

Lo legal, lo ilegal y lo legítimo en el uso y disconsumo de sustancias

Leonardo Ghioldi

Psiquiatra Forense de la Justicia Nacional
E-mail: leonardoghioldi@gmail.com

Introducción

El contexto legal del uso de sustancias psicoactivas debe entenderse, en el país, como una gama de normas legales dispares e incluso contrastantes y no como un cuerpo legal homogéneo. Así, el arco legal se extiende desde el reproche penal -con previsión de prisión- para quien es hallado en posesión de sustancia ilegal (1), hasta la protección del usuario (2), en donde la obligación recae en el Estado en el amparo al consumidor.

Entonces, ambas leyes vigentes abarcan desde la hiper-penalización -previsión de prisión del usuario por su mínima y simple posesión de cualquier sustancia ilegal, jurisdicción del fuero penal federal, pena suspendida pero no abolida si inicia tratamiento-, en tanto en la otra se lo ampara y reconforta al brindarle lugares de atención, incluso en horarios nocturnos, con becas educativas y programas de re-inclusión laboral (2).

Como parte fundamental de este diálogo legal heterogéneo, los jueces han interpuesto fallos que interpretan las leyes y funcionan entonces como parte activa del contexto legal (3, 13).

Finalmente, y como parte principal de la discusión, está la realidad fáctica que habla *per se*: el uso cotidiano y espontáneo que la población hace de las sustancias psicoactivas (legales e ilegales) desde 1989 -fecha de sanción de la ley de estupeficientes- hasta la actualidad. Las diferentes estadísticas -y más allá de ellas, la percepción simple que arroja caminar por la calle de alguna ciudad argentina- señalan la naturalización de cierto tipo de consumo psicoactivo: la promoción de psicofármacos ansiolíticos como fármaco de prescripción habitual para todas las especialidades médicas, los energizantes de venta libre, el alcohol extendiendo su uso a la adolescencia, la

Resumen

El presente artículo intenta establecer un diálogo entre las leyes vigentes, su efectividad y controversias en el marco de la naturalización del uso de sustancias en el país. Para ello se rastrea los orígenes de la penalización del consumo de sustancias y las contradictorias posturas que se han adoptado en leyes y fallos judiciales. Todo ello se confronta con el creciente hábito de consumo de sustancias psicoactivas en la población, el cual ninguna de dichas leyes y fallos ha logrado influir.

Palabras clave: Penalización - Uso de sustancias - Reducción de daño - Psiquiatría forense - Adicción

LEGAL, ILLEGAL AND LEGITIMATE IN THE USE AND MISUSE OF SUBSTANCES

Abstract

This article attempts to establish a dialogue between existing laws, their effectiveness and the controversy within the context of the popularization of substance use in the country. To this end, the origin of the criminalization of substance use and the contradictory positions that have been adopted in laws and court rulings are tracked. All this is confronted with the growing habit of psychoactive substance use among general population, which no laws and rulings have yet managed to influence.

Keywords: Penalty - Substance use - Harm reduction - Forensic psychiatry - Addiction

propaganda del consumo como vehículo de bienestar y tantas otras manifestaciones de una sociedad de consumo que corrobora en cada acto su definición (4).

A los efectos de comprender los alcances de normas legales tan disímiles y prácticas de uso divergentes en relación a la ley, conviene repasar algunos aspectos que hacen a la actualidad de un debate que lleva casi un centenar de años en el país. Para ello es de capital importancia entender las diferencias entre despenalizar -esto es que el uso de sustancias configure un delito- o no hacerlo. Despenalizar no significa desjudicializar.

Antecedentes legales

En 1921 fue sancionado el Código Penal, como fruto de un largo proceso de redacción; en él no se ubicó como delito el consumo de sustancias, es decir, dicha conducta no mereció castigo penal ni se tipificó (5). Cabe considerar, claro está, que en esa época no recaía el peso denso de investidura social que fue adquiriendo en años posteriores. A lo largo del siglo XX, el temor social va desplazándose desde el miedo al "loco peligroso" -el supuesto enajenado temerario que motivó la creación de hospitales monovalentes separados de la sociedad- hacia el par social -el vecino-, quien bajo el efecto de sustancias se transforma en un sujeto de temer. La locura va siendo alcanzada por tratamientos más eficaces y su potencial amedrentador cede y el adicto va concentrando el miedo público.

En las alternancias de penalización/despenalización que se dan desde 1921, pocas veces se capta la repetición de la argumentación sino que, cada vez, la discusión se impregna con una sensación social de controversia vanguardista. Tal como ahora, en que quienes participamos de algún modo en la discusión nos sentimos impregnados de una discusión pionera y progresista.

En tal caso, las anclas legales que justifican una u otra posición están dadas -para quienes sostienen la posición despenalizadora- por el Artículo 19 de la Constitución Nacional de 1853 (6), la cual consolida el respeto a la intimidad y a la voluntad personal de los ciudadanos. Del otro lado, para quienes apoyan la opción del consumo como delito, es la figura de la Salud Pública el fundamento suficiente para avanzar sobre la conducta individual (7). Según esto, el consumo individual sería pernicioso para el conjunto social por tres vías: a) la de contagio o preconsumición de consumo basado en el ejemplo, b) la de que el consumidor fomenta el narcotráfico con su compra, c) aquella de que la sustancia transforma al ciudadano bueno en malo y por ello adopta conductas de riesgo.

Como contrapartida a la posición no penalizadora de 1921 se dieron dos plenarios de la Cámara Penal de Nación, en 1930 (8) y 1966 (9), que establecían que la tenencia de la droga para consumo personal constituía delito, arguyendo los riesgos que el individuo consumidor encarna para el conjunto y en función de que el consumidor es fruto y objetivo de un delito de grave trascendencia social -el narcotráfico en sí-.

En 1968, mediante la reforma de la ley 17.567 (10) pendulea nuevamente y desincrimina la tenencia para uso personal, otra vez cifrando la acción dentro del

ámbito de intimidad inexpugnable para el Estado. Sin embargo, y una vez más, el fiel de la balanza se desplaza en octubre de 1974, cuando entra en vigencia una ley especial referida a los estupefacientes: la ley 20.771, cuyo artículo sexto estableció que será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa "... el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados al uso personal".

En igual sentido, en 1989 se promulga la ley actualmente vigente 23.737 (1), que penaliza toda tenencia de cualquier tóxico ilegal, pergeñando un dispositivo en el cual quien es hallado en posesión de sustancia queda sujeto a la condena, aun si -por ser considerado adicto en examen forense- es sometido a tratamiento. La condena lo acompaña durante el proceso terapéutico, en forma latente y sólo es archivado el caso y desincriminado si hubiera realizado un tratamiento exitoso y de "cura" del consumo.

No prevé esta ley que la abstinencia completa de una sustancia dependencial es un fruto eventualmente alcanzable pero muchas veces inaccesible y que los tratamientos -cuando son exitosos- suelen ir estableciendo una regulación progresiva menos dañina del uso de la sustancia, en el cual la abstención -si es que se logra- es producto de un escalonamiento del uso, fluctuaciones que son parte del mismo proceso. Más allá de considerar si conviene que a quien se caracteriza como enfermo se lo impute penalmente, la fuerza penalizadora de la ley no logró torcer un hábito social en crecimiento.

En 1995 se sanciona la ley 24.455 (11) que obliga a las obras sociales a establecer un programa de atención para personas adictas en el mismo cuerpo legal que la obligatoriedad a tratar a personas afectadas por el virus de VIH.

Por último, en abril de 2014 el Congreso sanciona la ley Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (2), en la cual el Estado se impone un gran número de obligaciones, dentro de una estrategia terapéutica denominada *reducción de daños* -también ya prevista en el reglamento de la ley 26.657-, la cual es claramente contrapuesta a la postura abstencionista de la ley 23.737.

Fallos de la Corte Suprema

En 1978 (13) la Corte Suprema designada por la junta militar falla en favor de penalizar la tenencia de dos cigarrillos de marihuana, en posesión del Sr. Colavini, quien circulaba por la calle de El Palomar en el conurbano bonaerense. En este fallo, lo que resulta de interés es que el texto jurídico cita diferentes manuales de psiquiatría para considerar que los estupefacientes (sin singularizar en uno de ellos, en el individuo que consume o en las dosis en cuestión) son transformadores de la persona, la cual es inducida a cometer conductas antisociales y a promover, a su vez, el uso de sustancias. Se considera asimismo que las sustancias y su tráfico son comparables a las plagas medievales.

Por supuesto que lo interesante del fallo es que un autorizado vocero del Estado -la Corte Suprema- antropomorfiza la sustancia en su fallo que parece decir que la sustancia es el vehículo de degradación moral por el cual la sociedad escurre hacia su deterioro y ello debe ser detenido por el Estado, el cual simplifica el problema dis-

tinguiendo pares opuestos de bueno-malo y la sustancia como el vector de movilidad entre uno y otro.

En 1986 (14) la Corte Suprema -en su nueva composición, designada por el Senado- falla en Bazterrica y hace consideraciones superadoras al fallo Colavini:

“El sujeto puede un día probar la droga, comenzar luego a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica -y en algunos casos física- de ella. Frente a estas distintas situaciones o etapas, las diferentes respuestas que debe proporcionar el Estado tienen una gran influencia sobre el individuo. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratados que tienen los adictos.

Que en este marco -médico-psicológico-, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan, y que es suficiente por sí misma para invalidar el art. 6° de la ley 20.771, cuya inconstitucionalidad se declara, en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal”.

Es muy importante la consideración que establecen los ministros en relación al rol del Estado y cuál es la atribución que tiene en relación a los ciudadanos. Las conceptualizaciones abstractas y voluntaristas de peligro y moral suelen ser ineficientes en la acción estatal, más allá del bagaje moralizador que las conforme.

En una nueva torsión, en 1989 se debatió en la Cámara de Diputados la sanción de la actual ley de estupefacientes y se dijo (16):

“... son tremendas las consecuencias de esta plaga tanto en lo que se refiere a la práctica aniquilación del individuo como a su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducidas en la delincuencia común y subversiva, la incapacidad para realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, que es la base fundamental de nuestra civilización... Hay quienes piensan que somos libres de envenenarnos como nos place y que por consiguiente todo esfuerzo que haga la sociedad para impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado contra la libertad individual. Se trata de una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo sino que al hacerlo así causa perjuicio a quienes lo rodean”.

Por su parte, en la Cámara de Senadores se sostuvo (17): *“este es un problema que afecta fundamentalmente no sólo la vida del país sino la de todo el mundo. Eviden-*

temente, la producción, el tráfico y el consumo de estupefacientes ha logrado cambiar la fisonomía política, social y ética de numerosos países. Avanza inconteniblemente como una lacra que se expande por encima de las fronteras, resistiendo de modo fundamental la personalidad de los individuos y de los Estados... Se estima que en el mundo más del 20 % de la población consume drogas que provocan dependencia y grave daño físico y moral. Más de 300 millones consumen marihuana, 250 millones consumen derivados del opio y la cocaína, y el resto, alucinantes, estimulantes, sedantes, tranquilizantes e hipnóticos... En nuestro país la situación ha repercutido de tal manera y se ha expandido en tal forma, que la información de los diarios señala que está ganando, inclusive, a los niños de las escuelas, quienes han adoptado el hábito de drogarse en la vía pública, casi inconscientemente, con la inhalación de pegamento recalentado... En cuanto a los consumidores, la cadena tiene tres eslabones fundamentales, de los cuales ellos constituyen el último, los dos primeros corresponden al productor y al traficante. Desde luego, cuando los consumidores son muchos atraen al tráfico... La realidad demuestra que en tanto existan consumidores hay tráfico, y que cuando hay consumidores también está la droga clandestina. Y si se tiene droga clandestina es porque los consumidores, de alguna manera, estimulan su tránsito hacia el país afectado”.

En este debate (16, 17) se expresaron claramente algunas de las habituales fórmulas que se utilizan en la discusión sobre drogas:

A las sustancias se las inviste de un poder embriagador frente al cual ningún sujeto podría abstraerse.

El uso de sustancias -cualquier sustancia, todas ellas conformando un grupo indistinto- es contagioso -por eso se las homologa a las plagas o enfermedades infecciosas-.

Sustancia es criminalidad -aun cuando las estadísticas de SEDRONAR señalan que el consumo adictivo más severo está centrado en tóxicos de uso legal-.

Drogas = narcotráfico, otra premisa dudosa porque lo que genera el negocio del narcotráfico es la ilegalidad de los estupefacientes -más allá de la consideración de legalidad o ilegalidad el narcotráfico solo es rentable si es ilegal-.

El uso de drogas es uno de los peligros mayores de la nación, y no la pobreza grave, la mala escolarización, la precaria condición laboral.

El Estado puede fijar las conductas individuales de los ciudadanos.

En el contexto de globalización y de fenómenos de conducta generacionales internacionales, el legislador nacional proyecta legislaciones en pos de un ciudadano nacional ideal.

En consonancia con la promulgación de la ley 23.737 (1), la Corte Suprema falló en el caso Montalbo (18) la constitucionalidad de la incriminación penal de la tenencia de cualquier estupefaciente, en este caso 2.7 gramos de marihuana.

Diez años después, una vez más la Corte reanuda el tema en 2009 y en el Fallo Arriola (3) retoma el concepto expresado en el Fallo Bazterrica, específicamente en lo que Enrique Petracchi había expresado en aquel fallo y que ratificó 23 años después siendo aún Ministro. En la ocasión el presidente de la Corte Suprema, Ricardo

Lorenzetti, afirmó que “no se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.

Situación actual

Así como la ley de estupefacientes de 1989 ubica el consumo como delito sujeto a pena de prisión y exige el adicto algo que, por definición y para la generalidad de adictos, es inalcanzable -la abstención absoluta en un plazo concreto- la ley 26.934 sobreexige al Estado con la previsión de cobertura y protección para la cual no parece estar en posición de cumplir, toda vez que al día de hoy no se han establecido los centros de atención zonales en horarios nocturnos ni se han implementado las becas educativas ni los programas de inclusión laboral.

Tanto en el voluntarismo moralizante que la ley 23.737 (1) focaliza en el ciudadano, como su contracara -de sanción relativamente reciente- la ley 26.934 (2), el legislador parece suponer que el ciudadano -usuario o no- es un recipiente vacío ávido o apto para ser rellenado por los contenidos éticos que el Congreso pretende para sus ciudadanos. En contraste con ello, la realidad parece indicar que el ciudadano está influido por fenómenos de masas que singulariza en sus circunstancias individuales, y ello es lo que incide mayormente su conducta, no siendo, por lo tanto, muy permeable a políticas generales que dispongan su intimidad.

A los efectos de analizar la posibilidad estatal de influir en conductas individuales, es interesante analizar la política antitabaco, en donde el Poder Ejecutivo en forma excepcionalmente eficaz se ocupó de que la totalidad de los ciudadanos conocieran los riesgos a que se exponen con el tabaco. Sin distinción de clases sociales o educativas, urbanas o rurales, no existe persona en el país que desconozca lo pernicioso del efecto nicotínico. En relación al tabaco, el legislador parece haber logrado establecer la interlocución con el ciudadano como par, sin paternalismo y en base a darle información. El criterio es colaborar con el usuario para que esté en condiciones de decidir.

En contraste está la política general de permisividad con la propaganda de alcohol, energizantes o psicofármacos y de habilitación de venta de estas sustancias. Las estadísticas estatales indican que el alcohol y los psicofármacos son los mayores vehículos de consumo nacional, sin embargo el Estado no informa en forma eficiente de sus consecuencias, al tiempo que es permisivo con su distribución entre ciudadanos desinformados y el uso se ha naturalizado -como en décadas anteriores sucedió con el tabaco-. Parte de su naturalización la logra la disponibilidad de energizantes en latas en todas las góndolas: es un excelente propiciador del consumo de grandes cantidades de alcohol pues por su misma definición de energizante enmascara la fase de sedación del consumo de alcohol permitiendo al usuario -sobre todo si es adolescente- enormes ingestas etílicas sin advertir sintomáticamente la sobreingesta. En este contexto de hábito social establecido, las propagandas moralizantes y voluntaristas fracasan y son objeto de burla.

El legislador, en cuanto a las sustancias o conductas adictivas -y a excepción del ya mencionado tabaco-, no logra aún establecer un diálogo con el ciudadano, el cual -mencionarlo es redundante- no es un sujeto pasivo, determinable en su moral por la legislación que sea, más allá de las buenas intenciones que ella exprese.

Asimismo, tampoco logra establecer un diálogo eficaz en donde ponga al usuario en condiciones de información suficiente para ejercer la opción de consumo a sabiendas de las consecuencias. Finalmente, no se logra -tanto por parte de los legisladores como de jueces y profesionales de salud- una adecuada introspección sobre los disconsumos que son norma de la sociedad contemporánea, sino que se proyecta y circunscribe la problemática en quienes más gravemente la padecen. La proyección de una disfuncionalidad consumista masiva en la rotulación de los adictos sólo intenta disimular el grave tema de tenencia de bienes y usos que nos define como sociedad contemporánea ■

Referencias bibliográficas

1. Ley 23.737, promulgada el 10 de agosto de 1989.
2. Ley 26.934, promulgada el 28 de abril de 2014.
3. Fallo Arriola (A. 891. XLIV) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 25 de agosto de 2009.
4. “Las alarmantes cifras sobre el consumo de drogas en Argentina”. *Diario Infobae*. Nota de Rodrigo Bonini del 27 de Junio de 2014.
5. Código Penal, promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre de 1921.
6. Constitución Nacional, Artículo 19. Mayo de 1853.
7. Constitución Nacional, Artículo 41 y 42. Reforma Constitucional de 1994.
8. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal Plenario «González, Antonio», 1930.
9. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Plenario «Terán de Ibarra, Asunción» 1966.
10. Ley 17.567, promulgada el 6 de diciembre de 1967.
11. Ley 24.455, promulgada 1 de marzo de 1995.
12. Ley 20.771, promulgada en octubre de 1974.
13. Fallo “Colavini, Ariel”, p 300-254; Revista El Derecho. Jurisprudencia de Buenos Aires, del 23 de marzo de 1978.
14. “Bazterrica, Gustavo Mario y Capalbo, Alejandro Carlos». Jurisprudencia Argentina, tomo 4, páginas 209 y 230. 1986.
15. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, p 7781 del 8 de marzo de 1989.
16. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, p 1868 del 21 de agosto de 1986.
17. Montalvo, Ernesto (1990). Fallos 313:1333 del 11 de diciembre de 1990.