algo nuevo se está elaborando recibiendo una gran resistencia, a la que se le opone una fuerte tenacidad.

Así las nacientes expresiones de la desigualdad, de la pérdida de ciudadanía, del malestar en tanto padecimiento interpelan cotidianamente a las diferentes prácticas que intervienen en lo social. La drogadicción no es ajena a estas cuestiones, la tensión en cuanto a cómo es explicada y comprendida va, especialmente en las representaciones sociales, desde la tendencia al discurso abstemio que pone énfasis en demonizar a la sustancia y a quienes la portan, hasta una perspectiva que se centra en la libertad de elección y una forma clara de construir certezas.

Es en este contexto y en la singularidad de cada situación de intervención, donde el sujeto que emerge no es el esperado por los viejos mandatos institucionales. Ese otro, que muchas veces recibe la mirada asombrada e interpelante de la institución que lo ratifica en el lugar de un objeto no anhelado.

Irrumpe en este contexto ese sujeto inesperado, constituido en el padecimiento de no pertenencia a un todo social, dentro de una sociedad fragmentada que transforma sus derechos subjetivos en una manera de opresión que se expresa en biografías donde sobresalen los derechos vulnerados.

Emerge allí, donde la complejidad del sufrimiento marca las dificultades de los abordajes uniformes y preestablecidos, en expresiones transversales de la cuestión social que superan muchas veces los mandatos de las profesiones y las instituciones. Así, el sujeto es solo individuo precario, temporal; donde se obtura su posibilidad de ser en su relación con otros.

Una sociedad, donde la recuperación del pasado desde lo trágico, pero también desde lo beneficioso que aporta la memoria para volver a ser un todo integrado, está volviendo lentamente, comenzando a construir nuevas formas de la verdad, por fuera de los discursos únicos.

Una sociedad donde el porvenir sigue transitando una ruta opacada por los profetas de la incertidumbre y de la falta de convicciones que permitan pensar en proyectos de futuro en forma colectiva.

También existen caminos donde en forma individual y excepcional y tal vez aleatoriamente tomaron vías que permiten construcciones desde lo precario hasta lo más concreto.

La relación drogadicción y Políticas Públicas se encuentra atravesada por una serie de nuevos interrogantes que interpelan desde diferentes lugares: el escenario de la intervención, la expresión de nuevas formas de los problemas sociales, un impacto institucional inesperado de éstos y una serie de desafíos hacia éstas.

Desde esta perspectiva, los modelos “clásicos” de Políticas Públicas parecieran no tener capacidad de respuesta, especialmente desde sus fuertes dificultades para incorporar lógicas de índole transversal y especialmente flexibles. Pareciera que la expresión de las crisis actuales generaron contradictoriamente un endurecimiento de las Políticas, los requisitos de éstas, el cumplimiento de términos de referencia, que en definitiva refuerzan una lógica institucional asentada en una forma de burocracia donde lo que sobresale es la problemática del “expediente” en sí mismo, partiendo de la suposición que si el procedimiento se realiza según viejos protocolos y lógicas todo “saldrá bien”, en una mirada sesgada por la propia institución. Pareciera de esta forma que la institución solo se cuida a si misma, dejando su característica de protección del todo olvidada o desguarnecida.

II

La drogadicción se inscribe dentro del tipo de problemas que en las últimas décadas ocupan un lugar

diferenciado en el imaginario social, las representaciones sociales y las nuevas expresiones de la cuestión social, dentro de escenarios cada vez más confusos. La drogadicción, es así el lugar desde donde sobresalen los rasgos de una sociedad atravesada por relaciones violentas, la fragmentación, y la pérdida de espacios de socialización generando nuevas formas de padecimiento. La presencia de demandas relacionadas con este tema genera una serie de inconvenientes, tal vez porque los mandatos institucionales no se relacionan con la complejidad de éste y con sus nuevas formas. La fuerte presencia de la drogadicción en el imaginario social, la torna de alguna manera "inasible" y ligada a un fatalismo donde, muchas veces se parte del presupuesto que es muy poco lo que se puede hacer o que todo esfuerzo en la resolución de este tipo de problemas no tiene sentido o es en vano. El fatalismo con que se impregnan a muchas veces las acciones institucionales, se transporta a la familia de los pacientes y a ellos mismos, tornándose desde una subjetividad construida en la imposibilidad personas que se consideran así mismas inviables dentro de una sociedad que ante el temor los rechaza o estigmatiza. De esta forma se construyen nuevas formas de exclusión, que van más allá de los diferentes estratos sociales, pero que son importantes generadores de identidad. Es decir, se constituyen identidades desde la imposibilidad.

III

La emergencia de las problemáticas sociales complejas se manifiesta en una significativa tensión entre necesidades y derechos cuando se multiplican las expectativas y disminuyen las posibilidades de alcanzarlas, donde el mercado, aún de los cambios que se generaron en los últimos años, se sigue presentando como un gran disciplinador.

Por otra parte, las instituciones se encuentran desorientadas, a partir de la presencia de nuevos e inesperados actores, no relacionados con sus mandatos fundacionales. El adicto, de alguna manera, expresa también esa imposibilidad.

En la drogadicción se entremezclan una serie de

cuestiones diversas, singulares, confusas que van más allá del consumo de determinada sustancia legal o ilegal. La drogadicción, como una más de las manifestaciones del desencanto conjuga una serie de cuestiones que se presentan en forma singular y se relacionan en forma directa con el escenario donde se exteriorizan.

En definitiva, las problemáticas sociales complejas, dan cuenta de una serie de fenómenos y hechos que se expresan en forma singular haciéndose muy dificultoso su abordaje desde parámetros preestablecidos o a partir de la construcción de poblaciones homogéneas. De este modo la intervención implica una necesaria mirada a la singularidad donde cada historia social, es diferente y requiere de un abordaje distinto, pero especialmente de un proyecto de intervención singularizado.

IV

Así, desde la intervención, el abordaje de este tema, tal vez se relacione con conferirle una mirada social que tenga que ver con las características y padecimientos que sufrimos en nuestro país en las últimas décadas. Tal vez no se trate de cumplir con el mandato Ilustrado de forzar la subjetividad como redención y construir desde allí un nuevo sujeto. Tal vez la respuesta posible pase por la reducción del padecimiento y las estrategias de recuperación de identidades y futuros.

De esta forma la recuperación de derechos, habilidades y capacidades, aparece como una demanda que interpela desde diferentes lugares, tanto desde lo subjetivo como desde lo territorial e incluso lo profesional.

La intervención tanto profesional como institucional y la dirección de las Políticas Sociales se orientaría a una instancia de “recuperación”, de reparación de una de una deuda que la sociedad tiene con ese otro que es excluido o estigmatizado, por ser usuario de drogas o adicto a ellas.

Si es posible invertir esta forma de mirada de los problemas, también se multiplican las posibilidades de intervención sobre éstos donde el horizonte de la misma es el resarcimiento, la búsqueda y la *habilitación* recordándole a

ese otro tanto desde lo material como desde lo simbólico sus capacidades y las necesidades que la sociedad tiene de él.

V

En términos de las Políticas Públicas la complejidad muestra la necesidad de cambiar el modelo de las prestaciones uniformes por del de las intervenciones según las necesidades. El desmantelamiento del Estado como generador de certezas y protección, vivido desde las dictaduras militares en nuestra región, trajo un fuerte impacto en su estructura, su lógica y sus recursos humanos, donde sobresale la pluralidad de enfoques y lógicas.

Reemplazar la lógica de los sectores por separado hacia abordajes transversales, pasando de una lógica de administración centralizada por el de gestión participativa, facilitando la descentralización territorial, desde una perspectiva de recuperación de capacidades de las instituciones estatales. Tal vez, estas circunstancias construyan un camino que lleve a un neo-estado centrismo, atravesado por las enseñanzas y dificultades de los modelos de Estado anteriores, recobrando básicamente las capacidades prospectivas, estratégicas y regulatorias.

Pero, especialmente para orientar a la intervención como estrategia de recuperación de capacidades y habilidades, en tanto como formas constitutivas de la identidad. De esta forma, la relación Políticas Públicas, instituciones e intervención se presenta como un lugar de construcción de nuevas preguntas, pero especialmente como lugar de encuentro entre lo macro y lo micro, como la cimentación de dispositivos que construyan un nuevo lugar para la palabra.

La intervención desde esta perspectiva, hace ver, habilita capacidades y saberes que se encuentran muchas veces ocultos, olvidados por los años de represión y neoliberalismo, es decir no agrega ni quita nada solo revincula a ese otro con su historia, dándole un carácter integral al proceso salud-enfermedad.

Dr. Alejandro Corda

Abogado de la Ciudad de Buenos Aires, docente de grado y posgrado de la Facultad de Psicología (UBA) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Investigador de la UBA y de "Intercambios" Asociación Civil especializada en la problemática de drogas. Ha realizado diversas investigaciones y publicaciones. Organizador de la primera conferencia Latinoamericana y VI Conferencia Nacional sobre Política de Drogas. Actualmente es funcionario del Poder Judicial de la Nación.

Gracias a la Defensoría por la invitación. Básicamente, vengo acá como representante de la sociedad civil, más allá de lo que se enumeró al presentarme. Creo que desde la sociedad civil el mayor aporte que se puede hacer es recuperar la experiencia de los usuarios. Me parece que no puede haber política de drogas que no incluya ya no solo la voz, sino la participación de los usuarios de drogas, tengan o no problema con el uso de ellas. Creemos que es la experiencia de los usuarios, el recorrido que han hecho los usuarios en estas décadas, -sobre todo en las más próximas-, el que; de alguna manera; está poniendo en crisis los principios de la política de control de drogas a nivel internacional establecida por los instrumentos de Derecho Internacional. Actualmente son tres, gestados en principios del siglo pasado.

Básicamente, pretendo reflexionar sobre eso. Nosotros todavía estamos anclados en esos principios, si bien hay muchos reflejos legislativos que empiezan a cambiar la mirada sobre esta cuestión de a poco. La experiencia de los movimientos de reducción de daños tiene mucho que aportar en este sentido.

Tenemos poco tiempo y quiero ser lo más gráfico posible. Básicamente, los tres instrumentos de Derecho Internacional que tenemos son: la Convención Única de Estupefaciente de 1961; el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de ambos tipos de sustancias del 1988. Esta

última, acentúa todos los aspectos represivos en relación a este tema. De ellos surgen una serie de principios que se pueden resumir en los términos “prohibición” y “abstención”; como las dos grandes características que tiene que haber respecto de la oferta y la demanda. Como consecuencia de este gran principio, de este binomio, todo uso que no sea médico y/o científico es un uso ilegítimo.

Ahí quedan atrapados los consumidores. Incluso es interesante el diálogo que establecen las Convenciones con los usuarios de drogas, justamente es un diálogo vertical. Un diálogo que juzga, un diálogo autoritario. Donde se dice *si usted usa drogas fuera del ámbito médico-científicos su uso es ilegítimo*, y desde ahí hay una falta de reconocimiento de los usuarios de drogas, por lo menos desde ese deber ser propuesto por las Convenciones. Se identifica al usuario con el adicto a las drogas, sin distinguir sustancias, ni contextos, ni personas, todas esas variedades desaparecen; todo uso es un uso ilegítimo, todo usuario está haciendo un uso ilegítimo sino es un uso médico-científico.

A partir de ahí se comienza a gestar como única posibilidad la de dejar de usar, es la única opción que proponen las Convenciones. Y para eso hay que acudir a tratamiento. Tratamiento al que deben ir aquellos que usan drogas en estos términos; esto es, cualquiera que use drogas. Y acá se produce una primera contradicción porque hay usuarios que no tienen problemas y otros que sí tienen problemas. Precisamente a esos usuarios que tienen problemas les dicen *bueno usted para dejar de tener esos problemas tiene que dejar de usar*, cuando precisamente ese es el problema que tienen. Entonces aquellos que tienen problemas con el uso de drogas, y no pueden ir a tratamiento o el tratamiento no le sirve, no tienen opción y se quedan sin alternativas.

Todas estas fallas, digamos en la década del ‘60, ‘70, ‘80, fueron surgiendo desde los propios usuarios. La reducción de daños nace desde los propios usuarios, que de repente se vieron frente a estos mandatos que vienen de las Convenciones sin salidas. Entonces desde los propios usuarios comenzaron a aparecer opciones. Hay algunas estrategias de reducción de daños que no son nuevas, que son muy viejas, por ejemplo, los tratamientos de sustitución o los tratamientos

de manutención; esta idea de que si alguien no puede dejar de consumir drogas puede o mantener la dosis para no empeorarla o ir de a poco decreciendo en miras a dejar de consumir. Esta no es una idea nueva, pero claramente en los '60 se empieza a consolidar. Y se continúa en la década del '70, sobretodo con el furor de la heroína en Europa, el intercambio de jeringas, porque el inyectarse es una manera muy efectiva de contagiarse todas las enfermedades que se transmiten por la sangre. El *boom*, sin embargo, fue en los '80 cuando aparece el VIH. Porque la gente se moría, literalmente se moría. Cuando uno conversa con la gente en España puede encontrar muchas historias donde la gente cuenta que los usuarios de heroína, morían. Y fueron los mismos usuarios de drogas los que comenzaron a ver lo efectivo que era esto de intercambiar jeringas para no compartirlas, o sea cada uno con su jeringa y esa jeringa no se compartía. De repente, los valores de contagio entre los usuarios de drogas, comenzaron a caer brutalmente y Europa empezó a hacer punta con esto.

Esto siguió evolucionando, hoy por hoy tenemos otro tipo de intervenciones de reducción de daños y, entre las más conocidas, figuran las salas de consumo higiénico. Este tipo de intervenciones, el intercambio de jeringas, las salas de consumo higiénico, son pensadas para cierta población. Esta es otra de las grandes cuestiones que tiene la reducción de daños y, reconoce distintos consumos, reconoce distintas situaciones, para cada una de esas intervenciones tiene requerimientos y códigos específicos. Claramente, no es lo mismo hablarle a una persona que no consume drogas que a una persona que hace un uso recreativo de drogas, así también es distinto, hablar con quien tiene una adicción y encima otros problemas, como suele apreciarse en ciertos usuarios de drogas inyectables. Últimamente, con el auge de las fiestas electrónicas y el consumo de drogas de diseño empieza a aparecer una vertiente de intervención de reducción de daños en contextos de ocio. Europa tiene mucho consumo de este tipo de pastillas y es un consumo que no trae mayores problemas. El único problema que puede tener es una mala administración, la mezcla de anfetaminas con alcohol, que produce deshidratación, el tema de los

accidentes de tránsito y demás.

A partir de este distinto reconocimiento de personas, sustancia y contextos se genera dentro del abanico de movimientos de reducción de daños, distintas vertientes. Y a partir de estas distintas vertientes, se comienzan a quebrar estos postulados básicos que vienen de las Convenciones. Así, los usuarios de drogas empiezan a ser ciudadanos, se los reconoce como interlocutores válidos, pueden dialogar con las intervenciones, con los profesionales que realizan las intervenciones. Pueden decir “no”. El diálogo no es vertical, el diálogo es horizontal. La abstinencia no es el único fin a lograr, se puede lograr otro tipo de resultados más próximos, como hacer un consumo más higiénico, o evitar accidentes, o cambiar otro tipo de conductas vinculadas como las relaciones sexuales bajo el efecto de las sustancias.

Se desarrollan otras miradas, que van más allá de las consecuencias del consumo en sí. Hoy por hoy, la noción de reducción de daños va mucho más allá y no solo intenta prevenir los riesgos del uso de drogas en sí mismo, o las consecuencias negativas del uso de drogas en sí mismo, sino que se plantea actuar sobre los riesgos que tiene la política de drogas planteada en estos términos. Claramente, la respuesta penal es un riesgo para los usuarios de drogas. Hay varias ONG's, especialmente en Europa que trabajan sobre esto, brindando información a los usuarios de drogas sobre las consecuencias que puede tener determinado porte (tenencia), según la cantidad o las circunstancias. Le dan indicaciones legales a los usuarios de drogas, intentando actuar sobre las consecuencias de las políticas; ya no sobre las consecuencias del consumo, sino sobre las consecuencias de las políticas.

Incluso, hoy la noción de reducción de daños llega hasta plantearse si no hay alguna manera de redireccionar la política criminal respecto del tráfico de drogas de otra forma. Las *mulas*, las mujeres, es cierto, las mujeres están sobrerrepresentadas en la población carcelaria detenida por drogas; y si es mujer e inmigrante mucho más todavía. Entonces, hay que redireccionar esto y entender que es una consecuencia negativa no de las drogas en sí, sino de las políticas de drogas.

Hoy por hoy la reducción de daños pone en crisis

todo; pero lo más importante, es que cambia el esquema que va de arriba hacia abajo, de las Convenciones hacia las políticas de los países, que claramente se replican, no solo en la legislación penal sino en otras áreas -como una matriz común-. La reducción de daños, en cambio, intenta desde abajo, desde la realidad de los propios usuarios, desde el conocimiento y la voz de los mismos usuarios, desarrollar políticas hacia arriba y esta me parece que es una de las grandes cuestiones a explotar.

Brevemente, me quedaron muchas cosas para decir, pero la verdad es que es interesante la posición de las Defensorías. Me parece que las Defensorías tienen un rol importante porque es un actor institucional que recibe de modo directo la demanda de los usuarios de drogas, demandas de todo tipo. Y yendo un poco más allá, quisiera preguntarme sobre el tema de la *pasta base*. Este es el gran desafío que tenemos, que de algún modo también muestra que antes de la aparición de esta sustancia no teníamos un gran problema de drogas, y que la aparición de esta sustancia comienza a hacer ruido, a plantear urgencias reales, la necesidad de plantear políticas serias.

En Chile -acá hay gente de Chile- tienen problemas con el consumo de *pasta base* anterior a nosotros y, tal vez tengan más experiencia. Asimismo, Uruguay está desarrollando algunas respuestas muy interesantes en este tema. Me parece que también entre nosotros tenemos que establecer un diálogo común, aunque las problemáticas no sean idénticas, son mucho más cercanas que las intervenciones de reducción de daños europeas. Claramente tenemos una deuda, los que estamos en reducción de daños la reconocemos, y vemos la necesidad de hacer una reducción de daños a nuestra medida, aún con todas estas carencias estructurales.

Corro el riesgo de ser políticamente incorrecto, pero el tema de las *madres del paco* pidiendo internaciones para sus hijos me preocupa. Por supuesto, no son todas y uno encuentra matices, pero en ocasiones se las escucha reclamando internación para sus hijos como primera y única respuesta. Nosotros no creemos que deba ser ni la primera ni la única respuesta; tiene que haber otras respuestas anteriores, menos lesivas. No puede ser que

frente a este tipo de problemas la única alternativa sea el avasallamiento de derechos. La internación en alguna medida lo es; es una medida extrema, y solamente hay que pensarla en esos términos. Pero, por otra parte, hay que reconocer que no tenemos otras respuestas desarrolladas para plantear alternativas, y esta es la deuda. Tenemos claro ciertos principios, intervención de los usuarios, intervención de las personas que están a su alrededor, respeto, construir esto como una cuestión de ciudadanía, pero la verdad es que tenemos mucho para desarrollar en el trabajo de campo y esto es una deuda.

Panel II
Aspectos médicos y jurídicos
en el uso de drogas

Dr. Luis Niño

Juez del Poder Judicial de la Nación. Abogado y licenciado en criminología de la UBA. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, docente en diversas universidades nacionales y del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente. Autor de numerosas publicaciones en varios países de América Latina, España e Italia. Nominado catedrático para la materia Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho - UBA.

Régimen Legal de Drogas, Víctimas y Victimarios.

Casi todos los presentes conocen mi natural tendencia a la digresión, de manera que, dado que somos varios los oradores de esta tarde, voy a tratar de ceñirme al texto que traigo conmigo, en el que se amalgaman tramos de anteriores reflexiones y desarrollos actuales referidos a un tópico de innegable vigencia.

I

En diversas oportunidades me ha correspondido abordar, en el medio académico, el tema del régimen legal, y, especialmente, del tratamiento jurídico-penal de las sustancias toxicomanígenas.

Paralelamente, en prolongados períodos de mi labor judicial estuve en contacto funcional directo con los aspectos normativo y fáctico de dicho segmento del derecho punitivo.

Y a ello cabe añadir que veinte años atrás formé parte de un elenco interdisciplinario de asesores de un pequeño pero diligente grupo parlamentario que, encabezado por las diputadas Matilde Fernández de Quarracino y Lucía Alberti y el diputado Simón Lázara, pugnaba por legislar coherentemente en la materia que hoy nos reúne.

Desafortunadamente, no fueron -ni fuimos-

escuchados. Convocados los legisladores de todas las bancadas, a fin de explicar el proyecto resultante, sólo un diputado provincial concurrió a la reunión. El grueso de los parlamentarios, por interés o por desinterés, se atuvo a las líneas pactadas por las dos bancadas mayoritarias, de las que derivó la ley 23.737, vigente desde el 11 de octubre de 1989 hasta la fecha, con las sucesivas reformas de que fuera objeto desde aquel entonces.

Es porque recuerdo la frustración experimentada, como ciudadano, ante el olímpico desprecio demostrado por la abrumadora mayoría de los representantes del pueblo de aquel entonces, que celebro esta iniciativa de las Defensorías Generales de Chile y la Argentina, que nos permite volver hoy sobre la cuestión, con una mirada crítica respecto del régimen legal de drogas, y cambiar ideas, desde distintos ángulos, acerca de la posibilidad de dar respuestas más racionales, más eficaces y más respetuosas de los derechos y garantías individuales al tema en cuestión.

II

Para otorgar sentido al subtítulo de mi intervención –víctimas y victimarios- partiré de ensayar un cuadro de situación general referido al tópico que nos convoca.

Las diversas posturas filosóficas, sociológicas y jurídicas frente a la problemática de las drogas suelen agruparse contemporáneamente en torno a dos esquemas o paradigmas: **prohibicionismo y antiprohibicionismo**.

Huelga aclarar que en la actualidad, las políticas oficiales de la totalidad de los países, aunque con algunos matices, se aferran al primero, unanimidad a la que contribuye decisivamente la línea represiva adoptada en la materia por la única superpotencia del escenario mundial. Paralelamente, dentro de la postura **antiprohibicionista**, que pugna por superar las actitudes represivas con base en respuestas asistenciales más humanas y efectivas, es posible discernir hoy posiciones diversas, **abstencionistas** algunas, en tanto y cuanto condicionan esa respuesta asistencial a la ruptura, por parte de los individuos a los que se dirigen, con el consumo de sustancias psicotrópicas, y orientadas otras a

la **reducción del daño**, esto es, aceptando como un dato de la realidad esa situación y pugnando por minimizar los riesgos que ella entraña, sin desentenderse por ello de la importancia de la prevención, la capacitación y la educación.

Un enfoque convencional de la historia contemporánea del control social de las drogas podría comenzar por la afirmación de que la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de las Naciones Unidas, aprobada en Viena en 1988 configuró un hito decisivo en la consolidación del modelo **prohibicionista**, impulsado desde comienzos del siglo XX por los sucesivos gobiernos de los Estados Unidos de Norteamérica, pero asumido en términos explícitamente bélicos a partir de 1969, con la asunción del presidente republicano Richard Nixon.

Cierto es que desde entonces, la política criminal de la mayor parte de los países europeos y de todos los latinoamericanos no ha cesado de acentuar el sesgo punitivo en punto a la tenencia y el tráfico ilícitos de un puñado de sustancias naturales y sus derivados, así como de una creciente cantidad de compuestos químicos, muchos de ellos componentes de especialidades farmacéuticas de reconocido uso terapéutico.

Pero a fin de intentar el deslinde eficaz entre los mitos y las realidades, en torno a la temática que nos convoca, vale la pena, en primer lugar, desandar unas cuantas décadas más, y situarnos en el origen del moderno control social de las drogas en el mundo occidental, al que hemos de fijar, con alguna arbitrariedad inevitable, en 1914; y, dado que toda referencia histórica tiene su prehistoria, aludiremos también a ella, con la brevedad que reclama la introducción al tema central que nos convoca, para intentar luego encontrar algún factor común que permita explicar las causas de la consolidación del modelo prohibicionista en los últimos cien años, para luego consignar los saldos de esa cruzada contemporánea, de improbable éxito y de nocivos efectos colaterales.

III

En rigor, la familiaridad con diversas sustancias que hoy denominaríamos psicoactivas se evidencia a través de antiquísimos vestigios tales como los representados por las tablillas sumerias que dan cuenta del uso de la adormidera unos tres mil años antes de nuestra era o, más cercanamente, los configurados por las piedras que reproducen el pequeño cactus continente de mezcalina llamado **peyote** en las culturas asentadas en América Central, diez siglos antes de Cristo.

Hasta las postrimerías del Siglo XIX, la totalidad de las drogas por entonces conocidas poblaban sin mayor sobresalto los estantes de las farmacias y las boticas del mundo occidental.

Algunos de los productos que las contenían, convenientemente industrializados y comercializados, eran publicitados sin reparo alguno. Unas cien bebidas de diversa composición se incluían en ese abigarrado universo, incluyendo el inventado en 1886 por el boticario de la Georgia norteamericana John Styth Pemberton. Se trataba de un brebaje espumoso de base cocaínica, en el que el alcohol, inicialmente utilizado, habría de resultar sustituido poco después por la nuez de Kola, un fruto cuyo nombre erudito es *Sterculia acuminata* y que contiene cafeína. El producto, proclamado por su ingenioso hacedor como tónico nervioso y remedio soberbio, fue bautizado como “Coca-Cola”, nombre fiel a su contenido original.

También militaban entre tantas especialidades, incluidas en un envase doble, sendas sustancias que irían a transformar a una modesta fábrica alemana de tinturas en un emporio químico y farmacéutico: me refiero a la aspirina y la heroína. Esta última, derivada de la morfina, ya había sido sintetizada en 1874 por el inglés Charles Romley Alder Wright, pero sólo fue a través de los experimentos del alemán Felix Hoffmann, realizados en 1897, que logró reconocimiento y difusión; y durante un extenso lapso -casi cuatro décadas- se mantuvo en el mercado con ese nombre, que aludía a sus propiedades analgésicas y antitusígenas y a la creencia inicial de su inocuidad en cuanto a síndromes de

tolerancia y dependencia, a diferencia de la droga de la cual derivaba. El lanzamiento conjunto de ambas sustancias tuvo lugar en 1898, y la modesta empresa germana devenida en gigante era -ni más ni menos que- la Bayer.

Lo cierto es que la venta libre de tantas y tan diversas sustancias vegetales o sintéticas no aparecía, en esa etapa de la historia de la humanidad, como un problema jurídico ni político, ni mucho menos militar. Los excesos registrables en su consumo no pasaban de ameritar alguna mención en los periódicos o de episodios de naturaleza contravencional, como lo apuntan documentadamente autores revisionistas de este tópico, tales como Antonio Escohotado, en sus obras “Historia de las drogas” y “Las drogas, de los orígenes a la prohibición”, u Oriol Romaní, en su meduloso estudio “Las drogas, sueños y razones”.

Parece válido sostener que esa situación de libertad en el expendio y adquisición de sustancias psicoactivas reconocía –de una parte- un sedimento liberal en las relaciones sociales y económicas, a más de un siglo de los dos procesos revolucionarios que habían otorgado protagonismo a la pujante burguesía, y –de otra- la asunción por parte de farmacéuticos, químicos y drogueros del proceso de racionalización correspondiente a ese ámbito de la realidad, despojando a tales materias del carácter mágico con que las habían revestido tanto sus adoradores cuanto sus detractores, y retomando, de un modo genuino, el legado del ilustre Hipócrates, quien, en el Siglo V A.C. había sentenciado, con el tono neutral de un científico, en su célebre *Corpus*, que las drogas son simples “sustancias que actúan enfriando, calentando, secando, humedeciendo, contrayendo y relajando, o haciendo dormir”.

IV

Cabe preguntarse entonces, ¿cómo se ha llegado, en poco más de un siglo, de esa neutralidad racionalista al escenario teñido de belicismo en que hoy nos encontramos frente al tópico?

Los estudios dedicados al tema no suelen apuntar un rasgo muy peculiar en la gestación de esa pretendida

epopeya que tiene por cruzados convictos y confesos a los sucesivos ocupantes de la Casa Blanca.

La génesis de esos intentos de control social fue muy modesta, muy prosaica, y poco o nada vinculada con la salud pública.

Fue una ley fiscal, la *Harrison Narcotics Act*, de 1914, la que criminalizó por primera vez, a nivel federal, el ingreso a los Estados Unidos de plantas foráneas. También lo fue la *Marihuana Tax Act* de 1937: y el mismo carácter revistió la operación que, en septiembre de 1969, lanzó Richard Nixon bajo el nombre de Operación Intercept, destinada -una vez más- a frenar la entrada de cáñamo índico y otras especies vegetales provenientes de México.

Años después, mantuvo ese sesgo la declaración de Ronald Reagan de "guerra total contra las drogas", con la premisa, cara a aquellos gobernantes, de librarla fuera de su territorio, más precisamente, en las fuentes de producción situadas en América Latina y en otras regiones subdesarrolladas del planeta.

De tal suerte, el presupuesto destinado por el Gobierno estadounidense a esa "guerra total" pasó de los 1.200 millones de dólares en 1981 a los 10.000 millones de dólares, apenas una década más tarde.

A la luz de lo que ha venido sucediendo en los últimos treinta años no es aventurado sostener que, a los sencillos propósitos iniciales, vinculados a la protección del erario público y a la fiscalización de mercaderías extranjeras, vinieron a sumarse otras metas, entre las que hoy cabe contabilizar, de fronteras hacia afuera, la posibilidad de avasallar, sin las objeciones que el Derecho Internacional podría oponer, la soberanía de los países productores, como sucedió en algunas repúblicas sudamericanas, mediante la introducción de fuerzas armadas; y -aún- la de destituir mandatarios, a través de fulminantes operaciones militares, como aconteció en Panamá.

De fronteras para adentro, también ha funcionado el control social, aunque de manera asaz selectiva: se han superpoblado las cárceles de los Estados meridionales de aquel país con afroamericanos y latinoamericanos de todas las latitudes, llegando a triplicarse en apenas un lustro la

cantidad de presos en las cárceles de California.

V

Treinta y siete años atrás, Howard Becker acuñaba la frase "empresarios morales" para aludir a las organizaciones, grupos e individuos que inciden -directa o indirectamente- en el proceso de creación de las reglas jurídicas en general y penales en particular, y a quienes tienen a su cargo la aplicación de dichas reglas.

Los llamaba así porque la misión que asumen es la de emprender la creación de una nueva parte de la constitución moral de la sociedad, de su código de lo bueno y de lo malo; y calificaba también a esos "empresarios morales" de "cruzados", por su tendencia a ver algo sagrado en esa misión, generalmente consistente en imponer sus propias convicciones morales a los demás.

Aunque sólo bastaría con eso para mirar con disfavor a estos paladines del bien según su propia óptica, alertaba Becker respecto de otros riesgos generados por su impulso moralizador.

Uno de ellos era formulado en los siguientes términos: "Una de las características del cruzado moral es la de preocuparse más por los fines que por los medios de su empresa. Cuando llega el momento en que hay que formular reglas específicas, recurre frecuentemente a los "expertos": el **jurista** juega con frecuencia ese papel, por cuanto la formulación legislativa es su especialidad; pero el **psiquiatra** es llamado, cada vez con mayor asiduidad, a desempeñar ese rol. Lo esencial, de todos modos, es que el cruzado no se mete en las cuestiones de detalle, y que cuando deja la formulación específica de las normas en manos de otros, abre la puerta a los intereses particulares de quienes van a dar forma a la regla en lugar suyo".

Las observaciones de Becker no parecen haber perdido actualidad. Reformulando, en una versión muy libre, algunos conceptos de la recordada criminóloga venezolana Rosa del Olmo, cabría afirmar que, de acuerdo a los discursos oficiales esgrimidos por los "empresarios de la moral" contemporánea, el consumidor de sustancias

prohibidas ha sido caracterizado, sucesivamente, como el perverso exponente de una subcultura, como un enfermo psicofísico, como un cliente del tráfico ilícito y como un mero cómplice de ese mismo tráfico.

Es conveniente destacar, a renglón seguido, que la respuesta social pergeñada y recomendada por los delegados de esos diligentes empresarios éticos tendió siempre al encierro, a la internación, a la institucionalización de los personajes en cuestión: medidas de seguridad para el consumidor catalogado como vicioso o marginal, tratamiento compulsivo para el portador de una personalidad psicoadictiva y para el toxicofrénico, pena de prisión, progresivamente elevada, para el consumidor devenido en cliente reprochable y, claro está, también para ese consumidor visualizado -lisa y llanamente- como partícipe del narcotráfico.

VI

¿Qué nos señala la realidad social argentina y latinoamericana sobre el tópico?

En términos estadísticamente relevantes, el fenómeno del uso, abuso y dependencia de sustancias toxicomanígenas, en esta región del planeta, configura el resultado de un complejo proceso, que tiene como afectados esenciales a millares de niños, adolescentes y jóvenes, y que reconoce como elementos básicos la insatisfacción de necesidades materiales y afectivas y la frustración de expectativas creadas en los planos personal, familiar y social de los involucrados; todo ello, con el desdibujado y anómico telón de fondo de unas sociedades ancladas desde hace demasiado tiempo en el subdesarrollo.

En reiteradas oportunidades, he cruzado datos provenientes de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia con otros, trabajosamente obtenidos en la Fiscalía de Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, logrando resultados siempre análogos, corroboradores de que el régimen de la Ley 23.737, de represión de la tenencia y tráfico de estupefacientes, sólo sirve para martirizar a las víctimas del mentado tráfico.

Trece años atrás, obtuve valiosa información que encuentro oportuno recordar hoy, a la luz de la que he

logrado relevar menos de un año atrás. En aquel entonces, significativos datos, recogidos durante el año 1996 me fueron proporcionados por otro estudioso de estos temas desde su faz jurídica, el prestigioso magistrado y jurista Dr. Horacio Cattani.

De 2.448 casos por infracción a la referida ley registrados en aquel año, se obtuvo una muestra representativa que arrojó los siguientes guarismos: el 92.8 % de los imputados era de sexo masculino; el 88% eran argentinos. El 97.8 % de ellos no había sido encarcelado con anterioridad, el mismo 97.8 % no portaba armas al ser detenido, y el 97.3% no tuvo otra imputación que la de esa misma tenencia, al resultar captado por las agencias del control social formal.

Pero, además, el 87 % tenía en su poder cinco gramos o menos de marihuana o de cocaína. Y, por fin, seis de cada diez de esos individuos eran desocupados.

Vale la pena, decía, confrontar esos guarismos con otros que obtuve a mediados de 2009, tomando al azar un juzgado federal de esta Capital y contabilizando los datos recogidos durante el primer semestre de ese año.

Las causas por infracción a la Ley 23.737 fueron 450, tomando en cuenta las iniciadas en las 53 seccionales de la Policía Federal, en la Gendarmería Nacional y en la Prefectura Naval con asiento en esta metrópolis. Cifra que autoriza a efectuar una modesta proyección, multiplicando ese número por dos, para abarcar el año calendario, y luego por doce, para englobar a los doce juzgados federales existentes en esta Ciudad. Si así procedemos, notaremos que la cantidad de procesos por infracción a dicha ley se habrán cuadruplicado con holgura en estos trece últimos años, trepando desde los 2.448 reportados por el estudio del Dr. Cattani en 1996, a los 10.800 que esa proyección permite computar para fines de 2009.

Pero más impactante que ese notorio aumento es el desglose de tales casos conforme a la modalidad ilícita concretamente asignada.

Un 10 % de los 450 casos tomados como muestra configuraban tenencias de estupefacientes con presuntos fines de comercialización, un 5 % correspondieron a tenencia

pura y simple y un 10 %, a tenencias para propio consumo.

En el 75 % de los casos restantes, la cantidad de sustancia incautada resultó tan ínfima que condujo directamente al archivo de las actuaciones, por no alcanzar siquiera la entidad de una tenencia para propio consumo, conforme los cánones jurisprudenciales vigentes. Claro está que, de acuerdo a los difusos criterios de eficiencia policial, todos los supuestos quedarán registrados estadísticamente como procedimientos con resultado positivo, dando pie a las críticas de la “opinión publicada”, que se preguntará el motivo por el cual, a tanto esfuerzo de las fuerzas de seguridad corresponde tal desaprensión por parte de los jueces y magistrados.

Vale acotar que, del primer porcentaje, aquel 10 % referido a tenencia con presunto fin de comercialización, sólo el 1 % prosperó como proceso y fue elevado a juicio. Lo que equivale a decir que las maniobras del narcotráfico han quedado, una vez más, al margen de la actividad de las agencias estatales de control. O, visto desde el ángulo opuesto, que han sido los tenedores, en las tres variantes comprendidas en el régimen legal vigente, los únicos destinatarios de la coerción penal.

De tal suerte, el otorgamiento de relevancia jurídico penal a la simple tenencia de estupefacientes desliza la actividad de las agencias del control social, y específicamente, de la policía y las demás fuerzas de seguridad interna, a la casi exclusiva detección e introducción en el sistema penal de usuarios lisos y llanos de esas sustancias, generando en la ciudadanía la falsa sensación de que se está actuando rigurosamente contra lo que todos visualizamos como un grave problema social, cuando -en verdad- el personal y los recursos materiales y técnicos asignados a ese rubro limitan su operatividad a la persecución de quienes no pasan de ser verdaderas víctimas del narcotráfico, desgarneciendo simultáneamente el frente de prevención y represión de este último, única modalidad de este universo pasible de criminalización, en virtud de su objetiva lesividad de cara al bien jurídico de la salud pública.

VII

Hablaba, hace un momento, de un complejo proceso, que tiene como afectados directos a los usuarios. Esto último es indiscutible; más no es correcto simplificar el esquema de modo binario: el universo de la producción, transporte y comercialización es heterogéneo y sus protagonistas difieren grandemente.

En nuestro continente, desbaratado el aparato productivo de los Estados de la región durante el auge del neoliberalismo, la economía **informal** se generalizó como una vía propicia para lograr la inserción de inmensas legiones de desocupados al mercado y a cierto nivel de consumo. Y, a la par de la economía informal, cobró auge otra vía, más expedita y rentable, que es la que el destacado economista alemán Nicolás Hardinghaus, doctorado por las Universidades de Münster, München y Sorbona, llama economía **sumergida o subterránea**, y que permite a los sectores involucrados acceder a un determinado nivel de ingresos por medios ilícitos.

En un estudio titulado "Drogas y crecimiento económico; el narcotráfico en las cuentas nacionales", Hardinghaus apela a la comparación de la economía informal con un *iceberg*, del que emerge una pequeña porción, permaneciendo oculta aquella constituida por las actividades francamente ilegales de la economía, tales como el contrabando, los juegos ilegales, el tráfico de alcohol y de tabaco (en ciertos países, o destinado a menores de edad), y la que él denomina narcoeconomía, la rama más importante de la economía subterránea. Pero se apresura a aclarar -y esto vale resaltarlo al hablar de víctimas y victimarios- que, para un segmento de dicha narcoeconomía, compuesto por los campesinos reclutados para el trabajo manual en los cultivos de coca, de amapolas o de marihuana, siguen siendo válidas las categorías del trabajo informal.

Como lo señala en otro interesante trabajo el economista peruano Manuel Lajo, en las regiones en que se produce la hoja de coca, ésta presenta la mejor alternativa frente a cualquier cultivo legal. Conforme a su planteo, basado

en cuadros estadísticos de los propios países desarrollados, la política de subsidios aplicada por los Estados Unidos de Norteamérica y Europa Occidental para beneficiar a sus agricultores, impide la rentabilidad de otro cultivo que no sea el de coca destinada a la producción de cocaína. “Es imposible –señala- que puedan tener éxito los programas alternativos a la producción de coca, si es que los productores obtienen cuatro dólares (13 soles en moneda peruana) por un kilo de hoja de coca, mientras que por un kilo de papa obtienen 130 veces menos, es decir diez centavos de sol”, situación que se repite, aunque en menor medida, respecto del arroz, el maíz amarillo, la leche e incluso cultivos tropicales como cacao, palma aceitera, café y frutas.

A esta altura, conviene que recordemos que unos cien millones de latinoamericanos vive con menos de un dólar por día, por lo que cuatro dólares por un kilo de hojas de coca representa un estímulo difícil de eludir, sobre todo si el esfuerzo dirigido a otro cultivo recibe un pago menor a la centésima parte de ese monto.

En otro orden, también merece consignarse que son necesarios 110 kilos de hojas de coca, que para el campesino y su familia suponen, entonces, un ingreso de 440 dólares, para lograr un kilo de sulfato de coca, materia semielaborada que se cotiza en la misma zona de producción, en Perú, Bolivia y parte de Ecuador, entre dos mil y cinco mil dólares; pero que, refinada en laboratorios clandestinos brasileños o colombianos y convertida así en clorhidrato de cocaína, asciende a 12 a 15 mil dólares.

Continuando esa cadena, según datos de agosto de 2007, proporcionados por el general Álvaro Caro Menéndez, jefe de la Policía Antinarcoóticos de Colombia, ese kilogramo de cocaína valdrá, al llegar a Miami 20.000 dólares, 25.000 dólares en Nueva York y hasta 35.000 dólares en Europa. Ello, sin contar con que los traficantes adulterarán su mercancía, con agregados tales como lactosa, anfetaminas, talco, leche en polvo, “estirando” la sustancia hasta dejar sólo un 15 % de su contenido original, con el consiguiente rédito extra para sus arcas.

Distintos organismos internacionales calculan que en Colombia se producen cada año unas 800 toneladas de

cocaína y que el 90 % de la droga que se consume en EE.UU. procede de ese país. Y, aunque de cinco años a esta parte, a raíz del denominado “Plan Colombia”, los decomisos de dicha sustancia por parte de las autoridades locales en zonas marítimas comenzaron a registrar mayores volúmenes, todo lo que se ha conseguido fue el aumento del precio del producto, paladinamente admitido por el general Caro Menéndez, en declaraciones efectuadas un par de años atrás; y, tal como lo señaló el especialista peruano Manuel Lajo, al hablar del nuevo *boom* de la cocaína en su país, el desplazamiento temporario del centro de operaciones al Perú o a Ecuador.

Como lo señalé en un trabajo reciente, “un negocio que moviliza cuatrocientos mil millones de dólares al año no parece destinado a desaparecer por acciones esporádicas, por bienintencionadas que ellas sean, las que, coyunturalmente, producen el efecto paradójico de mayores ganancias para los grandes capitalistas de la narcoeconomía.

En tanto, los agricultores conchabados para cultivar las especies vegetales prohibidas, así como los *paseros* o *mulitas* encargados de transportar al menudeo las mercaderías prohibidas, componen los segmentos más expuestos de esa economía paralela. Su lisa y llana equiparación, en términos de respuesta punitiva, con aquellos que, merced a la propia prohibición, obtienen un *plus* de rédito, es una muestra más de la selectividad de todo sistema penal.

Enfrentados a esas situaciones, los cultores de la criminalización en la materia doblan la apuesta: si la estrategia policial, jurídico-penal y militar emprendida perdió batalla tras batalla, la solución es endurecerla hasta lograr la victoria final.

Por su parte, los partidarios de reformar o derogar la legislación punitiva existente sobre el tópico denuncian lo infructuoso de los intentos prohibicionistas y el peligro concreto de que éstos retroalimenten paradójicamente el afán de lucro, la corrupción y la violencia; y, aunque no militan en un mismo campo, puesto que algunos abogan por la mera despenalización, otros por la legalización y otros -aún- por la total permisividad, coinciden en apuntar dos factores adicionales, que guardan cierta relación entre sí.

En primer lugar, destacan que los gastos gubernamentales dedicados a la cruzada antidrogas no han dejado de crecer, y ello ha ocurrido en desmedro de la progresiva implementación de otras políticas oficiales aptas para restar potenciales clientes al comercio ilegal de tóxicos, desde las más generales, como las que se orientan al aumento de la producción y el pleno empleo, hasta las más específicas, como las que tienden a la prevención -mediante capacitación de educadores e instrucción a los grupos de mayor riesgo- y a la asistencia de los afectados por adicciones.

En segundo término, señalan que, por la vía de la represión, se ha colocado a millones de consumidores de todo el mundo, mayoritariamente adolescentes y jóvenes, al margen de la ley.

En rigor de verdad, más allá de la cuestionable constitucionalidad de las disposiciones legales que describen y sancionan conductas de mera tenencia, toda vez que avasallan ámbitos que la democracia liberal dejó tradicionalmente reservados a la conciencia individual y exentos de la autoridad de los magistrados, la punición de la tenencia para propio consumo que un importante elenco de países ha introducido en su legislación sobre el tópico ha convertido a los simples usuarios en delincuentes, y -como tales- pasibles de persecución policial, procesamiento y condena judicial, desocialización penitenciaria y estigmatización social.

Completan tal aspecto claramente disfuncional de la perspectiva prohibicionista los mayores riesgos para esa enorme legión de individuos, derivados, por un lado, del frecuente envenenamiento o sobredosis producido por sustancias elaboradas y comerciadas sin ningún control, y, por otra, de su forzado acercamiento directo a los traficantes, contacto clandestino en cuya ocurrencia cuadra ubicar la génesis del extendido fenómeno del minitráfico protagonizado por sujetos consumidores.

VIII

Para finalizar, vuelvo a referirme, específicamente, a estos últimos, víctimas proverbiales de este conflictivo cosmos.

Vivimos en un mundo repleto de drogas lícitas, y crecientemente provisto de drogas ilícitas, en virtud de la creciente expansión punitiva. En rigor, considero que todo discurso desinteresado sobre la lógica del prohibicionismo en esta materia debería comenzar con una reflexión sobre las drogas reconocidamente lícitas.

En tanto permanezcan abiertos al público los almacenes, las farmacias, las estaciones de servicio, y hasta las librerías y jugueterías, aparentemente tan inofensivas, alguien podrá procurarse sustancias psicoactivas, desde el vino hasta las benzodiacepinas, desde la nafta hasta la cola de aeromodelismo. Todas ellas son objetos de uso tradicional, lícito y -en algunos casos- fomentado; y -obviamente- ninguna de ellos tiene patas para desplazarse ni garras para sujetarnos, por lo que forzoso es concluir que somos nosotros, los seres humanos, quienes las procuramos y les reconocemos otras funciones. Con lo que se derrumba un fuerte argumento de los cruzados del prohibicionismo, alucinados con la idea de triunfar sobre el Mal que combaten, a partir de la desaparición de cierto elenco de especies vegetales y sus derivados.

En ese mundo colmado de tóxicos, en el que todos o casi todos somos usuarios de alguna o algunas drogas, si incluimos el alcohol, el tabaco y los tranquilizantes, nadie se convierte en abusador o drogadependiente por azar ni por accidente. No hay encuentros casuales ni experiencias reveladoras que determinen tales situaciones en quien goce de contención material y afectiva, si se trata de un niño o un adolescente, o en quien haya encontrado o al menos vislumbrado un sentido para su vida, si se trata de un joven o un adulto.

Cuando alguien procura deliberadamente entablar contacto con cualquier droga, o reiterarlo, una vez producido, lo que se evidencia es un conflicto de ese experimentador o usuario con la realidad que lo circunda.

¿Qué significa el consumo intencional de cualquier droga psicoactiva sino una voluntaria modificación de la percepción de lo real, la búsqueda de una situación distinta a la que se vive, así sea artificiosa y efímera; de una situación en la que se pueda, aunque fugazmente, compensar carencias

o satisfacer necesidades que la realidad impone, o alcanzar ilusoriamente metas que la realidad obstruye?.

Quien se droga habitual y sistemáticamente rechaza en términos globales la dimensión tiempo-espacial en que se encuentra, nos grita a la cara que no soporta al mundo -su mundo- tal como se le presenta. Y se “acelera”, se “cuelga” o se “vuela”, para dejar atrás vivencias de exclusión, miedos o vergüenzas, para encubrir o desplazar ausencias traumáticas, ya se deban a muertes, desapariciones, separaciones, o al divorcio emocional o generacional con sus referentes más cercanos; o bien, por las antípodas, para neutralizar la interferencia estereotipada y agresiva de esos referentes, debida al uso arbitrario y omnipotente de las fantasías por parte de estos últimos; o lo hace, por último, en procura de estímulos para una vida tempranamente condicionada por la imposibilidad de proseguir los estudios o la dificultad para conseguir un empleo mínimamente digno. A veces, se agregan otras motivaciones más acuciantes, tales como burlar el hambre o el frío inhalando pegamento, cuando se tiene por toda cama un umbral o el asiento de un tren.

Y, en todos los casos, asoma el espejismo de la autodestrucción, el coqueteo con la muerte, presentida tal vez como la redención de tanta pálida, el final de tanto bajón.

No hay allí un vicioso, ni un degenerado, ni un enfermo que se rotula, se “empastilla” y se guarda, ni un recalcitrante cliente de lo prohibido, ni mucho menos un criminal. Hay alguien que denuncia que algo anda mal en las relaciones humanas.

¿Qué hacemos, entonces, con ese consumidor que denuncia y nos denuncia la existencia de un conflicto del que es víctima? ¿Qué hacemos frente a ese delator inoportuno?

Tal vez resulte más fácil comenzar puntualizando lo que no debemos hacer. No debemos reprochar acerbamente a nuestros consumidores/denunciantes, echando mano de un paradigma ético-jurídico que no cuadra frente a la mayoría de ellos, genéricamente irresponsables del estado de cosas por el que atraviesan.

Tampoco debemos caratularlos como simples enfermos, echando mano del paradigma médico-sanitario, sin asumir que son sujetos emergentes de conflictos que los trascienden,

y sin comprender que ningún tratamiento de los efectos servirá para remover las causas de su problema existencial.

Si, con ayuda de los "expertos" juristas, privilegiamos la solución punitiva, llenaremos las cárceles de individuos a los que, en puridad, de poco o nada cabe culpar; con beneficio, eso sí, para los industriales del control social formal en sentido estricto.

Si, con el auxilio de los "expertos" psiquiatras, nos valemos de la solución curativa, sin un abordaje integral de cada caso, engrosaremos, sin otros éxitos a la vista, los ya cuantiosos dividendos de la "industria" de la salud de los adictos, esto es, de los "industriales" del control social formal en sentido lato.

La ley actual, Nº 23.737, cumple, en su ejecución, con nuestro antiguo vaticinio: sólo los tenedores pueblan las estadísticas. La alianza de los expertos dio lugar, en virtud de su régimen, a un sistema mixto, que combina penas y medidas de seguridad, es decir, represión y tratamientos compulsivos, si se entiende que, en ausencia de un grado aceptable de recuperación, se aplicarán ambas consecuencias jurídicas al sujeto que no colaborase con el tratamiento impuesto.

El Estado creó un oligopolio a estos fines, al instituir una lista de instituciones bajo conducción profesional, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, en el artículo 19 de la ley.

Claro está que, para aquéllos que no pudieren acceder a los servicios de esas instituciones, los autores de la ley 23.737 tuvieron a bien incluir un lugarcito en las unidades del Servicio Penitenciario Federal o Provincial.

Me pregunto:

¿Se ha configurado, tras dos décadas de vigencia de esta ley, una red institucional que permita la interacción de los organismos educacionales, médicos, asistenciales y judiciales con las organizaciones no gubernamentales reconocidas?

¿Existen canales orgánicos a través de los cuales se pueda concretar comunicaciones formales e informales en torno a los casos individuales?

¿O todo sigue igual, o peor, con los juzgados

derivando gente de manera inconsulta, los institutos de menores haciendo gala de la burocracia que los ha hecho tristemente célebres, y los respectivos Consejos de Niñez, Adolescencia y Familia administrando becas, sin que todos los grupos involucrados en el sistema puedan fiscalizar, como cuadra a una República, esa acción de gobierno?

Son preguntas formuladas aquí, no sin escepticismo, porque -en definitiva- y como queda expuesto, todo este andamiaje jurídico -institucional se fundamenta en las dos clásicas estrategias, la punitiva y la psiquiátrica, miopes por definición frente a un problema existencial polifacético, como es el de la adicción a sustancias psicoactivas.

Aún cuando alguien pudiera responder de manera tranquilizadora a esos interrogantes, quiero limitarme a recordar que, frente a aquellas dos tradicionales líneas de acción, se yerguen otras más eficaces y -también- más económicas. En el medio familiar, para no dejar de mencionarlo, el reencuentro en el amor, la comprensión, el respeto mutuo y el diálogo constante.

En las asociaciones intermedias y organismos no gubernamentales, las tareas preventivas, educativas y terapéuticas, en ese orden, y la apertura de ámbitos alternativos para contener integralmente a quienes carezcan de núcleos primarios válidos.

En la órbita estatal, en lo específico, el abandono paulatino pero firme de las soluciones represivas y el fortalecimiento de las campañas de prevención, capacitación y educación, aconsejadas por la Organización Mundial de la Salud desde hace medio siglo; con su correlato de detección precoz de las situaciones conflictivas atravesadas por los niños y adolescentes.

Y, en lo general, la adopción e implementación de políticas sociales que no condenen a la marginación a las clases populares, que no mutilen el futuro de millares de seres humanos, que le devuelvan a la niñez y a la juventud la posibilidad de proyectar dignamente sus vidas, para que dejen de soñar con sus muertes.

Para concluir, en términos de Política Criminal, y en consonancia con la doctrina del fallo “Arriola, Sebastián y otros” de nuestra Corte Suprema de Justicia Nación, de

fecha 25 de agosto de 2009, diré una vez más que **respuesta estatal** a un **problema social** no es sinónimo de **rejas**. Mucho menos, cuando el problema está representado, de cara al usuario, por el acto preparatorio de una autolesión, exento –por regla- de la autoridad de los magistrados. Ofrezcamos asistencia, no prodiguemos represión a quien lo ponga en práctica.

Dr. Mariano Castex

Doctor en Medicina de la Universidad de Montevideo, (Uruguay) y la UBA. Médico legista de la UBA. Se desempeña en la Secretaría de Estado de Salud Pública de la Nación. Especialista en psiquiatría y en psicología médica del Colegio de Medicina de la Provincia de Buenos Aires y licenciado en Filosofía de la Universidad del Salvador. Director del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y profesor titular regular de psicología forense y de medicina legal de la UBA y en diversos cursos de posgrado, investigación y autor de numerosos artículos.

Al agradecer la invitación, me place sobre todo recordar que a la jefa de la Defensoría de la Nación, la Dra. Stella Maris Martínez, la conozco desde que era una chiquilla inquieta, sabia, peleadora, de los tiempos cuando era secretaria de instrucción. Hemos compartido con ella, junto con muchísimos otros defensores, en distintos departamentos del país una lucha permanente al servicio de la Defensa. Sobre todo, también hemos compartido horas muy agradables cuando ella se doctoraba en España. Recuerdo esas horas que pasamos en Chinchón, con un miembro de la Corte, tomando anís, en las que casi perdimos la vida porque conductor se había alegrado demasiado. Para eso en la madre patria no hay como Cinchón y buena compañía. De manera que muchas gracias, y muchas gracias a la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires también con quien compartí muchas horas de intenso trabajo con el Dr. Guinney a quien tengo siempre presente, como a todos los defensores. Voy a leer, como mi antecesor en la palabra. Es muy breve lo mío, porque para definir bien el 34, 1º CP en relación con la personalidad toxicofílica si es que existe, y creo que no existe, hay que tener bien definidos los tantos en este tema.

Como se sabe al presentarse, entre bombos y platillos,

en los claustros académicos el texto del Artículo 34 primero de nuestro Código Penal, suele señalarse que se trata de una fórmula psicológica psiquiátrica jurídica, y como en las promociones de los vendedores ambulantes, se la honra con el título de las más completa, la más justa, la más humana, desgranando el Dulcamara de turno, como en la ópera de Donizzetti, una empalagosa glosa pletórica de encomios acerca de las virtudes de su contenido y la visión extraordinaria de aquellos que la incluyeron en el texto del Código argentino. Nada sólido puedo oponer a tal visión a no ser, lo acotado hace un par de lustros en un texto internacional en referencia a la Argentina, en donde los autores al referirse a nuestro país, señalan que en materia penal y penitenciaria los textos legales son excelentes, lástima, añaden, que rara vez se implementa en forma debida. ¿Qué no se podría decir hoy en día, tiempo en que la más absoluta anomia es impulsada en forma irracional por el ejecutivo nacional?

Pero obviando lo antes dicho, se trata en efecto de una fórmula conteniendo un tríptico en donde es fácil distinguir entre la dimensión biopsico-psiquiátrica y aquella normativa valorativa jurídica. Estando lo primero condicionado por completo a la tarea pericial especializada, y lo segundo estrictamente reservada a la tarea del o los magistrados intervinientes, como lo señala con acierto, Frías Caballero.

Ello implica que en materia de excusabilidad por causales psicopsiquiátricas, la doctrina no se inclina por una vertiente psicologista, o psiquiátrica, como tampoco por una marginación de ambas, sino que elige *ex profeso* una figura intermedia integradora en donde lo esencial es saber si el injusto ha sido cometido por un encartado con capacidad, en ese momento, para valorar debidamente la norma jurídica que transgrede -no otra cosa es el comprender- y si en ese preciso momento tuvo autonomía psíquica suficiente como para adecuar su conducta a la norma introyectada. Esto determinado, la norma obliga a encuadrar lo afirmado previamente, en segundo lugar, dentro de alguno de los componentes psiquiátricos de la fórmula, insuficiencia de facultades, alienación morbosa de las misma, perturbación grave de conciencia -enunciada como estado de inconciencia- y finalmente el error de tipo por incapacidad psíquica. Lo cual

de no darse, no permitiría la declaración de no punibilidad por razones psicológico psiquiátricas. Sobre el error de tipo por limitación psíquica se han ocupado en nuestro medio Zaffaroni y Righi y se vio con claridad en el caso del “tirador de Belgrano”, en el que con notoria sorpresa, pese a comulgar en el encuadre con todos mis colegas forenses oficiales, ninguno sabía qué era el error de tipo por limitación psíquica. Empero, ello no sorprende, ya que son en mayoría amplia sostenedores de la posición alienista que hoy impera en toda la República entre los médicos legistas.

En consecuencia de lo expresado, la correcta aplicación de la fórmula en sí misma, veda y torna hasta ridícula la pregunta habitual formulada en la calle, no solamente entre legos, sino también entre profesionales, sean estos hombres del derecho o la medicina y sus ciencias afines. *-Dígame, doctor, para usted ¿los psicópatas son o no son inimputables?*. Y cuando no se inquiere sobre la psicopatía, figura nosológica por demás controvertible, equívoca y confusa tanto en la psicopsiquiatría asistencial como en la forense, se habla en algunas escuelas de locura moral. Ya se ha definido lo que era esto, en la disertación anterior. Se interroga sobre cualquier cosa, como si los pacientes o peritados fueran no personas, sino fichas a colocar en una mesa y en un dictamen.

En la encrucijada en la que se encuentra el Derecho Penal y las ciencias psiquiátricas psicológicas y sus derivados, tres son los ejes que giran en torno a los conceptos de responsabilidad criminal, y por ende de la imputabilidad, así como los criterios a tener en cuenta para la aplicación de las penas y /o posteriores medidas en los casos de una excusabilidad total o parcial de la culpabilidad criminal.

Primero: la determinación de la ausencia de responsabilidad criminal por pérdida o severa limitación de la autonomía psíquica - y uso el término en sustitución de libertad, porque yo no conozco ningún dios que haya bajado del Olimpo hacia a los médicos para darles la autoridad para interpretar el grado de libertad de alguien-.

Segundo: la existencia de circunstancias psicológicas atenuantes de tal responsabilidad.

Tercero y finalmente: la existencia de circunstancias agravantes admitidas en algunas legislaciones como en el

caso de la ebriedad habitual. Así, en el análisis comparativo de tales ejes se tornó conveniente distinguir modalidades con que tales figuras se perfilan en los sistemas enumerados. Pero previo a ello, es interesante señalar que en el conjunto se ha instaurado desde hace siglo y medio aproximadamente, un debate en torno a la imputabilidad, la responsabilidad criminal y la culpabilidad, en donde parecería que pocos autores escuchan aún cuando se oigan o pretendan hacerlo y mucho menos se comprenden, presionados como se hallan, tanto por preconceptos e ideologías, como por el frecuente discurso de conceptos médicos, psiquiátricos, psicológicos conductuales, estando la mayor parte de ellos ubicados, en tablados de emisión societarios, desde donde sus respectivos discursos quedan absolutamente condicionados por las circunstancias, emanando para peor desde un trasfondo pobrísimo en la historia del derecho, magro en filosofía y caquéctico por completo en respeto a la dignidad humana y a la intrínseca libertad de la persona tanto propia como ajena.

Vale la pena señalar que, el autor de estas líneas en su condición de perito, legista independiente al actuar en las áreas médicas, psiquiátricas y psicológicas, oye con frecuencia a sus colegas forenses, sobre todo a los actuantes en el ámbito penal referirse a la escasa simpatía que encuentran en algunos magistrados cuando los informes no se elevan en estricta concordancia con la postura denominada “alienista”. En el momento actual se baja la línea para que no haya inimputables por razones psiquiátricas, y esto es de experiencia común y lo saben casi todos los defensores que están acá, como conocen también y son impotentes ante ello, de tantas otras líneas que se bajan en los estrados. Así, con no poca frecuencia, se aprecia en acusaciones y sentencias, el recurrir a argumentaciones alambicadas en conflicto con las posiciones de avanzada de las diversas ciencias y artes que confluyen en el tema pero prestando fidelidad al discurso societario, adecuado como está este en gran parte al discurso del terror, que acaricia a un sociedad bifronte en lo moral, de la que emana de continuo y en respuesta condicionada por aquél, el clamor por la seguridad social, aún cuando se despreocupe por completo de las causas de tal inseguridad en que habitan sus componentes, o ignoren y rechacen las concepciones que les enrostran ser

causa de aquello a lo que temen y o condenan.

Se está así de lleno, ante la distorsión de las ciencias en función del “servicio a la pena como palabra tranquilizadora” y en “la emisión de la respuesta de censura” como lo señalaba este autor hace algunos años en un informe de investigación al CONICET, y no en la búsqueda permanente de la verdad, única dinámica aceptable en el quehacer de las ciencias y la justicia.

Así la comprensión de las temáticas planteadas en párrafos superiores, dentro de ese sistema o todo legal es compleja, habiéndose desarrollado a partir del inicio del siglo XIX una intrincada relación entre el Derecho, la psiquiatría y psicología, en donde alternan ya la cooperación, ya la rivalidad, ya la profunda desconfianza dentro del campo de Agramante *supra* descrito. No es un secreto ya, incluso para quienes no comulguen con la peculiar visión socio-histórica del autor, que en todos los sistemas penales del mundo occidental o los desarrollados bajo su influencia, la psiquiatría ha ido creando a pedido del todo legal, y en especial del Derecho Penal una especie de “jargonafasia” (el hablar propio de los esquizofrénicos) o de “distorsión de categorías y conceptos” que por momentos han logrado distanciar a la psicopatología forense de cualquiera de sus ramas madres, fuera cual fuere la ideología en que hubiere sido dada a luz. Se ha conformada así una corte de jusmesía al servicio del discurso deseado por la política del momento. Lamentablemente esto es mayoría en no pocos cuerpos forenses, donde basta identificarse como perito de la Defensa para que te maltraten, te tengan esperando, y te minusvaloren, como lo pueden decir los defensores.

En esta distorsión no se encuentra exento de responsabilidad el orden médico, críticamente analizado con maestría por Cravreul hace más de dos décadas, un discípulo de Lacan, orden que ha contribuido llevado por su omnipotencia narcisística a crear una medicina legal dentro de la cual nacieron y se desarrollaron tanto la psicología como la psiquiatría forense, la cual sustentando con frecuencia dudosos conceptos, como lo señala Foucault, al analizar la idea de peligrosidad individual, no vacilan en imponerse en los tribunales como la voz de un oráculo, o

de un profeta, decidiendo ya no solo sobre la salud de un individuo determinado, sino también sobre el futuro de este, ya en libertad, ya institucionalizado, sea en la cárcel o en un similar disfrazado de hospital o de instituto de recuperación. Concreciones todas estas forjadas por igual en la bobería del cemento y el hierro, de donde emerge la palabra tranquilizadora que arrulla en la sociedad contemporánea que se afirma como civilizada. A esto llamo yo “proveer el discurso deseado”. Somos esclavos cuando lo hacemos.

Tal vez, en la década actual, dos sean los puntos más débiles que contribuyen a la decadencia *supra* descrita. La primera, estaría en el error que cometen no pocos psiquiatras y psicólogos al presentar sus conclusiones ante un tribunal dándolas como certezas y fundándolas como datos científicos sólidos. Doloroso es admitirlo pero raros y no frecuentes son los casos en que un dictamen pericial psicológico psiquiátrico forense puede producirse con el grado de certeza moral que definían jurisconsultos de todo el mundo, encabezados por el Papa Eugenio Paccelli en 1946.

Para peor las clasificaciones internacionales actuales como el DCM 4 R, el futuro DCM 5 que ya está proyectado y el CI 10, están siendo abusadas en extremo, intentando imponer un lenguaje unívoco, por cierto utilísimo en la medicina y sus negocios y en la psicoclínica epidemiológica asistencial, pero que al ser utilizado en el ámbito del foro es distorsionado con frecuencia en función de las ideologías que sustentan -quíerose o no- los diversos enfoques e interpretaciones del derecho en especial del penal. Así, con una figura como el trastorno de personalidad, recipiente en donde se arrojan las conductas policotocofílicas sin pudor o ciencia alguna, se está creando una permanente perturbación mucho más grave que la originada con fines estrictamente criminológicos, utilizándose la forzada y hasta absurda distinción entre anomalía psíquica, -patológica o no patológica-, introduciendo esta última una suerte de figura nosológica que fuera del área del foro es considerada como apuntando a perturbaciones, disfunciones, alteraciones o patologías, pero que en los estrados de un tribunal, en los desarrollos concretos es asumida y explicada como normalidad no patológicas, con el único fin de sortear la excusabilidad de una conducta, y evitar la sustracción del

inculpado a la trituradora penal. Lo que no evita, en cambio, que al condenar al sujeto totalmente normal en cuanto a lo no excusable en lo que hace a la conducta inculpada, se aconseje su tratamiento psicoclínico en especial psicoterapéutico, y se ponga en guardia frente a su propia peligrosidad. ¿Acaso hay algo más absurdo en el foro que afirmar la normalidad jurídica o la normalidad no patológica psicopsiquiátrica de un sujeto y a la vez, afirmar su elevada peligrosidad recomendando que a lo largo de su condena se efectúe tratamiento por parte de la especialidad? ¿Dónde, en consecuencia, se halla la línea divisoria entre la salud y la enfermedad mental? Me remito al primer expositor de hoy.

Todas las toxicofiliias severas son víctimas en el fuero penal de esta perversa manipulación. Todas, absolutamente todas, y en cualquier grado. Es obvio que ante los casos de intoxicación severa será fácil encuadrar la conducta productora de un injusto, pero el mundo real, es precisamente en el infinito espectro de los estadios intermedios en donde impera con gravedad esta solapada forma de violencia del poder penal. La grisalla de la que habla Lacan es precisamente esa, y con mucha facilidad permite que peritos y jueces se deslicen con frecuencia sin caer en la cuenta de ello, por el sutil y muy seductor tobogán que lleva desde la objetividad científica al sesgo y al juicio moral o ético.

En último caso, no existiendo el reconocimiento explícito de la imputabilidad disminuida al menos en nuestro Código, ciertamente cabe tener presente el recordar que los artículos 40 y 41 del Código Penal argentino abren la puerta a la consideración de las circunstancias atenuantes o agravantes en el caso de aplicación de penas. En el llamado caso Tejerina al pronunciarse la Corte Suprema Justicia de la Nación, el voto del Dr. Maqueda, recuerda precisamente que esa evaluación de atenuante de culpabilidad no fue efectuada conforme al derecho básico de la acusada, no pocos magistrados continúan actuando como si tal norma fuera inexistente. Ese fallo de Tejerina, que se perdió por un voto por una circunstancia de presión de prensa, es un auténtico hito en el derecho penal argentino. El voto de Fayt y Zaffaroni es una condena definitiva crítica a toda a la actividad pericial forense médica y psiquiátrica. Pocos lo

leen, porque son votos en minoría. Tampoco se lee el voto Maqueda y su recuerdo de la oportunidad de aplicación del art 41.

Lo expuesto es una modesta síntesis de lo que puede decirse de este art. 34, 1º CP. Oportuno para concluir, es recordar que esto está íntimamente ligado, con el tema de la insania y la inhabilitación que afecta muchas veces a no pocos defensores, también en penal. Para ser insano, declarado por el 141, el Código Civil no dice disminución de capacidad, dice “que no tenga capacidad”, lo equivale a decir “que no tenga autonomía”. O sea que, en este art. 141 CC tienen que entrar exclusivamente aquellos que ya no tienen autonomía (interpreten el resto del artículo), en cambio, en todas las patologías mentales donde hay disminución de esa autonomía, entonces entraríamos en la medida protección del 152 bis. El país está saturado de gente que está estigmatizada dentro del art. 141 y que pide -como una pobre abogada de 77 años, que hace tres años que está luchando por que quiere que la recalifiquen- que le digan por justicia que ella es un 152 bis, y que nunca estuvo en el 141. Su lucha empero, es estéril. Esta mujer estigmatizada, hace procuración. Ahora bien ¿tiene o no tiene autonomía? Tendría que estar encuadrada en un 482 o un 152 bis, pero jamás en un 141. Ha sido condenada de por vida. Y cuando se le dijo el otro día de hacer un escándalo internacional, dijo *iNo, para qué, van a decir que estoy loca!*. El argumento que se da para mantenerla en el 141 es que precisamente lucha por libertad y eso es su locura. Ahí tienen un ejemplo típico de lo que puede la perversión del encuentro del discurso judicial y psicopsiquiátrico.

Prof. Jaime Náquira Riveros

Licenciado en Derecho, con especialización en derecho penal. Licenciado en Psicología con especialidad en Psicología clínica y Psicología social (Pontificia Universidad Católica de Chile). Profesor titular de Derecho Penal Criminología y Psicología Jurídica. Director del programa de Posgrado en Criminología en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor investigador invitado a la Harvard Law School de los Estados Unidos de Norteamérica. Docente invitado por la Defensoría Penal de Chile y por el Ministerio Público de Chile. Dicta cursos de pre y pos grado en Argentina, Paraguay, Perú, Bolivia, Brasil, Colombia, México y España.

En primer término, quisiera agradecer a la Defensoría General de la Nación, a la Defensoría de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y a todos aquellos que han hecho posible estas Jornadas, la invitación que se me cursara y que me ha permitido, al igual que a Uds., poder aumentar mis conocimientos con las brillantes intervenciones de quienes esta tarde han compartido su vasta experiencia y algunas de las conclusiones de sus investigaciones y eso es un privilegio que han podido ustedes también compartir. En segundo lugar, quisiera, como simple chileno, expresar mi reconocimiento y gratitud al pueblo hermano de Argentina que está hoy representado por cada uno de ustedes, porque este maravilloso país, expresando un sentimiento humanitario solidario, se ha hecho presente en Chile con alimento, agua, hospitales de campaña en las zonas que han sido golpeadas de forma atroz por la naturaleza. Ahora, y después de haber expresado los sentimientos antes señalados y que para mí es lo fundamental, puedo iniciar el desarrollo de mi modesta intervención.

Para comenzar, quiero dejar en claro que mi exposición trata en una apretada síntesis de lo que en Derecho Penal se conoce bajo la expresión de inimputabilidad penal. Desde

ya para entender el contenido y alcance de la expresión inimputabilidad, debemos recordar lo que es la imputabilidad penal. De esta forma, se puede afirmar que la imputabilidad es un elemento que integra la culpabilidad penal. No obstante, más de uno de los aquí presentes me diría y con justa razón, que dicha afirmación es algo discutido y discutible, porque la imputabilidad penal podría ser considerado como un presupuesto de la culpabilidad y no simplemente como un elemento de ella y, ambas posturas doctrinarias, pueden ser estimadas correctas. Más aún, alguien podría ir más lejos e indicar que, en la evolución del Derecho Penal, la imputabilidad ha sido postulada como presupuesto no sólo de la culpabilidad sino de toda la estructura del delito y, quien afirme esto, también tendría razón.

Lo que ocurre, como lo ha dicho de manera muy acertada, nuestro querido amigo el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, la estructura del delito supone una capacidad psíquica de los seres humanos que está necesariamente presente en su base y en todos los elementos que conforman el hecho delictivo. Esta verdad suele ser raramente expresada por la gran mayoría de los autores, aunque, ninguno se atrevería a desconocerla. De hecho, quienes siguen la sistemática finalista, al tratar de la tipicidad subjetiva no suelen manifestar antes de tratar el dolo o la imprudencia, que dichos factores presuponen de la capacidad psicológica de los seres humanos para captar o percibir la realidad sin distorsiones. Pues bien, si el dolo es “conocer y querer” realizar todos los elementos que integran un determinado tipo penal en la versión clásica ortodoxa, ello significa entonces que el legislador penal, presupone que el sujeto activo de un homicidio, de una violación, de un hurto, de una estafa, o de cualquier delito, tiene la capacidad psíquica para percibir la realidad sin distorsiones. Si el dolo es conocer, para que exista este elemento intelectual o cognoscitivo en un homicidio, el sujeto tiene que percibir que le está quitando la vida con arma letal a un ser humano. Porque si el sujeto cree que está dándole palos, golpeando o matando a un gato, sería típico de “gaticidio” pero no de homicidio; en consecuencia, la capacidad psíquica se presupone también a nivel de tipicidad y dicha capacidad

en el nivel de la tipicidad sería de poder percibir, captar o registrar la realidad tal cual es, sin distorsiones. Entonces, y solo entonces, podemos hablar de dolo, de lo contrario no.

Hecha esta aclaración, llevada esta capacidad psíquica a la culpabilidad, podemos decir que un sector relevante de la doctrina y jurisprudencia penal estima que la culpabilidad es un juicio de reproche a la persona protagonista de una conducta típica y anti jurídica. Aquí hay una idea que no es menor, reproche a la persona. Si eso es así, y yo quiero ser consecuente, la culpabilidad me lleva a mí o al Tribunal a tener la convicción que, por ejemplo, Heriberto de las Mercedes, que es el procesado, él es culpable. Cuando digo él, significa que el tribunal de alguna forma tiene que tratar de hurgar, investigar, de acercarse a esa persona. Es un esfuerzo difícil. Alguien me dirá que ello es difícil, pero es una cuestión que demanda un esfuerzo del que no me puedo sustraer. Esta dificultad ha llevado a un sector de la doctrina, que considera esto imposible, a plantear una alternativa. Y la alternativa es que en vez de conceptualizar a la culpabilidad como juicio de reproche personal, sería válido sostener que la culpabilidad es un juicio de reproche social. En consecuencia, esa tarea de acercarme a Heriberto de las Mercedes no la tengo que hacer, me basta con pensar, reflexionar y preguntarme si un hombre medio, en la situación de Heriberto de las Mercedes, habría o no actuado como él. Si un hombre medio en su lugar no hubiera hecho lo que usted ejecutó, lo declaro culpable. Si se le reprocha al inculpado o condenado, porque en el caso concreto en el que se encontraba, podía haber actuado de forma diversa a como lo hizo. Y, si hubiera actuado de forma diversa a como lo hizo, hubiese obrado conforme a Derecho, sentido, o valor. Aquí hay otro problema, el que consiste en que bien sea la culpabilidad un juicio de reproche personal o de reproche social al autor de un hecho delictivo, dicho “reproche” implica un reconocimiento tácito, implícito a la libertad del hombre, a la capacidad de actuar en un u otro sentido.

Hoy en día, en el Derecho Penal a nivel doctrinario, también la libertad causa temor porque es difícil constatarla,

para algunos, imposible su comprobación y, para otros, es algo inexistente. Entiendo que autores muy calificados han optado por buscar un fundamento diverso porque es más cómodo, más fácil, y nos evita estos problemas filosóficos o existenciales. Personalmente, me parece equivocado huir de la libertad como fundamento de la culpabilidad. Me parece equivocado porque en el Derecho Penal, para bien o para mal, el legislador penal, no puede prescindir de un presupuesto valorativo que es previo y anterior al legislador penal. Y es que en la Constitución de cada país del Cono Sur, del Cono Norte, y en un Sistema Europeo- continental, o en un Sistema Anglo-americano, hay una concepción antropológica, que nos guste o no nos guste, inspira la Constitución y la normativa nacional, que es la concepción antropológica del ser humano como ser digno, libre y, por ende, responsable. Eso a mí me lleva a pensar que, una doctrina penal que pretenda sacarle el cuerpo, eludir el reconocimiento implícito a la libertad, me resulta muy discutible. En efecto, tendríamos que la Constitución política, la ley fundamental, nos dice que somos libres, explícita, un capítulo de garantías, derechos o libertades fundamentales, donde la libertad campea de principio a fin, pero, cuando llegamos al ámbito penal, no creemos en ella. Lo anterior, me parece una grave inconsecuencia, y esa visión que está sustentada por gente muy calificada, al menos no la comparto.

Un segundo problema, es fijar el patrón o medida para establecer la culpabilidad. Un patrón estructurado sobre la experiencia de un hombre medio o bien uno de carácter personal-objetivo sobre la experiencia vital del inculpado. Alguien me podría decir es más cómodo el patrón general-objetivo. Pero, de asumir dicho baremo, ello tiene sus implicancias. Porque a lo mejor podríamos decir no nos compliquemos la vida, la imputabilidad se determina conforme a un patrón general-objetivo. Pero eso nos va pesar más adelante en otros elementos de la culpabilidad, por ejemplo, en el tratamiento del error sobre la prohibición. Al llegar al estudio del segundo elemento de la culpabilidad: conciencia de lo ilícito, debo determinar si el error sobre la prohibición, que impide la configuración de dicho segundo

elemento, puede ser considerado evitable o inevitable y la interrogante que entonces nos surge es: evitable o inevitable ¿para quién? No es lo mismo la persona que ha nacido, crecido y vive en una ciudad o en un pueblo modesto, cuyo su nivel intelectual y roce social es rudimentario, y compararla con un sujeto que ha nacido, crecido y vive en Capital. Obviamente que son mundos muy distintos, y entonces viene la interrogante que me planteo, ¿es justo que diga vamos a establecer lo evitable o inevitable conforme a un patrón general-objetivo? De aplicarse este patrón ¿hacemos Justicia? En mi opinión, no. Esto equivale, guardando las proporciones, a decir: como el ciudadano argentino a partir de los 18 años calza 7 en zapatos, el condenado deberá usar zapatos de ese número y no otro, le quede bien o no dicho número. Esto que nos parece absurdo y ridículo, en mi opinión pasa también si usted opta por un patrón general-objetivo para establecer la culpabilidad. Creo que la obligación constitucional y de sentido común es que todo tribunal penal debe hacer Justicia a la persona del procesado que tiene nombre y apellido y no a un supuesto hombre-medio carente de existencia real y, que por lo mismo, nada ha hecho. La Justicia penal es algo eminentemente personal y referida al caso concreto.

El problema de la libertad no está solamente en la culpabilidad, en la imputabilidad, en la conciencia de lo injusto, en las situaciones de no exigibilidad, está en otros ámbitos. Por ejemplo, en el delito imprudente, es preciso establecer si el sujeto podía o no violar, cumplir o no cumplir, el deber legal de cuidado. Si nos trasladamos a otro terreno, hoy en día, nadie discute que para configurar la omisión, hay que establecer si el sujeto, en la situación concreta en la que se encontraba, podía efectuar la acción debida o esperada, de modo que caemos de nuevo a lo mismo.

Dejo esto porque tenemos que avanzar en el tema que nos interesa, la imputabilidad penal. Hemos visto que la imputabilidad tiene relación con la culpabilidad, la culpabilidad hasta ahora sería un juicio de reproche personal o social, a un sujeto, autor o protagonista de una conducta típica y antijurídica porque, en el caso concreto en

que se encontraba, podía haberla evitado. Se podía también tener un criterio individual, social. Pero claro. ¿Qué rol juega la imputabilidad con la culpabilidad? ¿Qué relación hay?. Para la doctrina en esta materia, la imputabilidad, bien sea elemento o presupuesto, ¿cuál es su contenido? La doctrina dominante en el Sistema Europeo -continental nos dice que es una capacidad que el legislador legal presume a partir de cierta edad (18 años en el Derecho Penal de adultos) y sobre la base de un desarrollo bio- psico-social normal y que está constituida por dos dimensiones: una dimensión intelectual-valorativa que se expresa, proyecta, traduce, o se evidencia en que el sujeto es capaz de discriminar lo lícito de lo ilícito, lo justo de lo injusto, lo permitido de lo prohibido. Aquí quiero enfatizar una idea. En general, los autores suelen hablar de una dimensión o elemento intelectual. Personalmente, creo que, hay que insistir en que lo propio y característico de esta dimensión es su naturaleza valorativa. Si tomamos el texto penal argentino en su Art. 34, ha dado un paso más allá, porque nos habla concretamente de la capacidad de “comprender la criminalidad”, es decir lo que en otros países, por ejemplo en España o en Alemania, el legislador penal habla de la comprensión de la “ilicitud del hecho” lo que ha dado pie para que la doctrina discuta sobre el sentido y alcance de la “ilicitud”. Basta que el sujeto sea capaz de saber que su acto era ilegal o que era contrario a las normas sociales. En el caso de este país, el legislador penal argentino ha dado un paso más allá y, por eso, habla de “criminalidad”. No basta con que el sujeto sepa que era inmoral, antisocial, que era simplemente ilegal. Era ilegal penalmente, era ilegal con el sello de la criminalidad, lo cual es más exigente. En consecuencia esta primera dimensión de la imputabilidad penal es de valoración, de discriminar, de ponderar, de estimar, de enjuiciar como criminal o no el acto.

Pero también la imputabilidad posee una segunda dimensión, que se expresa en una facultad volitiva o conativa, que se evidencia o manifiesta en la capacidad que el legislador penal presume, a partir de cierta edad, que el sujeto puede autodeterminarse conforme a Derecho, a sentido o conforme a valor. Como percibo que este acto es ilegal, tengo dos

alternativas. Lo hago pero sé que voy a perpetrar un acto criminal, o bien me digo, como es criminal no lo voy a llevar a cabo, con lo cual, mi conducta se ajusta a Derecho. Ha existido una tendencia en la legislación penal de la mayoría de los países en el sentido de rebajar la edad a partir de la cual se puede presumir la imputabilidad penal. El argumento fundamental ha sido que, en la actualidad, la información o conocimiento socio-cultural los jóvenes lo adquieren mucho antes de lo que ocurría 50 años atrás. Si bien lo anterior es cierto, no hay que olvidar que la imputabilidad no es solo información o conocimientos, implica una segunda dimensión, la capacidad para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor. La pregunta que nos podemos hacer es: ¿qué tan cierto es que las personas mayores de 18 años tienen capacidad de autocontrol? Yo siempre recuerdo una experiencia que viví en los años en que era Director de la Facultad de Derecho de mi universidad, me refiero a la primera fiesta social de bienvenida que la Universidad da a sus novatos. En ese contexto yo los recibía en la puerta del local y les preguntaba ¿sabe Ud. cuál es la situación legal de conducir bajo la influencia del alcohol? Y todos sin excepción me respondían que ello constituía un hecho ilegal. ¿Cómo creen Uds. que se retiraban esos mismos novatos en la madrugada del día siguiente? ¿qué había pasado? ¿había un problema de información valorativa? No, en absoluto, ¿qué es lo que había fallado? La capacidad de autocontrol. En consecuencia, la imputabilidad tiene esas dos dimensiones. Para que alguien sea imputable tiene que reunir las dos, para ser inimputable basta con que alguna de ellas esté afectada en forma seria o grave. Afortunadamente, el distinguido Dr. Mariano Castex con su acostumbrada sabiduría y claridad, nos ha ilustrado de las posibles causas psicopatológicas que pueden configurar una causal de inimputabilidad.

A esta altura podemos plantearnos otro interrogante. ¿Qué relación tiene la imputabilidad penal con los otros elementos de la culpabilidad?. Como recordarán, la culpabilidad está conformada por: imputabilidad, conciencia de lo ilícito y por el contexto situacional normal o exigibilidad. Desde mi óptica personal, creo que hay una vinculación que es

de género especie. Normalmente, los autores dicen que la imputabilidad está referida al hecho concreto. Pregunta: ¿cuál hecho concreto? La respuesta que me van a dar es: si al inculpado se lo está procesando por el delito de apropiación indebida la imputabilidad tiene que verificarse respecto del delito de apropiación indebida, porque es la criminalidad de ese acto, de ese hecho concreto y preciso. El problema que se plantea aquí es el siguiente: si la dimensión valorativa de la imputabilidad recae sobre el hecho típico concreto, mi pregunta es ¿cuál es el contenido, el interrogante a dilucidar en la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad? Desde mi óptica, si usted quiere concretar la valoración en la imputabilidad ya no tiene interrogante que averiguar en el segundo elemento, usted ha hecho una anticipación de todo lo que debería haber hecho en el segundo elemento. Esta explicación es la que permite entender porque Hirsch en Alemania, ha planteado que la imputabilidad estaría sobrando. Por ello, la culpabilidad debería reducirse a dos elementos, conciencia de lo injusto y contexto normal o exigibilidad. Si queremos mantener los tres elementos de la culpabilidad, imputabilidad, conciencia de lo injusto y exigibilidad, la única forma es que cada uno de estos elementos tenga un contenido propio, y entonces si quiero conservar la imputabilidad tengo que decir que su dimensión valorativa tiene un contenido propio y distinto del segundo elemento de la culpabilidad cuya naturaleza también es valorativa. Ilustremos la idea con un ejemplo. Si se trata de un delito contra la propiedad o el patrimonio lo que el legislador penal puede presumir en un hombre normal imputable mayor de 18 años es que él sabe que “la apropiación de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal”. Este conocimiento que se presume, es de carácter general, básico, elemental y no es más que la norma que anima e inspira el tipo penal de todo los delitos contra la propiedad, el hurto, el robo, la estafa, etc. Ahora bien, si al inculpado, Heriberto de las Mercedes Oñate, se lo está procesando por el delito de apropiación indebida, que es una modalidad de ataque concreta a esa norma, lo que es preciso investigar en el segundo elemento de la culpabilidad, conciencia de

lo ilícito, es si este sujeto podía, desde su mundo de vida y experiencia, tener conciencia que la conducta típica ejecutada era una forma especial de ataque a esa norma. Si el examen valorativo del hecho típico ejecutado se agota en la dimensión valorativa de la imputabilidad, entonces, anticipa el examen del contenido valorativo propio de la conciencia de lo ilícito y deja sin contenido propio y sin razón de existir a dicho segundo elemento.

Por el otro lado, el tercer elemento de la culpabilidad, el contexto situacional normal, el legislador penal también lo presume a partir de los 18 años, presunción que nos parece algo razonable. Es cierto, cualquiera de nosotros tiene la capacidad para, si quiere, cometer un hecho delictivo ahora, o bien abstenerse de él. Es una presunción que además tiene fundamento empírico, real, efectivo. Si a alguno de ustedes le coloco una pistola en la sien y le digo *golpee a su vecino porque sino lo mato*. Y, usted se percata que la amenaza es seria, grave y verosímil, razón por la cual, obedece mi orden y golpea a su vecino. Lo que nadie puede dudar es que antes de que Ud. fuera objeto de tal coacción usted tenía la capacidad de auto-dirigirse, autocontrolarse en forma libre. En las situaciones de no exigibilidad, lo que hay que preguntarse es, ¿esa capacidad de autocontrol que el legislador presupone en el ciudadano a partir de cierta edad, en el caso concreto en que se encontraba, la podía ejercer libremente?. En consecuencia, vean ustedes, la presunción de imputabilidad es algo genérico, en cambio, cuando se discute un estado de necesidad el problema que surge es, ¿La capacidad de autocontrol el sujeto la podía ejercer libremente? Por eso para mí, la imputabilidad en relación a los elementos conciencia de lo injusto y contexto situacional normal, supone una relación de género - especie. Genérica la imputabilidad, específicas los otros elementos.

Sostener que el legislador penal puede presumir que el hombre de la calle, sobre la base de la imputabilidad, el conocimiento de la ilicitud o criminalidad del delito concreto, nos parece algo carente de fundamento objetivo y razonable. ¿Podemos pensar qué el hombre de la calle sabe y conoce la criminalidad de todos los tipos penales que hay

en la legislación penal argentina? Eso es absurdo. Y hago la pregunta reformulando sus términos: ¿podría presumir el legislador penal la conciencia de la criminalidad en todos los abogados que se dedican a materia penal?. Desde ya anticipo una respuesta: debo reconocer que ignoro la existencia de muchos tipos penales en el sistema punitivo de mi país. Por ello, me inclino a pensar que el legislador puede presumir es algo genérico, básico, nuclear, nada más que eso, y eso sí es objetivamente sustentable. No olvidemos algo, en el fondo el legislador penal presupone la culpabilidad. En efecto, presume que somos sanos psíquicamente, presume que tenemos conciencia de lo injusto, y presume que el contexto en el que actuamos es normal. En otros términos, si el inculpado alega insuficiencia de facultad o alteración morbosa, en ese caso, el sujeto tiene que probarlo, porque el legislador presuma todo lo contrario. Si se alega un error sobre la prohibición, quien lo alega, tiene que probar la existencia de dicho error y, si se alega un estado de necesidad ex-culpante hay que probar su existencia.

Finalmente, la reflexión que he formulado es mi opinión personal sobre un tema de suyo complejo discutido y discutible, aunque, desde ya no tengo temor a reconocer que puedo estar equivocado. Aquí hay autoridades mucho más calificadas que yo y estoy plenamente consciente de ello. Por último, como todo lo que comienza termina, en esta oportunidad, no voy a seguir pecando contra la ciencia ni la paciencia de este flamante auditorio, agradeciéndole desde ya su asistencia y comprensión.

Panel III
Problemática procesal
relacionada con el uso
de drogas

Dr. Javier De La Fuente

Abogado. Especialista en Derecho Penal y Doctor en Derecho U.N.E.D. (Madrid). Defensor Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor adjunto de grado en la UBA y en diversos cursos de posgrado. Forma parte del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Penal, Editorial Rubinzal-Culzoni. Autor de diversos trabajos y publicaciones.

Las medidas de seguridad para adictos en el sistema penal argentino.

I. Las medidas de seguridad como consecuencias penal.

Frente a un hecho delictivo, tradicionalmente se admite que el derecho penal pueda reaccionar mediante dos consecuencias distintas (sistema de la doble vía): la pena y la medida de seguridad.

–La pena se impone como “retribución” al hecho culpable del autor, es decir, como respuesta a quien merece un juicio de reproche por haber tenido la capacidad individual de motivarse en la norma.

–La medida de seguridad, en cambio, no se impone como manifestación del reproche que merece el autor, sino que exclusivamente obedece a fines de prevención especial. Es decir, se procura lograr la reinserción social del sujeto (prevención especial positiva), o bien, cuando ello no es posible se trata de evitar que pueda seguir delinquiriendo en el futuro (prevención especial negativa).

Actualmente, en la dogmática moderna, se discute acerca de si corresponde admitir una tercera consecuencia del delito, que pueda funcionar con independencia de la pena. Se trata de la reparación de la víctima, que generalmente se materializa a través de programas de mediación o auto-composición.

Sin lugar a dudas, en lo que respecta a las medidas

de seguridad, existe una intensa discusión de tipo político-criminal. Me refiero a la cuestión de si realmente el derecho penal debe o no ocuparse de este tipo de consecuencias que exceden el reproche al autor culpable. Al respecto existen dos alternativas:

1) Seguir incluyendo a las “medidas de seguridad” dentro de la regulación penal, es decir, seguir considerándolas consecuencias jurídico-penales.

2) Excluir definitivamente a dichas medidas del ámbito penal y transferirlas al campo del derecho civil o administrativo.

En mi opinión, si se pretende asignarle al derecho penal una función “preventiva”, en el sentido de que sirva para proteger aquellos bienes jurídicos que se estiman más valiosos para la sociedad, resulta legítimo conservar dentro de su regulación a las medidas de seguridad. Desde este punto de vista, cuando se verifica la comisión previa de un injusto penal (hecho típico y antijurídico) el derecho penal puede reaccionar a través de la medida de seguridad, para cumplir un objetivo directamente relacionado con la función de prevención especial.

La comisión previa de un ilícito penal es lo que, desde mi punto de vista, legitima la intervención del derecho penal y lo que permite establecer un régimen diferente al previsto, por ejemplo, en la legislación civil. A diferencia de lo que ocurre con los casos civiles, en el caso de las medidas penales, existe un “*plus* de peligrosidad” reflejado en la comisión del hecho que, sin duda, justifica la reacción penal a través de la medida.

Para expresarlo en otros términos: el derecho civil, por ejemplo, puede reaccionar a través de diferentes mecanismos de protección, con la sola indicación médica de peligrosidad para sí o para terceros de una persona, incluso cuando el sujeto no haya cometido delito alguno. En el caso de las medidas penales, por el contrario, si no se verifica la previa comisión de un ilícito penal (conducta típica y antijurídica) el derecho penal debe abstenerse de actuar.

Sin duda, esta ha sido la solución adoptada por el sistema penal argentino, donde se han previsto expresamente, dentro

de las normas penales, diferentes medidas de seguridad: por ejemplo, las medidas de seguridad para sujetos inimputables (art. 34 inc. 1 CP) o el caso de las medidas de seguridad previstas en la ley estupefacientes (ley 23.737).

II. El carácter “sancionador” y “coactivo” de las medidas de seguridad.

Una vez aceptado que las medidas de seguridad constituyen reacciones penales, es necesario formular dos aclaraciones importantes:

1) No se las debe considerar como simples medidas “asistenciales”, dirigidas a curar o ayudar al enfermo, sino que son verdaderas reacciones coactivas del Estado, que se traducen en la restricción de bienes jurídicos fundamentales como la propia libertad. Ello es más que evidente si se tiene en cuenta que no se trata de medidas que pueden ser cumplidas “voluntariamente” por el sujeto, sino que es el Estado el que las impone de manera coactiva e incluso puede acudir a la fuerza pública para exigir su cumplimiento.

2) Como se trata de verdaderas sanciones penales, es imprescindible que respecto de ellas se respeten todas las garantías fundamentales del derecho penal.

Al decir de Muñoz Conde, las medidas de seguridad no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas benefactoras dirigidas a curar al peligroso, porque ese es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado fraude de etiquetas, es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías.

Esto último es muy importante y tiene consecuencias directas en las exigencias constitucionales de las medidas de

seguridad:

a) Para imponer una medida de seguridad, es imprescindible la previa comisión del hecho por parte del autor. Nuestro derecho penal es un derecho penal de conducta (de acto) y no de autor, de modo que no basta con la mera “peligrosidad” o con la sola “enfermedad”, si el sujeto no comete un injusto concreto.

Como sostiene Donna, el fundamento real de la medida de seguridad no es la peligrosidad, sino el delito. La peligrosidad es un fundamento secundario que va necesariamente unido al delito, pues siempre es imprescindible que exista un hecho típico y antijurídico. Por más peligrosa que aparezca una persona, es obvio que, en nuestro sistema legal, nada se podrá hacer si no comete una acción que esté tipificada en el Código Penal.

Obviamente, el hecho debe ser típico y antijurídico, pues no se puede imponer una medida contra el sujeto que ni siquiera cometió un injusto penalmente relevante. Por ejemplo, quien realiza una conducta atípica o justificada. Por otra parte, la medida no puede imponerse si, desde el punto de vista procesal, el hecho imputado no se encuentra claramente demostrado.

b) Al momento de imponer una medida debe observarse el principio de “proporcionalidad”, que significa que la medida debe guardar estricta relación (una relación razonable) con la peligrosidad del sujeto (ver el §62 del CP alemán).

c) Las medidas de seguridad no pueden ser “indeterminadas” en el tiempo, porque se violaría el principio constitucional de legalidad que exige no solo la determinación precisa del hecho punible, sino también de la reacción penal, lo que supone una duración máxima perfectamente delimitada.

III. Las medidas de seguridad previstas en materia de estupefacientes.

En el sistema penal argentino las medidas de seguridad que pueden aplicarse respecto de sujetos adictos a

los estupefacientes son de dos clases. Por un lado, existen medidas que pueden aplicarse cuando el adicto comete cualquier delito y, por el otro, medidas que se aplican exclusivamente respecto de imputados por el delito de tenencia de estupefacientes.

1. Medidas de seguridad por la comisión de otros delitos.

Cuando el autor de un hecho delictivo cualquiera es un adicto a las drogas, el sistema penal prevé la posible imposición de medidas de seguridad. Ello es así por lo siguiente:

a) Adicto inimputable.

El Código Penal contempla la imposición de medidas de seguridad (internación psiquiátrica) para los casos en que el autor del delito no sea capaz de culpabilidad y, al mismo tiempo, existan informes médico-psiquiátricos que demuestren su peligrosidad para sí o para terceros (art. 34 inc. 1 CP).

En esos casos, se debe absolver o sobreseer al imputado y, verificada su peligrosidad, se le debe imponer una medida de seguridad que consiste en la internación del inimputable en un establecimiento psiquiátrico.

Respecto de esta clase de medidas, es preciso formular algunas aclaraciones concretas:

1) Para que puedan imponerse, como hemos visto, es necesario demostrar con plena certeza que el sujeto cometió el hecho imputado y, además, que este es típico y antijurídico (injusto).

2) La medida únicamente puede imponerse cuando existe un diagnóstico médico-forense de “peligrosidad”, de modo que no basta con demostrar la sola existencia de la patología psiquiátrica (ej. adicción) o la simple “inimputabilidad”, sino que debe acreditarse mediante un dictamen pericial la peligrosidad. 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 medida penal solo procede cuando

existe una “peligrosidad delictual”, es decir, cuando se demuestra el peligro de reiteración delictiva.

3) La medida de seguridad para sujetos inimputables cesa, según la ley, cuando los peritos estiman desaparecido el peligro del sujeto. Sin embargo, una adecuada interpretación de estas medidas, con arreglo a las garantías fundamentales del imputado (principios de legalidad y razonabilidad), debe llevar a establecer un límite máximo de duración temporal. Desde este punto de vista, la medida de seguridad no puede tener una duración superior a la pena que hubiese correspondido al autor en caso de ser condenado por el delito que se le atribuye. Una vez superado el tiempo máximo de duración de la medida, si persiste la peligrosidad, deberá cesar la intervención penal y eventualmente acudirse a los mecanismos civiles de protección de los incapaces.

b) Adicto condenado por cualquier delito.

El art. 16 de la ley 23.737 establece que “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 estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”.

Es decir, cualquier sea el delito que se comete, si el tribunal advierte la adicción a los estupeficientes, se encuentra facultado para imponer esta medida de seguridad.

Se trata de una medida que tiene por objetivo fortalecer la finalidad de prevención especial de la sanción penal, disponiéndose incluso que la ejecución del tratamiento debe ser previa y que se computa el tiempo de duración para el cumplimiento de la sanción (art. 19).

Desde mi punto de vista, es evidente que una vez operado el vencimiento de la pena, la medida de seguridad y la intervención del juez penal pierde su razón de ser, resultando irrazonable mantener una reacción penal más allá del máximo de la sanción aplicada por el delito cometido.

Tratándose de una medida cuya finalidad es hacer más efectivo el fin de prevención especial que persigue

la ejecución de la pena, está claro que sus consecuencias, y especialmente, su duración nunca puede ser mayor a la misma sanción penal.

El régimen de la ley no ha previsto ninguna sanción especial para los casos de incumplimiento del tratamiento, de modo que, una vez vencida la pena, la intervención del juez penal carece de sentido, resultando suficiente con el mecanismo de protección previsto por la legislación civil.

2. Medidas previstas respecto de la tenencia de estupefacientes.

Respecto a los sujetos que son imputados específicamente por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, la ley 23.737 ha previsto tres clases de medidas de seguridad:

a) Medida curativa como sustituto de la pena.

Conforme al art. 17 de la ley 23.737, “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”.

Esta medida de seguridad opera en realidad como un sustituto de la pena, de modo que solo es admisible una vez concluido el juicio oral. Es decir, debe llevarse a cabo el juicio correspondiente y, en caso de acreditarse la culpabilidad del imputado, se le debe dictar la condena (con el monto de la pena), luego de lo cual, el tribunal deberá sustituir la pena por la medida de seguridad

correspondiente.

Aunque la ley no lo aclara expresamente, es evidente que una medida de esa clase no puede ser impuesta sin el consentimiento del imputado. Se trata de una medida que implica una invasión en la autonomía de la voluntad, lo que supone su conformidad. Sería un contrasentido que el Estado “impusiera” coactivamente el no cumplimiento de la pena impuesta por el Tribunal exigiendo la realización del tratamiento. El no tomar en cuenta la voluntad del imputado (condenado) implicaría un grave atentado a su dignidad humana y, por lo tanto, resultaría una solución inconstitucional. Por ello, si no existe consentimiento del interesado, no es posible acudir a este mecanismo alternativo de sustitución de la pena.

b) Medida curativa como sustituto del proceso.

El art. 18 de la ley 23.737 dispone que “En el caso de 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 reanudara 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”.

En este caso, la ley regula una especie de sistema de suspensión del proceso a prueba, pues se trata de una medida que se aplica en la etapa de instrucción o de investigación penal preparatoria. También en este caso se exige la conformidad del imputado, pues de lo contrario además de su dignidad se estaría afectando el principio constitucional del debido proceso legal (art. 18 CN).

c) Medida educativa para el principiante o experimentador.

De acuerdo al art. 23 de la ley 23.737 “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupeficientes 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 estupeficientes, 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”.

d) Lugares y contenido de la medida de seguridad curativa.

Las medidas de seguridad que consistan en la realización de tratamientos de desintoxicación y rehabilitación, prevista para los condenados por cualquier delito (art. 16), para los condenados o procesados por tenencia de estupeficientes para consumo personal (arts. 17 y 18), se debe llevar 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 habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y que será difundida en forma pública (art. 19). Según la ley, además, el tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

El tratamiento debe estar dirigido por un equipo de técnicos y comprende los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso (art. 19).

Ya hemos visto que cuando el tratamiento se aplica al condenado su ejecución será previa a la de la pena, computándose el tiempo de duración de la medida como parte de cumplimiento de la sanción. Respecto de los procesados, expresamente se contempla que el tiempo de tratamiento suspende la prescripción de la acción penal.

Conforme al art. 20 de la ley en cuestión, para la aplicación de las medidas de seguridad, el juez, previo dictámen de peritos, “deberá distinguir entre el delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito para que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido en función del nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada”.

Finalmente la ley prevé que, acreditado el resultado satisfactorio del tratamiento, después de un lapso de tres años de dicha recuperación, si el autor alcanzara una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, el juez previo dictámen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes (art. 22).

3. Críticas a la regulación de las medidas de seguridad respecto de casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

El sistema que contempla la ley 23.737 es un sistema complejo y sumamente cuestionable, pues el individuo que simplemente tiene droga en su poder para destinarla al consumo personal es tratado simultáneamente como un enfermo y como un delincuente.

Por un lado, se lo somete a proceso penal y se prevé la imposición de penas privativas de libertad en su

contra. No obstante, al mismo tiempo, se procura lograr su recuperación mediante la imposición de medidas de seguridad, que se aplican como sustituto del proceso o de la pena o, incluso, junto a ella.

Teniendo en cuenta la posición asumida sobre la inconstitucionalidad de la represión penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es claro que no se puede aceptar que esta clase de tratamientos pretenda “imponerse” mediante la coerción penal. El adicto no debe ni puede ser tratado como un delincuente, sino que debe recibir la asistencia que merecen las víctimas de los delitos.

Si por razones constitucionales, no se puede castigar al adicto que simplemente posee estupefacientes para consumo personal, tampoco se puede pretender la imposición de medidas de carácter penal por el mismo hecho. Al no existir injusto penal, desaparece cualquier posibilidad de aplicar una medida de seguridad.

Desde mi punto de vista, el Estado debe preocuparse y tomar medidas para procurar el tratamiento y la rehabilitación de quienes padecen adicción a los estupefacientes, pero deben organizarse programas estatales al margen del derecho penal.

Con razón destaca Cornejo que, “bajo ningún punto de vista es prudente mezclar al adicto con un delincuente común, y conforme a ello debe diferenciarse lo atinente al campo de la represión y prevención del tráfico, de la prevención del uso indebido de estupefacientes, cosa que –por supuesto- no ocurrió en la presente Ley de Estupefacientes”. Es claro que “mientras la ley de estupefacientes castiga al adicto con una doble sanción penal (prisión y medidas de seguridad), la ley 24.455 lo considera un enfermo cuyo costoso tratamiento merece ser cubierto por las obras sociales”.

Dra. Mariana Grasso

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Rosario. Coordinadora de Comisiones de la Defensoría General de la Nación. Abogada especialista en Administración de Justicia (Isejus). Diploma de Postítulo sobre "Derechos Humanos y Juicio Justo" (Organización Universitaria Interamericana Colegio de las Américas - Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos - Universidad de Chile). Diploma de Postítulo "100 Reglas De Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos" (Universidad de Chile). Doctorando por la Universidad del Museo Social Argentino. Autora de diversos artículos doctrinarios relacionados con el derecho penal.

Amigos provenientes de la hermana República de Chile, en estos momentos tan duros, todos los argentinos queremos hacer llegar nuestra solidaridad por la enorme desgracia que se está viviendo. Los defensores que trabajamos permanentemente con el dolor humano tenemos una enorme sensibilidad, porque estas situaciones que nos superan humanamente, así que vaya nuestra solidaridad en este trance.

En realidad, cuando se me presentó el tema de la charla, y pensar en cuestiones institucionales asociadas a drogas, estaba atravesando una problemática profesional bastante traumática, como es la defensa por delitos de *lesa humanidad*. Los que marcan claramente -nuestro colega hablaba de un principio axiológico del Derecho Penal, que es el principio de proporcionalidad- en una escala de valores los delitos más graves que pueda conocer la humanidad, y esto es lo que ha ocurrido en el caso argentino. Y contrastaba la realidad de ese juicio con lo que es mi realidad como defensora en la jurisdicción de Rosario, que es lo que quiero compartir con ustedes y me interesaría luego aprovechar este espacio para llevarme información. Creo que este es el sentido de estas intervenciones, interactuar y corroborar si nuestras intuiciones o lo que nos pasa en la práctica

profesional cotidiana son fenómenos aislados o si tiene que ver con políticas estatales a nivel nacional. Porque, por lo menos, en la realidad rosarina, esta cuestión de la proporcionalidad en la persecución de los delitos de drogas, está en una crisis insalvable.

La realidad en Rosario, y me atrevo a decir que esto corresponde a grandes bolsones de corrupción policial, que evalúo cotidianamente en ocasión de los juicios, es una realidad que marca y arrastra luego a lo largo de todo un proceso a los sectores más vulnerables de la comunidad.

Claro que el Derecho Penal es selectivo, no estamos descubriendo nada nuevo, pero como me estoy desempeñando actualmente en los tribunales orales, ese proceso de selectividad, se arrastra perfectamente al universo de la ley 23.737 en materia criminal.

Si bien Arriola significa un paso adelante en el retraimiento de la jurisprudencia de los años `90 de la Corte Suprema, en desmedro de los estándares de garantía que fijó la Corte alfonsinista, en fallos que todos conocemos, Arriola es un fallo bastante complejo. Compuesto de varios votos, de varias ideas, le da a la policía las mismas herramientas que tenía antes para por las dudas detener y después ver qué hacemos. Me parece que haría falta una respuesta un poco más fuerte de nuestra Corte para que la policía cuente con un no definitivo, para que estas personas que claramente nada tienen que hacer con el Derecho Penal, no tengan ninguna cuota de ingreso. La crítica que le hago a Arriola es que no vuelve sobre Bazterrica en toda su extensión, con todo el rigor que se necesitaba en este ámbito. Sobre todo, por lo que significó la ley de descentralización y las situaciones a que da lugar en la Provincia de Buenos Aires. Y esto es importante porque sabemos lo que representan las estadísticas en materia penal. Estas personas ingresan al sistema penal y van llenando espacios en los renglones estadísticos y a esas personas se suman, en el mejor de los casos, escalones insignificantes de las redes de tráfico, generalmente tenemos a personas consumidoras que ingresan al sistema penal y son rápidamente sobreesídas. Eventualmente algunas atravesarán las calificaciones intermedias como de tenencia simple, pese a que luego de Vega Jiménez, que es un caso anterior de la Corte, la solución

debería conducir igualmente al sobreseimiento porque el fallo establece claramente la aplicación del principio *in dubio pro reo* para la aplicación de la ley penal, es decir, no hace falta salir a probar que la persona es consumidora, puede interpretarse perfectamente el tipo penal de modo de llevarlo a la figura de tenencia para consumo. Así, vemos casos de personas claramente consumidoras con escasísima cantidad de droga que llegan a la instancia del Tribunal Oral con la clasificación de tenencia simple, es un sinsentido.

Acá abro un paréntesis que también tiene que ver con cuestiones institucionales, que marcan una evolución desde la Defensoría General. Y es que, en la actualidad, sabemos que la última instrucción general sobre el tema obliga a que sean los defensores de instrucción quienes pidan la suspensión de juicio a prueba en la etapa de instrucción para evitar estos arrastres, para evitar que una persona que nunca debió estar dentro del sistema penal llegue a la etapa de Tribunal Oral, procesado como un criminal -término que uso en el sentido estricto de competencia, no porque hablemos de "criminales"- . Este espacio que ganan los consumidores y los pequeños vendedores agota muchas veces la planilla estadística. El universo de casos que se sustancia en jurisdicción rosarina está compuesto por personas que viven generalmente en barrios carenciados, villas de emergencia (para decirlo en un término más coloquial y más crudo) que venden drogas al menudeo. La sospecha que todos tenemos es que, en realidad lo que está pasando, es que se está corriendo al vendedor y se le está vendiendo la plaza o el punto de venta a otra persona. Porque esto es casi una ecuación aritmética, los consumos de drogas, lejos de disminuir han crecido exponencialmente y no hay que ser un genio matemático -y ciertamente yo no lo soy- para saber que si yo cierro las bocas de expendio del menudeo y el consumo se mantiene estable, eso significa -y la policía, el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial tendrían que saberlo si manejan una política sobre el tema-, que la apertura de uno o más centros en simultáneo. Y esto pasa y se nota mucho. Lo que logramos en los casos más burdos, porque las nulidades no abundan en la materia -ni siquiera el Tribunal de Casación o la Corte se dedican a estos casos

que son nulos en el 95%, es que cuando el caso es demasiado burdo se recalifique como tenencia simple y uno se va menos disconforme porque al menos la persona queda en libertad.

Después, me gustaría conocer la situación de la Defensa en otros ámbitos, para ver en qué grado del arcoiris nos encontramos en Rosario. Pero realmente es una situación indignante. Trabajo como defensora desde septiembre del año 2007, y lo que primero empecé a ver en el desarrollo de esta dinámica era -y es lo que estoy planteando sistemáticamente sin que hasta el momento se me haya dado ninguna respuesta de jueces o fiscales- el sistema de convenciones que rigen en la materia. La Convención de Viena sobre Estupefacientes se usa para todo servicio, para justificar la imposición de penas al consumidor, porque está prevista en la Convención, que siempre sin embargo deja a salvo la posible colisión de ese instrumento con algún principio de derecho local -es básicamente la regla del artículo 27 de nuestra Constitución Nacional-. Pero esta Convención y todos los instrumentos de Naciones Unidas vinculados a lo que es la narcocriminalidad y la criminalidad en gran escala, tienen una estructura y una configuración tal que es la negación de lo que es el sistema selectivo de drogas al menos en el esquema rosarino.

Me atrevo a decir que esto es un fenómeno de alcance mucho mayor. La diferencia que tengo con algunos colegas de Provincia de Buenos Aires o amigos que trabajan en la jurisdicción de San Martín, sé que hay de vez en cuando algún procedimiento que va un poco más allá, pero esto en Rosario solo pasa cuando se cae una avioneta, es decir, son accidentes. No son situaciones que ocurren con demasiada frecuencia, forman parte del accidente y no de una política en materia de “lucha” contra los estupefacientes. Se ve así, en la Convención y en todos los instrumentos de Naciones Unidas, una enorme contradicción porque, como decíamos antes, el esquema tal como está planteado solo trabaja sobre un circuito fungible de cadenas de tráfico en escalas menores y mantiene a los narcotraficantes al margen de cualquier consecuencia penal.

Y los instrumentos internacionales, la Convención de Viena sobre Estupefacientes, y todos los instrumentos internacionales que incluyen la Convención de Nápoles y demás instrumentos universales relacionados con la

criminalidad en gran escala, en las expresiones de motivo y en los articulados, hablan del principio de proporcionalidad, del principio de equidad y de la importancia de adoptar políticas de Estado para que, precisamente, este circuito se corte. Esas convenciones lo dicen sin ambages: una política criminal que no persiga el fenómeno a gran escala solo contribuirá a fortalecer a esas mafias, es decir, hoy la política instaurada en la materia no solo no cumple su función específica sino que produce el resultado contrario. Entonces en este marco, comencé a denunciar en mis alegatos que la Argentina está violando al menos en Rosario, la Convención de Viena sobre estupefacientes, porque no puede verse el juicio a fallar como un caso aislado. Los jueces no pueden hacer de cuenta que este es el único proceso en el que les toca fallar, el juicio del que estamos hablando. Esto es control de convencionalidad, es decir, los jueces de la Nación tienen que hacer un análisis general de los casos del mismo modo que la Corte lo hace. Pese a la competencia que le da la ley 48, para el caso individual y concreto, en Casal nos habla de prácticas sistemáticas, de *clichés* de la Cámara de Casación, es decir, hace una evaluación de conjunto, porque si yo evalúo el caso particular nunca voy a saber si se viola o no la doble instancia, necesito tener un universo de casos, y esto es lo que yo les pido a los jueces sin éxito en esta materia. Suelo alegar que estoy viviendo un *deja vu* porque los casos son idénticos unos a otros, pero con otro nombre y otra cara y otro apellido, pero es la misma situación.

El hecho de que la circulación de las drogas se mantenga estable en todos los niveles sociales da la pauta de que, a través de estos mecanismos, es la justicia la que está contribuyendo a este *statu quo*. El circuito permanece inalterable, no se produce un corte. Yo no pretendía que se declarara violada la Convención de Viena, pero sí al menos que se librara un oficio a los juzgados de instrucción o que los fiscales pidieran a los fiscales de instrucción a ver qué pasa con las escalas de tráfico, cómo están diagramadas, qué debería hacerse antes de pasar a la “faz operativa”, como la llama la policía ¿Qué significa esto? Ni más ni menos que el libramiento de la orden de allanamiento luego de detectar supuestos movimientos en el barrio carenciado. Ahí se agota

la investigación, que a veces dura unas pocas horas o escasos días. Si encuentran la droga el resultado es positivo, y si no encuentran la droga seguro que tienen que archivar el sumario y, los defensores ni siquiera nos enteramos. Con esto se cerró de una vez y para siempre la posibilidad de avanzar en esta escala de tráfico. Muchas veces me pregunto cuando leo los recursos de Casación, en estos casos, qué sentido tiene contar con toda la estructura de la justicia federal por lo menos en el interior del país, y los Tribunales Orales, teniendo en cuenta además que todas las causas de drogas ocupan el 95% del universo de casos, cuando lo único que hacen los jueces de Tribunales Orales es chequear cuál es la oficina de visado y que ese procedimiento sea tal cual lo han dicho los oficiales de actuación y no mucho más. Hagámoslo, por lo menos, en la instrucción de sumario y ahorrémosle ese dinero al Estado -esto como una reflexión, por supuesto, por el absurdo-.

El esquema es ciertamente perverso e incluye una modalidad de escalas penales casi a la carta. Cuando se dictó la ley de drogas, y luego, en muchas otras leyes, los debates parlamentarios dejaban ver la preocupación del Congreso por fijar mínimos legales “no excarcelables”. Un ejemplo de este tipo es la discusión parlamentaria de la reforma que modificó el articulado sobre abigeato; el argumento por el que se subió la escala mínima, así como ocurrió con la ley de drogas, era hacer inexcusable los delitos, establecer en 4 años el límite legal de modo tal que la persona no pudiera recuperar su libertad durante su etapa de procesado. No entiendo esto como un fundamento válido. Esto es una discusión aparte sobre si deben o no existir escalas mínimas: creo que debe haber una escala penal máxima, es decir, el Estado debe avisarle a la persona qué es lo peor que le puede pasar ante un caso concreto o ante determinado delito. Pero no debe establecer una escala mínima porque esto es renunciar a la idea de individuo, es decir, es una respuesta completamente estereotipada que no permite ver una persona individual, indagar en su historia de vida, y determinar si merece o no un reproche, o si la solución más adecuada es una medida alternativa; son medidas que el Derecho Internacional viene promocionando como más valiosas sin que en nuestro Derecho interno haya suficiente recepción de esta orientación. Y esta idea de fijar un mínimo

legal de 4 años, debe ser cuestionada desde mi perspectiva de la Defensa, con la misma evolución que se verificó en torno al instituto de la excarcelación. La evolución de esta noción tiene que ver con la constitucionalización del derecho a la libertad personal y la humanización, en general, de la protección de derechos humanos. Esas nociones rígidas en materia de libertad personal fueron cediendo, permitiendo que personas imputadas en delitos mal llamados “no excarcelables” hoy gocen de su legítimo derecho a atravesar el proceso en libertad, con todas las consecuencias beneficiosas que sabemos que eso trae, en particular, a la hora de hacer jugar el principio de la duda. Pero esta evolución invita a pensar por qué no cuestionar el mínimo de cuatro años, que fue pensado básicamente para evitar la libertad, por qué no asociarlo a esta evolución. Este abordaje es complementario de las discusiones teóricas que proclaman la necesidad de perforar los mínimos legales, que comparto, dicho sea de paso. Me refiero a que si esta categoría de “no excarcelable” ya no se reconoce como válida, entonces aquellas escalas penales que fueron fijadas con mínimos destinados a que la persona no pudiera ser excarcelada tampoco pueden reputarse válidas.

Cuando hago este planteo lo hago en función del principio de proporcionalidad, porque la idea de la Convención de Viena sobre Estupefacientes (nuestra ley de drogas está copiada de dicha Convención, hay muy pocas variaciones) obliga a nuestro país a luchar contra la narcocriminalidad en gran escala. La pregunta, entonces es, si en el juicio no se pudo reconstruir la cadena de tráfico, porque el Estado se contentó con una investigación que duró escasos días y a resultas de la cual se neutralizó –en el mejor de los casos- un punto fungible de venta al menudeo, ¿cómo puedo establecer la proporcionalidad de la respuesta penal? ¿por qué asumir que este “sujeto fungible” representa un grado tal en la escala de tráfico –que el Estado no probó- como para enviarlo a prisión? Si le sumamos que, por las condiciones estructurales que hemos mencionado, las condenas se ubican en los 4 años promedio, esto le genera muchos problemas a la persona en la ejecución de la pena, implica una evolución del concepto que recién

empieza a operar con sentencia firme (mecanismo que “invita extorsivamente” a no impugnar la sentencia), generalmente cuando la persona cumplió en detención el término que le hubiera permitido acceder a sus salidas transitorias. El saldo es que estas personas, que estuvieron detenidas durante todo el proceso, permanecen sin gozar de sus salidas transitorias y, en violación a todos los principios de la ley 24660 y a las reglas y directrices universales sobre el principio de reinserción social, recién recuperan su libertad bajo la modalidad de libertad condicional, porque la persona no tiene tiempo de arribar a ese concepto que exige la ley. Esto es también bastante extraño, porque el diseño legal es desinterpretado y hay una suerte de tabla de valores pretasados. Todos mis defendidos tienen 10 de conducta y 5 de concepto, son todas personas ejemplares en su conducta e inadaptados en su concepto. El sistema penitenciario no adapta sus expectativas a una condena de 4 años. El saldo es inicuo: una persona que tiene 20 años de condena tiene tiempo de hacer suyas ciertas pautas de concepto que pueda tener el servicio, pero una persona que tiene una condena de 4 tiene menos tiempo.

La salida del juicio abreviado termina siendo muy apetecible, entonces los cargamentos de 30 kilos de drogas que son muy poco frecuentes, podrían abreviarse. Entonces el señor que vendía y lo encontraron con tres porros en la casa, termina cumpliendo en detención dos tercios de cuatro y el señor que tenía 30 kilos de droga sale en libertad en idéntico término. Esto habla de lo que es Derecho Penal en su condición selectiva. Estructuralmente esta es la dinámica. A mí me parece interesante importante cuestionar estas estructuras. Creo que es tiempo de empezar a incorporar este tipo de cuestionamientos en lo que es adecuación a los reproches. Nosotros no podemos evitar que se modifiquen las estructuras investigativas propias de otros poderes, pero sí señalar los déficits y reclamar que las respuestas penales rechacen, en alguna medida, este nivel de descaro de la selección de sujetos, para que no ocupen estas planillas preponderantemente y paguen las consecuencias como si fueran carteles de drogas.

Me parece que esta es una idea disparadora para cuestionar, desde la proporcionalidad, la posibilidad de que

penas de estas características se impongan.

Después, en todo caso, cuando se hagan las preguntas me gustaría conocer otras experiencias para saber cuán mal la estamos pasando en Rosario.

Dr. Mario Roberto Franchi

Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná. Con un posgrado en Criminología y en Derecho Penal. Profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Entre Ríos y autor de diferentes artículos en derecho penal.

Antes de ingresar en el tema que me han asignado, quiero expresar mi solidaridad para con los colegas hermanos de Chile, en estos momentos de dolor que compartimos.

A modo de introducción diré que voy a intentar hacer un paneo, una vista rápida del proceso penal en los casos en que se juzgan delitos tipificados en la Ley 23.737 de Estupeficientes. Esto es un acercamiento a la problemática procesal en estos casos, cuál es nuestra práctica y cómo desenvolvemos nuestra función en este particular tipo de procesos. Es claro que en las diferentes provincias las realidades locales determinan que existan diferentes problemas, que a su vez producen procesos que se refieren a distintos tipos penales. (en algunos casos serán preponderantes los juicios por contrabando de estupeficientes, en otros lugares lo serán los de comercialización o tenencia con esos fines o para consumo personal, etc) con jueces con distintos criterios, como decisiones político - criminales relativamente diferentes, y por ende, problemas relativamente distintos. Mi exposición será un intento por realizar algunas apreciaciones -dejando de lado estas diferencias específicas- sobre “los juicios por droga” que pueden servir como disparadores para la charla posterior, en tanto son temas que ustedes conocen tanto o más que quien les habla.

En primer lugar, debo destacar, que las Defensorías prestan un servicio que está sobre el estándar de las defensas penales. Y los procesos en que se tratan delitos relacionados con los estupeficientes, no resultan una excepción. En

consecuencia, la práctica en las defensorías penales que se encargan de la defensa de personas imputadas en estos procesos, es de una alta calidad y esta prestación es uniforme en el país.

Sin perjuicio de ello, quisiera mencionar una instrucción de la Defensoría General de la Nación del año 2006 que le dio un marco normativo, orgánico y dogmático, relacionado a las personas que estuvieran imputadas por tenencia para consumo personal. Esta instrucción, si bien abarca un segmento determinado de delitos, brinda una pauta general de gran importancia. En primer lugar, porque está en el marco de un programa de aplicación de tratados de Derechos Humanos destinado a la detección temprana y superación de las transgresiones a los derechos humanos y porque tiende a aunar las modalidades de actuación en estos casos. La directiva concluye con una cuestión que creo debe destacarse cual es la recomendación a todos los Defensores Oficiales de evitar toda intervención penal respecto de aquellas personas que tenían estupefacientes para consumo personal, lo que cobra mayor trascendencia teniendo en cuenta que en la época -año 2006- no existían pronunciamientos como el reciente fallo "Arriola" de la CSJN. Esta pauta básica de evitar la intervención del sistema penal o lograr una mínima intervención, es una guía del accionar de los Defensores Públicos a lo largo y a lo ancho del país, no sólo en estos casos sino en todos los supuestos de la ley de estupefacientes y aun de todas las defensas que se ejerciten. Delineado este marco, quiero señalar que los procesos por delitos con estupefacientes tienen una particularidad, que consiste en que, por regla general, el procedimiento inicial asume vital importancia y trascendencia, no siendo infrecuente que allí sea donde se decida la suerte posterior de la causa, a diferencia de otros casos del fuero ordinario donde, si bien importan los momentos iniciales, no alcanzan la relevancia que en aquellos. Conforme nuestra práctica, podemos decir que el procedimiento inicial es el primer gran *test* del cumplimiento de las mandas constitucionales. Es allí es donde se puede advertir si el proceso que se va a desarrollar ha sido regularmente iniciado, o por el contrario, si desde el inicio hay vicios que como defensores, debemos

señalar y poner en evidencia. Claramente, como verdadera parte del proceso, tal indicación estará encaminada a obtener un pronunciamiento liberatorio de responsabilidad para nuestros defendidos, pero, a la vez, tenderá a una actualización en el juicio de las garantías procesales de origen constitucional. En función de esta particularidad, quisiera referirme -por su generalización- a los procedimientos que se hacen con la invocación del artículo 30 bis del Código de Procedimientos, esto es aquellos en los cuales no media orden judicial previa que habilite la intervención. De modo expreso, aclaro que no ingresaré en ningún análisis de la norma procesal, suficientemente analizada -y criticada- centrando la visión en las cuestiones que nos presenta la práctica en estos casos. La propia experiencia y creo no equivocarme si digo que la de la mayoría de los presentes evidencia, relativamente pocas oportunidades, existe una orden judicial previa a la intervención de las fuerzas de seguridad, que podemos válidamente presumir se realiza con el propósito de evitar el control judicial. En todo caso, el resultado es que el control judicial se realiza aquí *ex -post facto* quedando en manos de la prevención todo lo atinente al procedimiento inicial con la crucial importancia que dijimos tenía en estos casos. Las injerencias, por parte de funcionarios del Estado, en el ámbito de privacidad de una persona deben ser motivadas. Esto es válido tanto en el caso de que exista una orden judicial como cuando el procedimiento se realiza al amparo del art. 30 bis CPPN. En ambos supuestos, tiene que existir una motivación claramente manifestada, un fundamento que habilite la intromisión. La que debe ser expresado con precisión. Ello por mandato constitucional y en función -entre otras- de permitir el contralor de los motivos de la intromisión. Si se trata de la actuación prevencional sin orden, deberán reunirse los requisitos previstos en el mismo art. 230 bis del CPPN. Cabe recordar que los requisitos varían según se trate de supuestos de requisas e inspecciones en la vía pública u operativos públicos de prevención de vehículos, requiriéndose al menos una “causa probable” o “causa razonable” en el primer supuesto. Son claros los fallos que así lo dicen, que no pueden, estar en la sola subjetividad

de quien está actuando, sea el juez, sea cualquier fuerza de seguridad. La motivación debe estar clara, expresa y no puede mutar, no puede cambiarse a lo largo del proceso. Aquello que fundó inicialmente la sospecha, es aquello que debe sostenerse como el dato fáctico que permitió la injerencia estatal. Sea por una orden judicial, sea por la intervención de una fuerza de seguridad. Cosa que generalmente no sucede. En el caso de existencia de la orden judicial, es por regla general, que la misma es precedida por un “estado de sospecha” efectuado por las fuerza de prevención que se pone a consideración del juez. Cuando un estado de sospecha se judicializa, debe estar suficientemente documentado, porque están en juego derechos fundamentales: a la privacidad, inviolabilidad de la correspondencia, la propiedad y en muchos casos la libertad ambulatoria. La falta de motivación conlleva la nulidad de esta orden y ello acarrea la de los actos consecuentes. Si bien el Código de Procedimientos no trae actualmente al requisito de la urgencia, claramente esta debe existir en el momento que se invoque la intervención de fuerzas de seguridad sin orden judicial, y esto porque se trata de una excepción al principio de que toda injerencia en un ámbito constitucionalmente protegido debe hacerse con una orden judicial, que de no existir esta deberán acreditarse las circunstancias que determinan la necesidad y la urgencia de tal intervención de las fuerzas de seguridad, que surgirá de las circunstancias que releva el art. 230 bis del CPPN. Estas cuestiones deben tener la especial atención de quienes ejercemos la Defensa en tanto es nuestra obligación procesal vigilar el cumplimiento de las normas que resguardan la incorporación de elementos al juicio que no guarden la regularidad necesaria. Una de las frecuentes cuestiones que se plantean en relación a las actas del procedimiento, es la referida a la presencia –o ausencia- de testigos.

En primer lugar, sabemos que por mandato procesal es imprescindible contar con testigos y que su ausencia acarrea la nulidad de las actas de la prevención, que si bien son actos pre- procesales, van a ser incorporados al proceso y analizados por un juez a la luz de los requerimientos procesales del Código. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Benitez” lo que hace respecto de

los testigos, en general, es establecer un estándar que **resulta** muy claro en tanto se requiere que la Defensa pueda confrontar los testigos de cargo. Ahora bien, la mera presencia de los testigos no configura *per se* el cumplimiento de los recaudos del Código. Deben declarar sobre lo que presenciaron; los momentos esenciales sobre los que da cuenta el acta y, fundamentalmente, deben reproducir en su declaración judicial lo que percibieron con sus sentidos para que el Tribunal pueda conocer por intermediación de personas no comprometidas con el procedimiento, lo que sucedió en el mismo. Es común, y obedece a una práctica que de antiguo se mantiene, que no se cite a los testigos al plenario y que la declaración judicial de la instrucción, se limite a ratificar – a veces por exhorto- lo afirmado en el acta, que pocas veces reproduce fidedignamente lo percibido por los testigos civiles. Es habitual, también, que no se notifique a la Defensa la fecha y hora el día de la declaración instructoria. Ingresando en el contenido, es habitual que el acta contenga sucesos no vistos por los testigos, que se consignen datos no corroborados por ellos y aún hechos que sucedieron antes o después de apersonados los mismos. Ello era compatible con el juicio escritural y la concepción que consideraba que las actas eran documentos públicos, que solamente podían ser redargüidos de falsedad por el procedimiento establecido para ello, incompatible con el actual proceso penal. En función de esa concepción, se establecía que si los testigos decían que esto o aquello era lo que sucedió y luego se firmó el acta, esa era la verdad forense que luego se reflejaba en la sentencia. Esto es absolutamente anacrónico y no cumple con los estándares del debido proceso y el derecho de defensa. Y es lo que vemos permanentemente en los debates, cuando el testigo afirma: “eso no lo ví” o “yo firmé el acta pero no ví cuando pesaron la droga, estaba charlando...” entonces cabe preguntarse que credibilidad tiene las actas por sí solas. Lo precedentemente dicho obliga a que los Defensores exijamos la reproducción en juicio de estos actos pre-procesales con las garantías propias del debido proceso. Primero con el derecho a la confrontación que tiene la defensa de todas aquellas pruebas de cargo

incluidas por los testigos en el plenario. Cualquiera fuera la causal que se invoque por la no presentación de los testigos para ser confrontada con la defensa, no es óbice para la aplicación de la doctrina emanada de “Benítez”. En el procedimiento es usual que se realicen los llamados “narco *test*” que todos sabemos que es solamente orientativo y es necesario que sea complementado con una pericia que tendrá que establecer la capacidad toxicomanígena del material secuestrado. La pericia debe ser completa y, como Defensores, debemos prestar especial atención a la integralidad de la misma. Traigo a colación que en dos casos, en los cuales la pericia se había efectuado como habitualmente sobre muestras, se consignaba que la cantidad peritada del estupefaciente no alcanzaba el umbral para constituir una dosis mínima. El resultado fue que los imputados fueron absueltos, justamente porque el informe concluía con este resultado. Otra cuestión relevante es la que tiene que ver con el pesaje de lo incautado, la preservación de la cadena de custodia del material secuestrado y la reproducción de todos estos aspectos en el plenario. En relación al proceso judicial –valga la redundancia–, creo de fundamental importancia el fallo “Vega Gimenez” emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que le da operatividad al principio *in dubio pro reo*, y al consecuente principio *favor rei* en la ley penal sustancial. Hasta ese momento, la doctrina interpretaba que la figura básica prevista en el art. 14 de la ley 23.737 era la de la tenencia simple, y que la figura atenuada era subsidiaria, que por especialidad, se podía llegar a esta figura. Por lo tanto, la cuestión probatoria, en los términos en que el legislador previó originalmente, era que debía probarse “inequívocamente” que la tenencia era para consumo personal. El fallo citado de alguna manera impuso una interpretación que abandona el criterio estrictamente literal, y se inclina por uno teleológico-sistemático más garantizador de derechos, que nos habilita una línea de trabajo importante. Obviamente, resulta insoslayable la mención del fallo “Arriola”, también producto de la labor del Alto Tribunal. Recordemos, brevemente, que este fallo estableció la inconstitucionalidad de la criminalización –en el caso– de la tenencia de estupefacientes para consumo

personal. En principio es cierto que se trata de un fallo compuesto por varios votos, que –en mi opinión– en principio uno podría interpretar que vuelve básicamente al voto del Dr. Petracchi en “Bazterrica”, y me parece que la conclusión a la que arriba es clara, en términos de la conculcación del art. 19 por parte del art. 14 segunda parte de la ley. Hay dos conclusiones de los distintos votos que relevo como importantes: por una parte, el reconocimiento que el consumidor es una víctima, no un delincuente. Quizás realizo esta apreciación desde una visión optimista. Y esto de criminalizar al consumidor también desaparecería del horizonte procesal.

Creo que, efectivamente, queda vigente la idea de los tratamientos previstos por el art. 16 para los autores de otros delitos. En relación a nuestra visión procesal, tenemos elementos para direccionar las imputaciones mas gravosas hacia en función de estos fallos hacia los tipos penales con menor pena (tenencia, tenencia para el consumo personal), lo que se refuerza con fallos como “Acosta” en los cuales se enfatiza, por ejemplo, el principio *pro homine* a modo de *obiter*. En el caso de una imputación por tenencia simple se puede plantear la *probation*, en tanto considero que es clara su procedencia, ya que las alternativas –medidas de seguridad– de la ley, no se modifican por la aplicación del art 76 bis del CP. Vamos a ver rápidamente los tipos penales vinculados al art. 5, que claramente, están vinculados al tráfico. Creo que a esta altura está bastante admitido que allí se tipifican comportamientos de “traficantes” y por tanto que se requiere el llamado “dolo de tráfico” en todos esos comportamientos que tienen penas tan altas que van de los 4 a los 15 años de prisión. Lo que evidencia que las conductas allí tipificadas no pueden ser propias de un consumidor que transporta en sentido fáctico estupefacientes. En todas las conductas allí descriptas está, implícitamente, presente al tráfico ilícito de estupefacientes y el consecuente conocimiento de favorecer el mismo. Por tanto, uno de los hechos que tendrá que probarse –además del dolo– es este elemento subjetivo distinto, ese conocimiento de que no sólo está

transportando estupefaciente de un lugar a otro sino que, además, se está impulsando la cadena de comercialización. Una de las cuestiones para señalar es que el mismo art. 5 trae un inciso e) que ha sido modificado, que contempla el suministro gratuito de estupefaciente que inequívocamente va a ser para consumo personal de quien lo recibe, tipo penal conminado con una pena menor que la simple tenencia. Efectúo esta mención pues en un caso concreto, había situaciones equívocas que permitían que direccionáramos la defensa tanto hacia la tenencia simple –en tanto las circunstancias del caso no indicaban que la tenencia tuviera por objeto el consumo personal–, como para el suministro gratuito en grado de tentativa previsto por el art. 5 inciso e). No es usual que, desde la Defensa, se invoque un tipo penal contenido en el art. 5 como el adecuado en el caso, pero la escala penal prevista en el art 5 inc e) *in fine* resulta preferible al art 14 1ª parte de la ley 23.737 por lo cual la estrategia sería direccionar la defensa según las constancias de la causa.

El juicio abreviado, es un recurso que –a mi ver– siempre tiene un costado escabroso. Este modo de finalización del proceso carece de algunos elementos del juicio constitucionalmente establecido, si bien muchas veces es preferido por los tribunales para solucionar problemas de agenda. Mi convicción es que los defensores no debemos plegarnos a solucionar problemas desde esa perspectiva, y el único parámetro para recurrir a él será la conveniencia en casos perdidos o donde por lo menos lo evaluemos, de una significativa ventaja en términos de la reducción de la pena. Personalmente son pocos los juicios abreviados que he concertado como defensor. Hay distintas opiniones sobre este tema. Recuerdo que en el encuentro de magistrados y funcionarios del Ministerio Público realizado en la ciudad de San Juan, se planteó la posibilidad de proponer elevar legislativamente el monto de la pena que permitiera acceder al juicio abreviado, lo cual personalmente me parece una postura riesgosa.

En este sobrevuelo, y pasando a otro tema propio de estos juicios, uno que presenta algunos inconvenientes es el de los llamados arrepentidos. Reitero aquí que el pasaje rápido

obedece a la idea de que funcionen como disparadores, para que podamos intercambiar experiencias en este sentido. La dogmática procesal ha puesto en evidencia que colisiona con los principios de legalidad, de culpabilidad porque se bajan las penas, se afecta el principio de contradicción y de publicidad de los juicios, pero personalmente me preocupa la violación del principio de igualdad. Evidentemente, no hay una ley sobre quienes pueden acogerse a este instituto, por ende, aquellas personas que tuvieron un rol protagónico dentro de la imputación a un determinado número de personas, podrían acceder a este beneficio en tanto delataran a aquellas personas que tienen un papel secundario. En principio esto sería posible en un contexto legal. Claramente no es el criterio político criminal que lo ha inspirado, pero el texto de la ley, en principio, lo permite. Lo que sucede es que generalmente nuestros clientes no son estas personas. El beneficio, entiendo, en una sana interpretación también abarca a los encubridores. Esto resulta lógico y plausible en tanto los encubridores tienen un rol secundario con posterioridad al ilícito. El problema también se plantea en cuando se debe declarar. Sucede que muchos imputados deciden declarar en un momento avanzado cuando ya no en la etapa de plenario. Para mí este es un problema que se plantea generalmente porque hay decisiones que se retardan por presiones, por amenazas, o a veces por falta de conocimiento legal, muchas veces se intenta o se pretende que exista cuando ese conocimiento que permitiría ampararse en los beneficios del arrepentido muchas veces no está presente. También, el que decide declarar en estos términos, renuncia a declarar contra sí mismo por una posibilidad que puede no darse en tanto no se juzgue que la declaración haya sido útil en los términos del art 29. Con lo cual hay que evaluar cuidadosamente esta alternativa.

Una última apreciación es con relación al tema de los extranjeros. Hay dos cuestiones previstas por la ley migratoria, que son particularmente importantes en el caso de condenados extranjeros. Cuando en forma paralela a la causa penal se inicia el trámite administrativo de extrañamiento, se prevé que finalizado el término de

condena, sean deportados. Sin perjuicio de ello, la misma ley migratoria establece que a la mitad de la condena cuando comenzarían las salidas transitorias para los nacionales, se produzca el extrañamiento del condenado extranjero. Ello en tanto el objetivo de las salidas es claramente resocializador, lo que no sucederá con el extranjero que será inexorablemente deportado. En este sentido la DGN tiene una Comisión que –entre otras tareas- activa los trámites administrativos para conseguir en tiempo este resultado. Si bien hay críticas a esta solución legislativa, la Casación ha ratificado la vigencia de la norma y, en mi experiencia, puedo decir que son mayoritarios los pedidos de defendidos por esta opción. Otra alternativa que plantea la ley de cooperación internacional en materia penal, es la del cumplimiento de la condena en el extranjero por parte de no nacionales, tema inédito en la práctica de quien habla. En el caso concreto, el Juzgado de Ejecución de Paraná dispuso el cumplimiento de la pena en la modalidad de prisión domiciliaria a tres mujeres uruguayas que pidieron –por medio de la Defensa- cumplir la condena en su país, resolución que se encuentra recurrida en Casación, por lo que deberemos esperar un pronunciamiento firme a este respecto. Hasta aquí ha llegado mi exposición un poco desordenada, pero –una vez más- insisto que quiso funcionar como disparador para compartir experiencias.

Dr. Federico Stolte

Abogado. Psicólogo Social, egresado de la Escuela de Psicología Social de E. Pichon Rivière y Licenciado en Psicología recibido en la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como Titular de la Defensoría Penal, Contravencional y de Faltas N° 12 (CABA).

En busca del sujeto perdido.

Agradezco esta invitación de poder participar en la Jornada conjunta de los dueños de casa, la Defensoría General de la Nación y nosotros, integrantes de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires. Trabajé en este edificio cuando pertenecía a la Presidencia de la Nación y colaboré en los trámites que culminaron en su destino actual. Me alegro que esté tan cuidado y siga siendo la sede de la Defensoría General de la Nación.

El tema que nos ocupa en esta reunión es sobre drogas y delitos, debo decir que la experiencia que tengo en esta materia es por haber tenido amigos que consumieron, amigos que murieron por consumir drogas, por haber trabajado férreamente en programas de prevención, prevención pura, en la época en que se podía hablar de prevención en la Ciudad de Buenos Aires. Hoy sería muy difícil poder hablar en esos términos.

Con Mario Kestelboim, hablábamos, en una reunión de Defensores, que nada es por generación espontánea, que todo es un proceso muy largo, ha pasado mucha agua por debajo del puente para que hoy podamos estar en este lugar compartido de defensa pública.

La creación de la Justicia de la Ciudad y la abolición de los edictos policiales fueron logros extraordinarios. Durante muchos años, la cárcel de Devoto tuvo sus pabellones abarrotados de personas detenidas por ejercer la prostitución, alcohólicos consuetudinarios, homosexuales, juego, entre otros, sin garantías, detenidos 30 días, sin

posibilidad de apelación.

Por la formación que tengo, pongo un especial acento en la palabra, en el respeto de la palabra, respeto que no sólo me dio el derecho, sino también el psicoanálisis y la literatura. A veces, una palabra tiene un impacto sobre nuestra subjetividad que puede provocar un proceso de introspección, reflexión, emociones y recuerdos. Hace días que me viene dando vueltas un sentimiento. Mientras venía a la charla, se me hizo más fuerte y me parece que es una oportunidad poder compartirlo con ustedes.

La palabra con la que voy a empezar esta charla es la palabra “mierda”. ¿Por qué?, se preguntarán ustedes. Bueno, un amigo pasó a visitarme por la Defensoría para pedirme trabajo para su hijo. Mi amigo, un penalista muy conocido, que se retiró, hace años, como fiscal, me contó que su hijo estaba a punto de casarse y quería buscar un nuevo trabajo. Ya despidiéndonos, luego de un café y decirle que iba a hacer todo lo posible, me dijo: “Penal no, a él no le gustaría trabajar en la justicia penal”. Le expresé mi sorpresa y le pregunté por qué. Me respondió “sabés que pasa, él no vivió la mierda, como nosotros de chicos”.

La frase fue un mazazo. Me dejó pensando varios días. Les voy a contar qué es lo que esa frase significa para mí. Entré en el Poder Judicial a los diecinueve años, ya vivía solo hacia un tiempo. Recuerdo la vergüenza que sentí cuando fui a la primera reunión a un Juzgado Penal de la Justicia Federal de la Capital, porque mi único saco tenía el escudo del Colegio y, cuando lo descosí, se notaba la diferencia de color.

Trabajé en la Justicia Federal en los años duros, de una represión despiadada. Generalmente, cuando se recuerda aquella época, se asocia la represión vinculada a la desaparición de personas, que sin duda fueron los hechos más brutales. No puedo ampliar sobre el tema en esta charla al respecto, pero sí poner énfasis en que la idea mesiánica de creer que era posible sustraer a bebés de sus familias, para ser educados de una manera más sana, es un triste y único ejemplo en la cultura occidental. No ocurrió desde Grecia, pasando por la Edad Media, ni en la Modernidad. Los hijos de los reyes o señores secuestrados, fueron episodios sustentados en el valor simbólico que representaban como forma de expresión

de poder y dominación. La idea abominable ejecutada en nuestro país, casi a fin del siglo XX, con esos bebés y niños, ha sido un hecho inédito que debe provocarnos profunda tristeza y vergüenza.

Pero venimos acá a hablar de drogas. Les voy a contar qué sucedió durante aquellos años con la aplicación de la Ley 20.771, fundamentalmente con el artículo sexto. Lo que veíamos en la Justicia Federal, muchas veces, eran jóvenes que llegaban torturados, maltratados, del mismo modo que los detenidos por la Ley 20.840, ley de subversión económica.

¿Cuál era la ideología imperante? Que había que perseguir a los consumidores porque, de ese modo, una vez eliminados, los vendedores no tendrían a quien venderle droga. Ideas similares se tenían en el siglo XIX, cuando se pensaba que eliminando las fronteras se evitaría el delito de contrabando. Les voy a contar algunos casos que recuerdo. Un joven, con su ocasional novia, fue a un hotel alojamiento cercano al Hospital Fernández. Le convidó un cigarrillo de marihuana, a ella le dio palpitaciones y concurren al Hospital Fernández; el médico que la atendió le preguntó qué le sucedía, ella respondió que tenía palpitaciones porque había fumado. El médico, inmediatamente, dio intervención a la Policía Federal. Los llevaron detenidos y, bajo presión y tortura, lo obligaron a firmar la declaración espontánea de esa época, donde él confesaba haberle dado droga a su novia. Estuvo detenido seis meses en la Cárcel de Devoto; lo manguereaban en invierno, desnudo, con agua helada y lo dejaban toda la noche así, sin dormir. La causa se resolvió de la manera que ustedes deben intuir. En Cámara, se sobreseyó definitivamente por inexistencia del cuerpo del delito: quién podía decir qué era lo que esa chica había fumado. Como ese caso, ha habido miles. Otro ejemplo, a pocas cuadras de aquí, en pleno centro de la Ciudad, la Policía Federal, sin orden de allanamiento, entra en la casa de un estudiante de abogacía, a las cuatro de la mañana. Su padre, un reconocido abogado, no pudo impedir el procedimiento que consistió en oler, en un tubo plástico de rollo de fotos, olor a marihuana. Ese indicio bastó para detenerlo y someterlo a proceso, en las mismas condiciones que el caso anterior,

varios meses en la Cárcel de Devoto, víctima de vejaciones y maltratos. Y otra vez, el cuerpo del delito ausente. Con estas referencias, quiero señalarles que no llegamos hasta acá por generación espontánea, fue dramático el tratamiento que tuvo durante el proceso militar la Ley que fuera sancionada en Octubre del año 1974. Fue dramático, torturaron gente, murieron personas. Recuerdo un padre que llamó a una Comisaría para que le dieran un escarmiento a su hijo que fumaba marihuana en su casa. El joven quedó estéril por la picana.

Detrás del relato de estos episodios, hay una concepción dramática sobre la toxicomanía. Una idea extirpadora, que era posible extirpar el mal, fue solidaria a los tratamientos médicos que se llevaron a cabo y, que en cierto modo, mantienen vigencia, en lo que todos conocemos como sistemas cerrados. Los jóvenes adictos eran trasladados a granjas, donde la cura consistía en el cese de la ingesta. Con aparentes resultados y cambios en su comportamiento, volvían a reinsertarse en sus familias y a la sociedad. Con las recurrentes recaídas, descubrieron que la toxicomanía no era una relación simple y directa del individuo con la sustancia, sino que ésta actuaba, de alguna manera, como *partenaire*: cumplía una función.

Entonces, lo que quiero decirles es que si alguno cree que la pena ha servido para algo en materia de drogas, que ha tenido efectos curativos o correctivos, está profundamente equivocado. Nosotros tuvimos un ejemplo muy triste y de nada nos sirvió.

Mientras la administración holandesa, el cuco de Europa de aquel entonces, estaba preocupada por la salud y dirigía sus políticas públicas de prevención y tratamiento, con el suministro de drogas sustitutas, porque lo más importante era que no se murieran los consumidores, porque se inyectaban cualquier porquería y fue el país que logró reducir en mayor medida el consumo de drogas duras en Europa, nosotros tuvimos políticas de represión, durísimas, sin posibilidad de modificar conductas. Sépanlo, el uso y abuso de consumo de sustancias tóxicas, y alcohol en mayor medida, es un problema de salud pública y así debe tratarse.

Entonces, lo que me interesa destacar es que hay que tener cuidado y aprender de nuestros errores. Fuimos

durísimos y no hubo absolutamente ninguna posibilidad de modificar los hábitos y costumbres. No hay posibilidad y, mucho menos, por medio de la aplicación de la pena, como correctivo, como modo de cura. Por el contrario, el error de la época impidió políticas públicas serias de salud que hubiesen tratado el padecimiento de las adicciones en el debido lugar. Así como hace doscientos años viene fracasando el encierro como modo de rehabilitación social, fracasó el sistema de encierro como modo de cura.

Quiero hacer una reflexión vinculada a mi formación que tiene que ver con algo equiparable a la adicción, porque para mí la palabra adicción, más allá de que la Organización Mundial de la Salud no le gusta. No le gusta porque viene de los adictos, de los romanos, de cuando la persona se quedaba sin patrimonio, entonces se le decía que era un adicto a aquel que se sometía y pagaba como esclavo su deuda. De todos modos, me parece una palabra muy difícil de reemplazar para el imaginario colectivo.

Una pregunta que nos hacemos los psicólogos, como una pregunta abierta - que quiero compartir con ustedes - es la de qué consume el adicto, qué relación tiene con la sustancia, de qué abusa el adicto. Esa pregunta no voy a tratar de responderla, sí decirles que no es posible hacer categorías, vaciar al sujeto que consume en el rótulo de adicto.

Interrogante del mismo valor es qué roba el ladrón, cuál es su vínculo con el botín. De igual modo, no hay respuestas absolutas, sólo aproximaciones en el caso particular.

Quiero transmitirles una línea de pensamiento vinculada a las enseñanzas del Maestro Francesco Carnelutti que, en “Las Miserias del Derecho Penal”, señala con arrolladora vigencia cuál es el rol que debemos cumplir como Defensores en la relación con nuestros asistidos. Nuestro trabajo, para ser realmente eficaz, debe ser llevado a cabo sobre la convicción de que nuestros asistidos son como nosotros, con dificultades inherentes a situaciones adversas y complejas pero, detrás de cada uno de ellos, hay un ser humano que padece, como cualquiera de nosotros.

Por eso, es tan importante el vínculo que establecemos con ellos, por supuesto que no debemos soslayar lo que

llamamos defensa técnica, pero es el propio Carnelutti quien nos enseñara que el consuelo y la amistad en la situación de desesperación están por encima de floridos escritos.

Nuestro trabajo debe estar teñido de una búsqueda implacable de ese sujeto perdido, que el sistema punitivo absorbe y tiene como rehén. Aunque sea sólo uno el que se salve, nuestra tarea habrá tenido sentido, como señalara Francesco Carnelutti.

Cuando el filósofo argentino, José Pablo Feinmann, se pregunta sobre la obra de Foucault, en qué consiste el trabajo del autor, se responde que se trata de una búsqueda desesperada e implacable del sujeto. Una búsqueda desesperada de tratar de encontrarlo por sobre el poder y las instituciones y la historia del hombre. Ese sujeto que está tantas veces perdido como podemos estar nosotros o hemos estado.

¿Podemos, desde la Defensa Pública, cumplir con nuestro rol, sólo con conocimientos vinculados a la dogmática y el derecho procesal? ¿Qué escuchamos cuando escuchamos a nuestros asistidos? ¿Son sólo casos? Una persona que roba sistemáticamente, que consume sistemáticamente, ¿es un ladrón o un adicto? ¿No podemos ver nada más? ¿Qué le sucede a alguien que roba, roba y roba y no puede dejar de robar? ¿Y al adicto que consume, consume y consume y no puede dejar de consumir?

Estas preguntas, sin lugar a dudas, nos interpelan como profesionales del Derecho, en nuestro rol de la Defensa. La formación no tiene nada que ver con la aplicación diaria del Derecho, tiene que ver con la propia subjetividad, desde qué lugar nos ponemos a trabajar cada uno de nosotros.

Previo a desarrollar la concepción del acto, desde la corriente psicoanalítica, si podría responder una consecuencia derivada de la compulsión, compulsión a la repetición, repetición al consumo y abuso, repetición a la apropiación de lo ajeno: la falta de libertad. En un diálogo fantástico que Élisabeth Roudinesco mantiene con Jacques Derrida, reflejado en el libro “Y mañana, qué...”, el filósofo francés señala que máquinas hay en todas partes, y sobre todo en el lenguaje. Él define la máquina como un dispositivo de cálculo y repetición; no bien hay cálculo, calculabilidad y repetición,

hay máquina. El adicto y el ladrón, al hallarse presos de su repetición y cálculo de una sustancia, de un botín, no son sujetos libres, porque no hay nada que pueda armarse por fuera de ese cálculo, de esa maquinación. Lo imprevisible les es ajeno. Esta dimensión, que entiendo no nos debería ser ajena, como profesionales en nuestra labor diaria, abre una perspectiva que complejiza el reduccionismo del término acto delictivo.

Creo que el psicoanálisis aporta un concepto diferente del acto que intentaré explicar, de la manera más comprensible, a partir de la obra de Jacques Lacan.

El acto que, en Derecho, distinguimos del hecho, que tiene consecuencias y responsabilidades del sujeto, no es el acto del psicoanálisis. Lo que se llama *acto* es algo que sucede que permite una modificación en el sujeto. No es el acto que nosotros estamos acostumbrados. Se trata de un acto que, más allá de la valoración moral que pueda hacerse del mismo, puede producir y produce un cambio en la posición subjetiva de la persona, actúa como un quiebre, que le permite colocarse en otro lugar.

Quizás pueda aclararse este concepto con un ejemplo. En situación de análisis, cualquiera de nosotros puede tener un sueño y relatar un sueño; ese sueño, trabajado en análisis, interpretado en análisis, es un acto. Entonces, no es el acto que nosotros estamos pensando sino algo diferente, que produce una modificación, a veces, imperceptible para nosotros. Sin embargo, eso es un acto porque produjo una modificación subjetiva en esa persona.

Volvamos a la pregunta, por qué roba el ladrón, como simplificación de lo que es el Derecho Penal, todo el Derecho Penal puesto sólo en esa pregunta. ¿Por qué el adicto consume y no puede evitarlo? ¿Es un acto que realiza sin saber por qué? Pongámonos de acuerdo en esto. Roba, ejecuta un acto pero no tiene claro por qué lo hace, y no puede parar de ejecutarlo como una forma compulsiva, del mismo modo que un adicto cuando consume.

Se los voy a mostrar por la inversa, porque es algo que a alguno de ustedes les habrá fascinado y hace cuatrocientos años sigue fascinando no sólo al hombre de Occidente. La gran pregunta del teatro universal es por qué Hamlet no

ejecuta el acto. Allí está el misterio de la obra. El príncipe de Dinamarca, por la genialidad de Shakespeare, desde el comienzo de la obra, sabe que su padre fue muerto por el tío, hermano de su padre. El espectro del fantasma le ha dicho a Hamlet, tu padre fue asesinado. ¿Dónde está la magia de la obra que hace cuatrocientos años que nos sigue cautivando? Justamente, en que Hamlet no actúa. Es la situación inversa que el ladrón o el adicto.

El adicto no sabe por qué, el ladrón no sabe por qué, ambos actúan. Hamlet sabe y, por alguna razón, no actúa. Y esa es la magia de la obra. Entre ustedes, habrá alguno que conozca o se haya familiarizado con los principios del psicoanálisis. La interpretación que hiciera Jacques Lacan sobre Hamlet, sobre por qué produce lo que llama la procrastinación del acto, que lo lleva a no actuar. Recuerden la obra, Hamlet sólo reacciona y actúa cuando se entera de la muerte de Ofelia, su amada. Pero, si se trataba de la muerte de su padre, ¿por qué no actuó? ¿Por qué fue Ofelia, con su muerte, el disparador de su movimiento subjetivo? Ella ocuparía, para Hamlet, el lugar de un concepto que, como el propio Lacan señalara, fue el único aporte nuevo que él hiciera a la teoría psicoanalítica. Me refiero a la noción de *objeto a*, como causa de deseo, pero también, como causa de angustia. No puedo, en esta reunión, avanzar sobre el concepto pero quédense con la sospecha, insisto, eso es lo que nos cautiva de la obra, Hamlet sabe, sabe que su padre ha sido asesinado por su tío y, sin embargo, no puede actuar, no puede vengar la muerte de su padre.

Por el contrario, cuando digo que el ladrón no sabe por qué roba, y qué lugar de *partenaire* ocupa el objeto que, desde nuestra mirada, no es más ni menos que el deseo del Otro. Cuando alguien nos cuenta que ha pasado toda su vida de robo en robo y ha dejado de hacerlo, considerado socialmente rehabilitado; para nosotros, podría hallarse en otra posición subjetiva. Nunca es el botín, nunca le importa al ladrón el botín. Como al adicto tampoco le importa la droga. Es otra cosa la que le importa, ¿qué le importa? Le importa la función que cumple el botín o la sustancia, la función de sustitución. ¿Qué sustituye? Y...esa es la revolución del psicoanálisis, tan difícil de aceptar, habrá que ver en cada caso de qué se trata esa sustitución y qué importancia tiene para ese sujeto.

Voy a contar algunas situaciones en las que he participado y que pueden aclarar un poco más este concepto. Un asistido nuestro de la Ciudad se pelea recurrentemente y de manera feroz con su madre, con quien convive. ¿Qué hace luego de cada pelea? Toma un arma, sale a la calle y roba. Sospechosamente, siempre lo detienen. Y cada vez que lo detienen, la policía dice que lo detuvieron por la obviedad de su conducta.

Para la Justicia es un ladrón reincidente, pero si nos abocamos en pensar en qué le sucede a esta persona, ahondamos en su subjetividad, algo nos llama la atención. En las visitas al penal, observamos que consigue, de manera alarmante, ser trasladado constantemente a distintos penales de la Provincia de Buenos Aires. Al entrevistarlos, cuenta que su madre llora en las visitas y él no lo puede tolerar. Le parece que esa actitud de su madre no es la correcta, que no actúa con la entereza que la situación amerita. Entonces, logra, con el cambio de penal, que su madre lo busque en forma desesperada, sin encontrarlo. Este comportamiento lo mantuvo durante casi un año hasta que ella lo encontró.

En la visita, le preguntó si iba a llorar y, cuando ella le respondió que no, le dijo que a partir de ese momento podría visitarlo con frecuencia.

Mi pregunta sobre este caso es si esa persona es un simple ladrón, si lo único que le interesa es el botín que puede obtener con su conducta o, si por el contrario, ustedes ven algo más, sobre todo, en el vínculo que mantiene con su madre. Seguro que hay algo más. Creo que ustedes ven que acá hay algo que hace ruido. Ese ruido tiene que ver con la posición de ese sujeto, que lo lleva a colocarse en otro lugar.

Con su acto, se asegura que el Otro intervenga, como ley social y, ya preso, logra colocar a su madre en el lugar en que considera que ella debiera estar.

La última vez, ya en libertad, me visitó en la Defensoría con su pareja. Ella refirió que por fin él se había puesto a trabajar, que convivían y estaban buscando un hijo. Dudé en preguntarle, pero finalmente lo hice. Le pregunté a él sobre su madre. Con un gesto corporal de cuidado y simultáneo rechazo, me contestó “Déjela, doctor, a mi madre, déjela allá, donde ella vive, que las cosas, así, están mejor”.

Creo que es un buen ejemplo de lo que venimos hablando. Ustedes advierten que la definición de reincidente deja por fuera la subjetividad, que fue necesario un cambio de vínculo con su madre para colocarse en una diferente posición.

Otro caso. Este es uno muy triste, él ya murió. Cuando yo lo conocí, no sabía su historia; después, ya detenido, me la contó. Se trata de un joven de una familia poderosa que, a los quince años, se entera que su madre, en realidad, no era su madre.

Su madre era una prostituta que su padre había conocido cuando estuvo de viaje por España. Su padre, un hombre muy rico, viene a la Argentina con el bebé.

Al enterarse que su madre no era su madre, viaja a Europa y le pide a un amigo que lo acompañe. Quiere conocer a su madre. Cuando llega al lugar, una casa en Marbella se encuentra con una casa muy fastuosa, y una limusina que llega con clientes y la dama dentro del auto. De esa forma, conoce el joven a su madre. La consecuencia de ello es una brutal pulsión de muerte: se inyecta heroína hasta que regresa, con Sida, a Buenos Aires. Muere su padre, le deja una importante herencia, ese dinero nunca lo gasta y, ¿qué hace?, sobrevive con la venta de marihuana. El dinero heredado de su padre, que él llama legal, lo único legítimo no lo puede gastar. Lo detienen por una escucha telefónica y, ahí, comienza su peregrinaje. Pasa cuarenta días detenido en el pabellón de tránsito de la Cárcel de Devoto, donde duerme en el piso por falta de camas, se le infecta un pulmón y lo trasladan al Hospital Muñiz, Permanece allí hasta que vuelve a la cárcel y, finalmente, es internado en una clínica de recuperación hasta que sale en libertad, luego de cuatro años de detención y, al poco tiempo, muere.

La pregunta fundamental para pensar este caso es, ¿era realmente un adicto? Este joven, ¿era un adicto o algo lo llevó irremediablemente a esa situación que lo llevó a su muerte?

Me parece que ustedes estarán de acuerdo, también en este caso, en que la definición de adicto, del Derecho, es insuficiente.

El último caso que les voy a contar, hasta ahora no di nombres, pero ahora sí lo voy a hacer porque le pedí su

autorización para contarle y me la dio.

Llega un detenido de Olmos, por portación de arma. Me siento a charlar con esa persona, le digo que tiene una causa en la Ciudad y, con sorpresa, me pregunta, *¿portación de arma?, Doctor, por favor, con las cosas que yo he hecho, cómo me voy a acordar de una portación.* Me cuenta que hace más de treinta y cinco años que está detenido en la cárcel, entre entradas y salidas. Sus hechos están narrados en su libro, sus delitos, estuvieron más cerca de la defraudación que del robo, por la estrategia, el tipo de engaño que ejecutaba. Me dice que hacía un tiempo pensó en suicidarse y, que lo salvó la literatura. Que se abrazó a la literatura, que leyó mucho y que escribió tres novelas, dos de ellas, destruidas por personal del servicio penitenciario. Hablamos de literatura y me di cuenta de que realmente había leído mucho. En aquella época, yo dirigía un taller literario en la cárcel de Viamonte en el que participaban todos los detenidos. Le propuse hacer un abreviado que, de ese modo, por ser la última jurisdicción en dictar la pena, lograría trasladarlo de Olmos a Viamonte, donde le pondría una computadora en una sala para que se dedicara a escribir. Cuando estaba terminando de decírselo, se puso a llorar y me dijo que era lo más lindo que le habían dicho en su vida.

Llamé por teléfono a la jueza y le expliqué la situación; estaba en un todo de acuerdo. Pero, dos días más tarde, me llama y me dice que la causa está prescripta. Fui a Olmos con Federico, mi secretario, para darle la noticia de que su causa se había acabado y que ya no teníamos nada más que ver con él. Ocurrió algo, que no es tan fácil de explicar con palabras, pero en la contradicción de darle la mala noticia de que su causa había prescripto, hubo una mirada, un gesto, una actitud que, al salir de ahí, le comenté a mi secretario, que sentía que nosotros éramos el último eslabón en su vínculo con el mundo. A partir de ese momento, una vez por semana, empezamos a visitarlo, durante casi dos años.

Nos esperaba con un café sabroso preparado por él. En una conversación, comentó que había un periodista de *La Nación*, Jorge Palomar, que escribía sobre los Esteros del Iberá. Que él era de los Esteros de Iberá y nos pidió si podíamos hacer algún contacto.

Llamo a *La Nación*, hablo con el periodista, le explico mi relación con esta persona y le cuento parte de su vida y el periodista afirma no tener parentesco pero, a su vez, me asegura que le gustaría mucho tener un pariente así. Le pregunté si tendría ganas de conocerlo.

Vino conmigo a la cárcel, lo visitó varias veces e hizo una nota preciosa en la *Revista La Nación* del domingo, hace dos o tres años, donde contaba la vida e historia de Pedro Palomar.

Esa nota fue tan linda, que me llamaron de la Editorial Planeta, con la intención de publicar un libro biográfico, sobre la vida de Pedro. El libro se llama “Mi vida como ladrón” ahora no se consigue porque está agotado.

Cuando Pedro salió en libertad, se lo presenté al Defensor General, Dr. Mario Kestelboim. Una tarde, charlando con Mario, comentábamos sobre el sentido abarcativo, amplio que debe tener la Defensa, como concepto y, en aquella charla, le pregunté sobre la posibilidad de darle una oportunidad de trabajo con nosotros, en la Defensoría, a Pedro Palomar.

Mario me dijo que lo dejara pensar un poco. Días más tarde, me llamó y me preguntó si yo creía en él. Le respondí que sí. Lo hice porque yo veía ese cambio subjetivo, ese suicidio que no ocurrió y, el aferrarse a la literatura como una salida diferente, una posibilidad.

Definitivamente, ese había sido su cambio subjetivo. Nosotros sólo fuimos partenaires de ese cambio subjetivo; lo único que hicimos fue decir sí, apostemos por él. Bueno, ahora él está acá, presente, entre nosotros, escuchando esta charla y hace dos años que trabaja en la Defensoría. Sin duda es el logro profesional más importante de mi carrera.

Cierre

Dr. Eugenio Zaffaroni

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Doctor Honoris Causas en una decena de Universidades de América Latina y Europa. Autor de más de una veintena de libros sobre el Derecho Penal y el Sistema Penal.

Querida Defensora General, señoras, señores, amigos y amigas, muchísimas gracias por la oportunidad. Es para mí un verdadero honor y agradezco la invitación.

Dentro del amplísimo abanico de temas que pueden estar vinculados con los tóxicos, preferiría dedicarme un poco al problema de la imputabilidad referida a las intoxicaciones. No hay desde el punto de vista jurídico penal diferencias cualitativas en cuanto a los tóxicos, y como todos sabemos, la problemática más frecuente que se nos presenta en las causas penales está fundamentalmente vinculada a la intoxicación alcohólica, es decir a la embriaguez y al consumo alcohólico. Contra todo lo que se dice, lo saben ustedes como defensores y lo vemos nosotros cotidianamente, el tóxico criminológico por excelencia en nuestro país sigue siendo el alcohol. Es muy extraño que aparezca un delito cometido bajo los efectos de otro tipo de intoxicación, es totalmente excepcional, comparado con el enorme número de causas que aparecen vinculado al factor protagónico del alcohol. De cualquier manera insisto las reglas son idénticas. En la imputabilidad penal a lo largo de la historia del derecho penal ha recorrido todos los estratos de la teoría del delito, Frank decía que era un fantasma errante, y efectivamente fue desde la conducta, desde la acción hasta saltar más allá de la teoría del delito y caer en la punibilidad. No voy a sintetizar esta historia, todos sabemos que para los hegelianos directamente era capacidad de acción, ellos entendían que la acción requería conciencia y por ende el sujeto activo del delito de los hegelianos era un sujeto activo mucho más reducido que el que normalmente manejamos en la dogmática contemporánea. Luego la

versión más corriente en nuestra dogmática fundacional fue considerar a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad. Que estaba básicamente tomada de la estructura dogmática del delito de Franz Von Liszt.

Para Franz Von Liszt la imputabilidad era un presupuesto de una culpabilidad entendida descriptivamente, era un tributario del pensamiento positivista, no del positivismo monista italiano, pero sí del positivismo idealista. Había un componente extraño en su teoría considerando una culpabilidad que no era culpabilidad, que no era nada más lo que hoy consideramos el aspecto subjetivo del tipo, es decir una culpabilidad integrada por dolo y culpa, que no admitía grados porque era meramente descriptiva. Hay algo incoherente en la teoría y es que el loco puede actuar con dolo, y evidentemente en la mayoría de los casos lo hace. En la medida en que una perturbación de la conciencia no se traduzca en una perturbación de la sensorio-percepción que directamente daba irreconocibles los objetos, los elementos requeridos para el tipo objetivo, el sujeto está actuando con dolo, con voluntad, voluntad dirigida a la finalidad de realizar el aspecto objetivo del tipo. Sin embargo, para Franz Von Liszt no se podía evaluar eso con dolo, se detenía en el análisis de la conducta delictiva antes, a través de un elemento que él le pedía en préstamo, una especie de pirueta hegeliana, le pedía en préstamo a un planteo que era extraño del positivismo. Él requería que para entrar en el análisis de lo que él denominaba culpabilidad -lo que se llamó culpabilidad psicológica- fuese necesaria la normal motivación. Se le objetó, por parte de críticos de la época que bueno/ normal / anormal, de cualquier manera existía motivación, y existía la voluntad de realizar el resultado.

Luego, les decía que lógicamente lo de Franz Von Liszt era un planteo descriptivo de culpabilidad y estaba llamando culpabilidad a algo que no era culpabilidad, esencialmente el concepto de culpabilidad es un concepto valorativo, histórica y filosóficamente la culpabilidad es un concepto valorativo y semánticamente también. En alemán, la palabra culpabilidad se traduce a la palabra *schuld*, significa tanto culpabilidad como deuda, es el derecho de obligaciones, el derecho de deudas. En castellano antiguo nos pasaba algo parecido,

si ustedes se acuerdan del viejo texto del padrenuestro, cuando decía “perdonanos nuestras deudas”, no decía que nos perdonaran los pagarés que habíamos firmado, sino perdonanos nuestros pecados, eso quiere decir que esto está históricamente vinculado a algo de tipo valorativo.

Por supuesto, dentro de un planteo de tipo positivista esto no podría entrar. Les menciono a Franz Von Liszt, porque nuestra dogmática nace lisztiana, es decir el nacimiento de nuestra dogmática tradicional es lisztiana y luego se va desplazando hacia el neo-kantismo.

Descubrimos a Aristóteles y lo traemos al derecho penal, haciéndole decir cosas que el pobre Aristóteles no había dicho, entonces descubrimos la culpabilidad filosófica, en el sentido tradicional. A partir de entonces están las primeras versiones, de las primeras versiones solo algunas la siguen considerando a la imputabilidad de un presupuesto, ya directamente incorporan la imputabilidad como parte de la culpabilidad. Sin la capacidad no se puede comprender, y sin comprender no se reprochar. Todos conocemos lo que pasó después, estaba el objeto desvalorado y el desvalor junto al objeto y luego se desprende, etc., con la estructura que fundó Weber.

Nos queda en el plano de la culpabilidad saber cuando la perturbación de la conciencia es de gravedad tal que nos hace, que nos imposibilita el reproche de culpabilidad. Todo esto lleva a un plano donde nos volvemos a encontrar con la vieja amiga con la que siempre nos peleamos que fue la psiquiatría. Los penalistas empiezan a tironearse con los médicos, con los psiquiatras, desde el siglo XVI, porque la corporación médica siempre trató de manotear de alguna manera la cuestión penal. Hasta los jueces franceses se peleaban por la cabeza de los guillotínados. Siempre la relación ha sido bastante conflictiva, de hecho en la imputabilidad plantea una serie de problemas de los cuales no puedo ocuparme ahora, pero el problema concreto es respecto de los tóxicos y particularmente respecto del alcohol, la idea del vicio, la idea del prohibicionismo, la idea puritana, etc., que infectó en bastante medida la doctrina penal. Desde el planteo positivista se consideró al estado de intoxicación como un agravante, otros sostuvieron que nadie

en un estado de intoxicación aguda realiza una conducta que en estado de conciencia no hubiese estado dispuesto a realizar. Otros entendieron ya entrando en un campo abiertamente patológico, no como resultado de una intoxicación aguda, sino de una intoxicación crónica, durante muchos años se le negó a la intoxicación crónica particularmente de alcohol, el carácter de enfermedad, se entendía que era como un vicio y la ebriedad actual se la considera un agravante.

Nuestra jurisprudencia nacional a lo largo de muchos años acogió estos criterios con argumentos, en general, de tipo peligrosista. Peligrosista gratuito, nosotros nunca practicamos un peligrosismo técnico digamos, si se pretendiese hacer un uso técnico de la peligrosidad más allá de todas las críticas que pueda merecer el concepto, la peligrosidad es un juicio de pronóstico, y un juicio de pronóstico es un juicio de probabilidad, que tiene que estar fundado sobre un cálculo de probabilidad que tiene que tener algún criterio científico para establecerlo. Como todos sabemos cada vez que se menciona la peligrosidad entre nosotros se la menciona según el criterio arbitrario del magistrado del Tribunal, sin una base científica simplemente de modo intuitivo, absolutamente arbitrario. De cualquier manera insisto, nuestra jurisprudencia y gran parte de nuestros autores durante casi todo el siglo pasado sostenían el criterio de la irrelevancia del estado de intoxicación alguna. Y la intoxicación crónica generalmente la identificaban con la embriaguez habitual o un vicio que significaba un agravante. La situación comienza a cambiar a partir del voto de Jorge Frías Caballero en la Cámara en lo Criminal y Correccional en la Capital del año 1963.

A partir del plenario que motiva ese voto se establece en nuestra jurisprudencia la teoría de acción libre en su causa (*Actio libera in causa*). Teoría según la cual el sujeto con una intoxicación aguda debe responder según la voluntad que tenía al momento de colocarse en situación de imputabilidad. Es decir, el sujeto para qué se embriagaba, si se embriagaba para matar respondería al odio, si se embriagaba de puro borracho respondería a culpa, y si no podía prever que se estaba embriagando, el accidente del que se embriaga por efecto de los gases que se mete a disipar etc., entonces no se le podía imputar ningún título. La teoría de la acción libre en su

causa, por supuesto, se introduce en nuestra jurisprudencia en la década del '60 pero no es ninguna novedad. Si ustedes leen Carmignani, van a encontrar que la teoría de acción libre en su causa, es una tesis que nos llega un poco tardíamente a la jurisprudencia, como todo llega a la jurisprudencia argentina un poco tarde, pero doctrinariamente no era una novedad.

De cualquier manera es una jurisprudencia que mejora notoriamente la situación anterior, la situación de absoluta irrelevancia, las consideraciones de tipo peligrosistas, es decir, es un progreso muy importante, un avance en nuestra jurisprudencia. Pero la teoría de acción libre en su causa no es una tesis que esté limitada al ámbito de la intoxicación aguda, de la inimputabilidad por intoxicación aguda. La teoría de acción libre en su causa, en definitiva, es una teoría que puede llevarse hacia atrás a todo lo que ha sido la vida del sujeto anterior que condiciona el grado de culpabilidad en el momento del hecho. Hay un pequeño detalle que hay en teoría de acción libre en su causa que es importantísimo, mientras el sujeto se está embriagando no hay absolutamente ninguna acción prohibida respecto del tipo que se le impute luego, ahora con la contravención no sé, pero respecto si estoy pensando en un tipo de robo, no comienza el robo mientras se está embriagando, si estoy pensando en un tipo de lesión, no comienza a lesionar mientras se está embriagando, no entra dentro del campo de lo prohibido, son conductas atípicas. Cuando el sujeto entra dentro del campo de lo prohibido, es decir cuando inicia la acción, cuando hay tentativa por lo menos, en ese momento no tiene culpabilidad, y entonces esta teoría lo que hace es reunir una intencionalidad que acompaña una conducta atípica y de esa manera suplir de algún modo al culpabilidad de una conducta típica posterior. Junta las dos conductas, arma las dos conductas, típica y atípica. Esto llama poderosamente la atención, por ser claro, me embriago para matar al que me sacó la novia, hay un sujeto que me está sirviendo bebida alcohólica, estamos acodados en la barra, estoy a lado de otro que pide igual que yo, si me caigo al suelo en ese momento de puro borracho no pasa nada, no entré en un campo de

prohibición típica respecto de la muerte del otro sujeto, y el otro que está a lado mío está haciendo lo mismo, matando a otro. Si cuando llega un sujeto puedo saber lo que debe hacer en el estado de inimputabilidad posterior, no. En general no. Puedo llegar al estado de embriaguez completa, al estado de grave perturbación de la conciencia, y llega el otro sujeto y en vez de matarlo lo abrazo, *no sabés el favor que me hiciste, te llevaste este paquete. No sabés lo que vas a tener que soportar en tu casa, gracias.* No pasó nada. Si en lugar de eso lo voy a agredir, recién entonces comienza mi conducta típica, pero al comenzar mi conducta típica soy culpable. Entonces estoy supliendo la inculpabilidad de una conducta típica, anteriormente no tengo dolo tengo una voluntad y una acción atípica, una intencionalidad de una acción atípica simplemente. No puedo hablar de dolo porque no tengo elemento objetivo del tipo, y sino tengo elemento objetivo del tipo no puedo hablar de delito subjetivo.

Esto francamente es complicado, pero cuidado la acción libre en su causa va mucho más allá, es una teoría que en el fondo es bastante autoritaria. Extremando la teoría pensemos en el siguiente caso, resuelvo suicidarme, me tiro desde el tercer piso de un edificio, de casualidad pego en un toldo, pero me lesiono el cráneo, como resultado me queda una lesión neurológica, como resultado de la lesión neurológica quedo con una epilepsia traumática, en una crisis epiléptica ahorco a mi mujer, entonces me dirán que aplicando la teoría del acción libre en su causa cometí un homicidio culposo. Me parece que es un poco complicado el asunto. Efectivamente la teoría del acción libre en su causa nos da, nada más y nada menos que, una limitada aplicación de lo que el autoritarismo de Mezger lo llevó a concebir como culpabilidad por la conducción de la vida. Es decir, en el momento del hecho tengo una culpabilidad muy limitada, o una inculpabilidad, pero esa inculpabilidad me la procuré por mi anterior acción de vida. Es una aplicación de Aristóteles, es cierto, Aristóteles decía que la virtud está en el justo medio, el que se aparta del justo medio va cayendo en el vicio, o sea por falta o por exceso. En cualquiera de los dos casos, cae en el vicio, y como el que arroja la piedra es él, después no la puede recuperar. Diría más bien que cae como en un

techo de dos aguas y luego no puede volver. Claro, solo que Aristóteles no tenía principio de legalidad, él hacía ética, no hacía derecho penal. El problema es que en el derecho penal tenemos el principio de legalidad, lo que sucedía era que a Mezger tampoco le interesaba porque había sido uno de los que había heredado el principio de legalidad introducido en el Código Penal alemán en 1933. De esta manera, claro, le juzgo toda la vida anterior al sujeto y no juzgo el ámbito de autodeterminación que tiene en el momento del hecho porque en el momento del hecho no se era libre en acto, pero sí fue libre en causa. Y la causa la puede llevar atrás hasta el momento del nacimiento. Estoy juzgando toda la conducción de vida del sujeto. Por supuesto, un Estado que se permita juzgar toda la conducción de vida del sujeto es un Estado totalitario. Pero si no aplicamos la teoría de la acción libre en su causa cómo se resuelven estos problemas de inimputabilidad de intoxicación.

Creo que resulta totalmente inútil la teoría de la acción libre en su causa, que en una dogmática razonable es que los problemas encuentras soluciones adecuadas. Primero y fundamental para la tipicidad culposa, no necesitamos en absoluto la teoría de la acción libre en su causa, que normalmente quien se coloca voluntariamente en un estado de inimputabilidad está violando con esa misma conducta el deber de cuidado. En el ámbito de la culpa, de la tipicidad culposa, los delitos culposos no creo que sea necesaria la teoría de la acción libre en su causa, en cuanto al ámbito de los delitos dolosos, cuidado. Da la impresión que en algunos casos el sujeto sabe lo que va a suceder, tiene la certeza de lo que va a suceder. Es verdad, pero en esos casos, y sobre todo cuando estamos hablando de omisiones el mero hecho de incapacitarse, está entrando en el ámbito de lo prohibido. Por ejemplo, si soy un médico que tiene al paciente abierto sobre la mesa de operaciones, y me tomo medio litro de *whisky* en ese momento, no lo voy a poder suturar, me incapacito para hacer lo que debo hacer. Incapacitarme totalmente para lo que debo hacer, es una omisión que se llama acto de tentativa. Si soy el que estoy manejando el sistema de señales de un aeropuerto y también me tomo un litro de *whisky* de golpe, directamente me incapacito para manejarlo, es una

tentativa. Si aparece alguien que se hace cargo de casualidad del sistema del aeropuerto y no pasa nada, me condenan por tentativa porque efectivamente ese es un comienzo de ejecución.

Hay casos que pueden ser más problemáticos, que plantean el mismo problema respecto de algunas otras diferencias que tenemos en la dogmática. Sobre todo autoría mediata e instigación, por ejemplo. Cuando se sostenía la teoría de la acción libre en su causa se decía que el autor era un autor mediato que se usaba a sí mismo en vez de usar a otro, y esto en el caso del que le quitó la novia no tenía ninguna autoría mediata. Pero hay algunos casos se generan dudas. La realidad es más rica que la imaginación para hacer casos de laboratorio. Hace muchísimos años tuve que presidir un juicio oral sumamente curioso, donde en un pueblo de provincia, había un señor que trabajaba toda la semana como leñador. Durante el fin de semana bebía y se embriagaba. Y embriagado salía por una puerta del fondo, se metía por todas las casas del vecindario e iba sacando la ropa que estaba colgada en los tendederos en las distintas casas. A la mañana se despertaba y veía la ropa ahí acumulada. Esto pasó unas 20 veces, hasta que la policía lo descubre una noche. Tremendo montón de ropa, semanalmente se repetía esto, me pregunto en este caso si no hay un comienzo de ejecución, habría que pensarlo. Habría que pensarlo cuando el sujeto tiene una absoluta certeza de lo que le va a suceder porque tiene diez experiencias anteriores que le indican que cada vez que se coloca en un estado de grave perturbación de la conciencia le pasa lo mismo, pero esto lo ponemos en un signo de interrogación. En caso de la autoría mediata de la instigación sucede algo parecido, suele ponerse como ejemplo de la autoría mediata, el que le dice al paranoico que el que lo persigue es fulanito que es un autor mediato, tengo mis serias dudas. Puede ser un instigador, pero un autor mediato tengo dudas. Tengo dudas porque si lo considero autor mediato el solo hecho de estar diciéndole al otro que lo sigue fulanito esto significaría tentativa. Normalmente el paranoico es paranoico pero no bobo, en consecuencia puede creer o no creer lo que le estoy diciendo, por eso me inclino a pensar que en los casos en que se vale alguien de un inimputable, no se

trata de casos de autoría mediata sino de casos de instigación. Solo si el otro inicia la acción a la cual se la instiga, será punible el instigador. En el caso del autor inmediato no por el solo hecho de decírselo, pero me surge alguna duda en algún caso en que la reacción del inimputable es perfectamente calculable como es el caso del psiquiatra tratante, que si tiene razones fundadas para saber cómo va a reaccionar el otro. Podríamos problematizar un poco más la cuestión pero en líneas generales lo que quería decir es que pese al gran progreso que significó ese plenario de la Cámara Criminal y Correccional, la teoría de la acción libre en su causa no la creemos absolutamente necesaria, incluso peligrosa, por abrir una culpabilidad de conducción de la vida, incoherente por estar combinando hechos de conducta atípica con conducta típica en la construcción de un único delito. Hasta aquí me estoy refiriendo a la intoxicación por tóxicos, especialmente a alcohol pero la misma problemática se plantea con cualquier otra intoxicación. Por supuesto, cuando nos encontramos con otro fundamento que no es la intoxicación, el abuso de un tóxico, no nos encontramos con el borracho del sábado a la noche, sino que nos encontramos con alguien que es dependiente del tóxico, el problema cambia. Sobre todo si se trata, hay distintos grados de dependencia por supuesto, hay distintos momentos hasta caer en el círculo de la toxicodependencia. Sobre todo en la dependencia alcohólica encontramos directamente lesiones neurológicas, no me refiero a los estadios finales de la enfermedad, sino que cuando ya instalaron un círculo de dependencia, cuando hay una necesidad orgánica de proveerse el tóxico no podemos hablar de voluntad, no podemos hablar de un estado de intoxicación voluntaria. Si los episodios agudos que se produzcan en el curso de una dependencia alcohólica no se pueden imputar la voluntad del sujeto porque el sujeto cae por efecto de su enfermedad en una suerte de necesidad de producción de esos estados. El efecto, cuando hablamos de tóxicos prohibidos, por supuesto no lo podemos imputar en la adquisición, en la tenencia ni nada del tóxico independientemente del criterio que tengamos. Necesita el tóxico y eso es una necesidad. Necesidad que dependiendo del tóxico puede ser orgánica o

meramente psíquica, pero que en la vivencia del sujeto es una mera necesidad y hay una absoluta reducción de su ámbito de autodeterminación del consumo tóxico. Esto no significa que cualquier cosa que realice el sujeto que esté afectado por un padecimiento de esta naturaleza, resulte un inimputable, me estoy refiriendo a lo que pueda suceder en los episodios de intoxicación aguda, no fuera de ese episodio de intoxicación aguda donde el sujeto es imputable por supuesto. Salvo en un estado muy avanzado de dependencia alcohólica donde ya hay una situación de psicosis o de demencia. Todo esto está muy vinculado a cuestiones de hecho y prueba en cada uno de los casos, no son sencillas de resolver, normalmente no se hacen los peritajes con la urgencia que debieran hacerse esto genera una cantidad de vidas, pero hay algunos factores. Sobretudo, uno sobre el que me gustaría insistir que suele ser un argumento muy utilizado en las sentencias y, desde mi punto de vista es equivocado. Se dice que un sujeto que conserva la memoria no tiene una perturbación profunda de la conciencia, esto no es cierto. Normalmente el sujeto tiene memoria, una memoria en tanto fotográfica, como una película que se corta y vuelve pero hay memoria, y esto no está implicando que haya una conciencia no perturbada. La perturbación de la conciencia puede quedar excluida como decía cuando hay una memoria muy, muy pormenorizada, pero que el sujeto recuerde como pantallazos de lo que sucedió esto no significa que el sujeto no sea inimputable. Por supuesto, pueden faltar los peritajes que nos ayudarían, pero el segundo problema es otro, cada vez que tenemos que resolver una cuestión de inimputabilidad muchas veces los jueces le preguntan al médico si el sujeto es imputable o inimputable. Lo cual es una barbaridad. El médico puede decir si el sujeto tiene algún padecimiento psíquico, puede decir si había un estado de perturbación transitoria, por intoxicación o por otra causa cualquiera, puede ser miedo, puede ser terror, cualquiera de otras emociones que lo perturban gravemente en la conciencia, puede decir cuáles son los efectos de eso, los síntomas de ese padecimiento, de ese estado, pero quien debe valorar el esfuerzo que el sujeto habría tenido que hacer para comportarse conforme a la norma, son los jueces y no los médicos, porque es un concepto

jurídico y no un concepto médico. Lo que el médico puede aportar es la información para la valoración jurídica, pero nunca podemos delegar la valoración jurídica en el perito, la valoración jurídica es jurídica y corresponde ejercerla en una sentencia el juez, un Tribunal. Este es otro de los primeros vicios, que se juega a dos puntas porque por un lado, el juez pregunta si es imputable o inimputable y por el otro lado, el médico contesta comprende la criminalidad del acto puede dirigir sus acciones de la fórmula de una imputabilidad. Ese es otra de las advertencias que respecto de esto tendríamos que tener en cuenta, y por supuesto siempre están los testigos, siempre está el comportamiento del sujeto aunque no tengamos peritaje, siempre está la mayor o menor coherencia del sujeto en cuanto a su comportamiento, en definitiva tengo un *in dubio pro reo*, no nos queda otra en algunos casos. Este sería, en líneas más o menos generales, el planteo de imputabilidad en cuanto a casos de intoxicación, insisto, no hay desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista de inimputabilidad sea el estado de perturbación de la conciencia motivado por un tóxico lícito o ilícito, el planteo es exactamente el mismo, no hay fundamentalmente ninguna diferencia. Naturalmente las únicas diferencias que hay son en cuanto a la naturaleza de las cosas, las sustancias, las características y efectos que puede generar la sustancia. Desde el plan jurídico no hay diferencias sustanciales del tratamiento.

Podemos seguir hablando de varias cosas, quedo a disposición de ustedes para lo que quieran señalar de esto en la medida que se los pueda explicar y que lo sepa.



Defensoría general

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Edición a cargo de la
Oficina de Prensa, Difusión y Publicaciones

Jefe de Prensa, Difusión y Publicaciones
Lic. **Pablo Sanz**

Equipo de Prensa, Difusión y Publicaciones

María Natalia Escribano
Lic. **Ismael García Fornasero**
Lic. **Adrián Hermoso**
Lic. **Ana Mangialavori**
Diseñadora Gráfica **Mariana Dominguez**
Diseñadora Gráfica **Ana Inés Penas**

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre 2010



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
MINISTERIO PÚBLICO