

Mariana Malet Vázquez ↗

Recensión del libro de Diego Silva Forné:
Drogas y Derecho Penal en el Uruguay: tolerancia, prohibición, regulación. Evolución del derecho uruguayo, su doctrina y jurisprudencia. Análisis de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana (Montevideo: FCU, 464 páginas)

Este estudio es la tesis doctoral que bajo la dirección de la Prof. Dra. María Acale, Diego Silva defendió a principios de este año en la Universidad de Cádiz frente a catedráticos españoles de la talla de Juan Terradillos, Juan Muñoz Sánchez y Juan Carlos Ferré Olivé, obteniendo la calificación de Sobresaliente cum laude, por unanimidad.

El comentario, como suele suceder en circunstancias como la de esta presentación, es necesariamente selectivo de los temas a tratar; en este caso en particular, dada la riqueza del libro, se vuelve muy difícil elegir los puntos en los cuales centrarnos, aunque no quiero omitir el abordaje de características del autor –por supuesto las que apenas bosquejo– y algunas líneas de pensamiento que constituyen el hilo conductor de ideas que aparecen persistentemente en el trabajo.

El perfil de Diego Silva es importante para nuestra recensión, puesto que naturalmente se trasunta en el libro que tenemos entre manos. Ya como estudiante, se avizoraba que sería una figura a tener en cuenta en el Derecho Penal y en especial en nuestra Universidad, cuando organizó e intervino en el Primer Congreso de Derecho Penal y Criminología que plasmara un grupo de estudiantes a principios de los 90 (y sigue hasta hoy). Fue un momento importante para la Facultad de Derecho en el área Penal, pues iba culminando

↗ Ex catedrática de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Presidenta de Centro de Investigaciones y Estudios Penales “Dra. Adela Reta”.

✉ marmalet12@gmail.com

un período de apertura, garantista, rico, con la guía de Ofelia Grezzi.

Diego reveló pronto en el enfoque de los temas que presentaba dos condiciones invalorable: la originalidad reflexiva de sus aportes y el no importarle ser ‘disruptivo’, desde su independencia intelectual.

Viene trabajando el tema de las drogas, desde hace largo tiempo; se lo puede rastrear en la Revista Jurídica N° 4 del CED (Centro Estudiantes de Derecho) cuando bajo el título de “Legalización de las drogas” se interesó en esta problemática con una orientación que se fue enriqueciendo a lo largo de 25 años. Impulsó entonces un enfoque novedoso para el ámbito nacional e internacional, que lo vuelve un pionero en la construcción que se fue fortaleciendo y en buena medida plasmó en la ley hoy vigente y en este libro. Además, se ubica en una posición privilegiada para asumir su tarea: su formación en la cuestión y su experticia en técnica jurídica fueron fundamentales en el asesoramiento y la redacción del anteproyecto que culminó en la legislación reciente.

En cuanto a la obra en sí, las primeras páginas provocan en el lector una sorpresa estratégica, ya que sirven para posicionarnos frente al texto, descolocándonos. Es una suerte de sacudón útil la revelación que hace de la percepción tan distinta que se tuvo de las drogas en épocas pretéritas y también más recientes, como la que se refleja en literatura tan dispar como las novelas de Conan Doyle y las letras de tango. Estos aportes cumplen el propósito de echar por tierra una serie de estereotipos que se desmontan abruptamente, lo que nos ayuda a ubicarnos con una mirada más objetiva sobre los distintos momentos históricos en que se halla inmersa la realidad normativa de las drogas. Quizá esto explica porqué con la primera ley de estupefaciente -la N° 9.692 de 1937- a pesar de confluir ya la Psiquiatría y el Derecho, con el autoritarismo de la dictadura reflejado en la promulgación de leyes como la de psicópatas y de extranjeros, los jueces no procesaron por la tenencia de drogas para el consumo. Aún no se había llegado al punto de concebirlo como síntoma de peligrosidad.

Este enfoque nos hizo reflexionar sobre el sentido común y su contenido ambivalente, ya que si bien en general se lo jerarquiza e identifica con el sano juicio, también puede vérselo como una forma de pensar y resolver cuestiones desde la intuición, constituyendo un saber inmediato que como tal, obs-

ta culiza en alguna medida la reflexión profunda, crítica y trascendente que es la que permite conocer desprejuiciadamente causas inmediatas y mediatas de los procesos.

Asimismo, desde el principio conocemos la originalidad de la propuesta en cuanto constituye un enfoque multidisciplinar en largos pasajes, gracias a los cuales el lector va entendiendo el origen y la evolución histórico-político-cultural de la regulación jurídica que se fue dando a las drogas. Se analizan los distintos jalones históricos por los que discurrió el abordaje con la ayuda principal del historiador Barrán, facilitador de la comprensión de lo que está en la norma, el modo en que quedó plasmado en ella y también, lo que en ella fue omitido.

Particularmente gravitante resulta lo político-ideológico, y aquí me atrevo a señalar que son pocos los estudios jurídicos nacionales –creo que inexistentes en el área penal local– que asumen con la claridad y la valentía de esta exposición, además del panorama más general, la realización de cuestionamientos fundamentados, precisos y desmitificadores de figuras que dieron una impronta autoritaria a la legislación, en especial la criminal, como portavoces de la doctrina de la seguridad nacional. Son figuras que prevalecieron en la época dictatorial más reciente e incluso hoy reciben cierto reconocimiento a pesar de lo negativas que resultaron para la democracia y los derechos humanos, y en nuestro tema, por el enfoque que hicieron de la política criminal contra las drogas, cuyos ecos resonaron al volver la democracia.

Precisamente, los derechos humanos constituyen uno de los hilos conductores, a los que nos referíamos al principio. De ahí, el valor que en esta obra se da a la dignidad de las personas, el respeto a la autonomía personal y el derecho a vivir y morir como uno pueda y quiera, sin paternalismos ni tuteladas.

A lo largo de los sucesivos capítulos, emerge la impronta del jurista perspicaz y profundo, con una interpretación dogmática, sistemática y crítica, pero que va más allá, procurando develar los intereses y las contradicciones detrás de las estructuras jurídicas, donde se distinguen el nivel de apariencias que se estampa en la norma y la realidad que subyace, es decir, aquello que no está escrito, y que sin embargo, existe.

Como dijimos, es una perspectiva original en el área jurídico-penal nacional, que vuelve la lectura muy interesante. Se conjugan lo histórico, lo social, lo político y lo cultural, ensamblados con el desarrollo legislativo que abarca desde fines del siglo XIX hasta la promulgación de la ley N° 19.172 y un poco más.

Además de ese amplio panorama percibido desde distintos ángulos, nos entrega la doctrina y la jurisprudencia de cada etapa, llegando a agotar la lista de autores nacionales y la jurisprudencia que a lo largo de los años se refirieron a la conflictiva de las drogas en función de la legislación vigente en cada momento; pero sobre todo, destaca las ideas que predominaban en cada período y se reflejaban en la normativa y en su aplicación, a veces muy distorsionada. Buen ejemplo son las vicisitudes que sufrió y sufre la previsión de la tenencia de sustancias para el consumo personal.

El autor resalta la importancia del tema del punto de vista internacional. Vaya que fue y es gravitante la marca que los países hegemónicos le han grabado a través de las Convenciones internacionales, y que tan bien va revelando Silva, como al destacar el hecho de que la destrucción de las Torres Gemelas –asunto al que podemos sentirnos bastante ajenos– fue uno de los elementos que provocaron que las grandes potencias y especialmente Estados Unidos desplazaran el foco de atención del beligerante enfrentamiento a las drogas hacia la lucha contra el terrorismo.

En buena medida, estas circunstancias explican que hayan existido tres Convenciones represivas sobre drogas desde 1961 a 1988 (ésta última la más dura), y luego, durante casi treinta años no tengamos nuevas propuestas de ese tenor. Por el contrario, se comenzó a abrir espacio la percepción del enorme costo en violencia social que aquéllas implicaron al inspirar las legislaciones nacionales, lo que a su vez, aparejó gran inestabilidad en América Latina con un régimen punitivo draconiano sumado a dictaduras militares y prisionización sin precedentes.

También, la obra va indicando voces clarificadoras de la situación como la del entrañable Juan Terradillos en 1988, o al año siguiente, las observaciones de los Jueces para la Democracia y la *Declaración de la Comisión de Latino América sobre drogas y democracia* con su recomendación de estrategias seguras y humanas de reducción de daños, frente a los datos concretos

que indicaban los efectos nefastos de la política de “guerra contra las drogas”. También señala el empuje que dio al cambio de paradigma la Declaración del año 2011 de ex presidentes defensores de esta nueva estrategia de dirigirse contra el crimen organizado y no contra el consumo, enfrentándose a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE - ONU), parapetada con fuerza en su bastión tradicional.

Centrado en lo nacional, Diego muestra a nivel local algunas expresiones aperturistas sin incidencia no obstante, en la praxis judicial, ya que fuertes razones políticas prevalecieron incluso sobre la evidencia científica, para mantener una situación redituable en medidas de ley y orden.

Esto, dentro de la vieja y exitosa fórmula de reemplazar el objetivo de la inclusión social por la ‘guerra’ contra cualquier delito, la cual tiene entre sus aliados un estilo de dar noticias que aprovecha el miedo al delito, bajo el fantasma de la inseguridad. Así, se omite otra perspectiva de la seguridad, la cual la observa como derecho a la seguridad de los derechos: seguridad de la libertad, seguridad de los derechos humanos. Todos estos son elementos que al vivirlos como un compuesto de contenidos contradictorios o de equilibrio inestable, como dice Lola Aniyar, deben manejarse con criterios humanísticos.

La ley N° 19.172 fue la culminación de una etapa muy importante de un proceso que aún no ha terminado, por lo que la tesis que reseñamos es también una puesta a punto exhaustiva del estado de situación sobre el cual la instrumentación en trámite encuentra una buena base para impulsarse.

Enrabando la ley con el sistema internacional, es interesantísimo y gravitante el análisis que se hace de su compatibilidad con el sistema erigido desde las Convenciones, que por supuesto no es momento de abordar.

También revela un fino análisis, la interpretación de la exigencia de cuidar nuestra salud del artículo 44 de la Constitución, por el alcance que otorga al mismo, acompañado por la mejor doctrina constitucionalista -Justino Jiménez de Aréchaga- que permite una relectura garantista.

Las interpretaciones garantistas por otra parte, constituyen el eje y fundamento de sus evaluaciones jurídicas; de ahí por ejemplo, el importante número de páginas que dedica al bien jurídico, con el aterrizaje en una concepción ma-

terial, explicable por las funciones esenciales que cumple esta categoría analítica, entre otras, nada menos, que la de ser limitadora del *ius puniendi* por la necesidad imperativa de cumplir con el principio de lesividad al crear los tipos penales.

Otra de las constantes, es la relativa a los juegos del poder; la visión higienista, la gravitación de los médicos, con el desarrollo del prohibicionismo que con sus modelos de enfermedad y moralista, marcó la orientación del régimen de las drogas a lo largo del siglo XX y tiene sus “destellos” en el siglo XXI, reflejo y refuerzo del positivismo que le cuesta dejar su prevalencia, con la paradoja de que a principios del siglo XX confluyeron en la valoración de los ‘vicios sociales’ ideologías tan opuestas como la de los anarquistas y las clases altas conservadoras.

Queda claro cómo el pensamiento medicalizante fue inmiscuyéndose en los temas políticos a través de las clases dirigentes, la docencia universitaria, los legisladores, con la ideología del progreso indefinido de la ciencia, y la utopía de una sociedad sin enfermos; con un discurso que se amoldaba a la idea también tutelar del gobierno batllista, en este aspecto.

Una nueva paradoja subrayada en el texto, alude al régimen distinto que de parte del Estado se dio a otros llamados ‘vicios sociales’ como los juegos de azar y las carreras de caballos, así como el alcohol con el monopolio estatal.

Un apunte jurídico que no queremos olvidar: el contradictorio manejo de las alteratorias que quedó establecido en el Código Penal según se cometa el delito bajo la influencia del alcohol o de otras drogas, siendo una atenuante en el primer caso y agravante en el segundo.

Ya hacia la conclusión, digamos que muchos subtemas esenciales no aparecen en esta reseña de puntos que vuelven la lectura del este libro imprescindible para el operador penal y disfrutable para el lector común en muchos de sus capítulos. Deberían aparecer en una síntesis, a vía de ejemplo: las visiones judiciales de los consumidores que se mantienen imbuidas de lo que es el imaginario social y como tal, estereotipadas, los cambios que hubo en la perspectiva médica que así como su visión de otras épocas embanderó la represión, hoy muchos de sus expertos avalan la perspectiva de esta ley sobre la marihuana. Por último recordemos el detencimiento y la profundidad con

que fueron analizadas las distintas leyes, siempre en el rico marco cultural de cada una hasta llegar a la actual, donde se detiene en el periplo que siguió su elaboración con un profundo estudio.

Finalmente, y en buena medida por todo lo dicho, el enfoque del libro ES pensamiento crítico, con el que se examina la situación a partir del propio conocimiento, con esfuerzo intelectual, superior al de la consciencia rutinaria de la que ya alertamos al referirnos al sentido común.

Su punto de vista está muy próximo a la teoría crítica del derecho, tanto por la interpelación que hace a la dominación y la desigualdad, como por el fuerte cuestionamiento al pensamiento juspositivista que mantienen buena parte de la academia y muchas instituciones. Incluso nos atrevemos a decir que cuando marca los objetivos del libro, está planteando una suerte de manifiesto de la teoría crítica que supera el tema de las drogas y se advierte como un imperativo orientador del estudio de cualquier tema jurídico.

Su perspectiva subraya el prevaleciente sentido ideológico del derecho, responsable de prescripciones normativas que son desvirtuadas muchas veces por las relaciones sociales, lo que nos recuerda el concepto de ‘alienación legal’ de Gargarella, con el que se refiere a aquellas situaciones extremas en que la ciudadanía (o parte de ella) no puede identificarse con la ley. De esto resulta diáfano y ejemplificador el caso de las drogas, por el papel jugado por la sociedad civil, en gran medida por los jóvenes que lograron romper un dominio secular, fortalecidos por algunos agentes políticos que ayudaron.

También en otro sentido, los jóvenes tienen importancia en este libro: el valor pedagógico que el texto trasunta y Silva señala expresamente. A ellos apunta cuando piensa en facilitar herramientas para lograr un modo distinto de actuar, pensar y sentir a partir de una visión no sólo de los nexos del derecho con las relaciones de poder, sino como producción de ideas y representaciones.

Creo que esta publicación es un paso, muy importante, pero que se deberá estar alerta ante los esfuerzos que contra la apertura puedan desarrollarse en la política criminal, dada la concepción de un Derecho penal del enemigo que la ésta marcando hace mucho tiempo, incluso a nivel global, siendo esta ley y este libro, espacios que debemos preservar.