

A confesión de parte

Entrevista a Juan Pablo Hermosilla





“ES UNA FALACIA QUE LA LEY N° 20.000 PROTEJA LA SALUD DE LAS PERSONAS”

Por **Marcelo Padilla V.**,
Periodista Unidad de Comunicaciones y Prensa
Defensoría Nacional.

El académico y penalista afirma que al modelo internacional que orienta esta normativa no le interesa la salud de la población, porque su enfoque es el control de las personas por la vía de un sistema penal duro, que en vez de reconocer al consumidor como una víctima, lo castiga y lo condena. “El narcotraficante no es un producto natural de las drogas, sino una creación de la prohibición”, asegura.

El abogado Juan Pablo Hermsilla (53) es conocido como penalista de fuste, especializado en temas jurídicos asociados a las drogas y quien, además, coordina actualmente la comisión ad hoc que revisa la Ley Antiterrorista. La posición de este académico de pre y posgrado molesta a muchos y él lo sabe: “Soy abogado y siendo de izquierda, soy del sector cuico. Tengo harta plata, me va bien y por eso puedo salir a opinar. Conozco a mucha gente en el poder y he estado encima de ellos, diciéndoles que no puede terminar el gobierno sin resolver este tema”, explica.

En esta entrevista, Hermsilla explica por qué la ley de drogas criminaliza la pobreza y por qué nuestro país necesita un nuevo paradigma para abordar este tema, desde una lógica social y de salud pública. “El sistema penal no tiene nada que hacer aquí”, asegura.

-¿Cuál es su opinión sobre la política de drogas vigente en el país?

-Se originó a fines de los '60, a partir de la suscripción de un convenio internacional en 1961, que a fines de los '80 confluyó en la 'Convención de Viena sobre drogas estupefacientes y psicotrópicos'. Ahí arranca el problema, porque se definen políticas criminales supranacionales cuestionables, porque tienen problemas conceptuales.

Su énfasis está en el control penal puro y, sobre todo, en la creencia de que una mayor represión protege mejor la salud pública. Otro vicio es que con esa excusa se criminalizan no sólo las conductas propias de venta o tráfico de droga y algunos actos preparatorios, sino que también las conductas de consumo.

-¿Esta política de drogas diferencia entre quienes presentan problemas de consumo y quienes las cultivan o trafican?

-Aquí uno pierde la orientación, porque si el tema es la salud pública, en teoría el consumidor es la víctima. ¿Cómo voy a sancionar a la víctima como autor de un delito? Chile se resistió hasta 1995, cuando se dictó la Ley N° 19.366, estatuto penal de control de drogas que por primera vez sancionó a los consumidores. Ahí quedamos incorporados a esta política internacional que pone el foco en la represión dura y criminaliza a los consumidores, pero que hoy está sujeta a gran cuestionamiento.

-¿Cree usted que el sistema persecutorio chileno se orienta en combatir la criminalidad organizada o, más bien, a los microtraficantes? ¿Cuál debe ser la orientación correcta?

-Hay que discutir si es viable que, con la excusa de que hacen mal para la salud, el Estado saque determinadas cosas del mercado, las prohíba y sancione el tráfico relacionado sin entrar al tabaco y al alcohol. Con ese criterio la sal debería estar prohibida. Además, no es cierto que cualquier sustancia haga mal por sí misma. Todo depende de la dosis y la frecuencia del consumo. Hasta el cianuro puede ingerirse en pequeñas dosis.

De hecho, ni el alcohol ni la marihuana son siquiera drogas psicotrópicas *per se*. Hay que cuestionar el tema de fondo. Trabajo en esto hace más de 20 años y en los últimos cinco he visto un quiebre en la tendencia.

Antes era una defensa interna y externa muy cerrada de la política criminal de control de drogas vigente desde 1995. De hecho, quienes teníamos una visión académica crítica éramos aislados y tratados duramente. Hasta me acusaron de ser partidario de que se vendiera droga en los colegios.

La tendencia hegemónica se ha roto y se ha abierto una discusión científica y jurídica, porque se ha probado que la guerra contra la droga no sólo no sirve para lo que se dice, sino que además destruye el tejido social, daña la paz social y genera violencia.

¿Son tan ciertos los mitos contruidos en torno a la droga? ¿Es legítimo que el Estado no sólo advierta a una persona que las grasas trans hacen mal, sino que encarcele a quien vende papas fritas y a quien las come? Hay que hacer una reflexión más profunda sobre el rol del Estado en un sistema democrático orientado a la libertad individual, que no se vuelva a producir individuos que necesariamente hacen puras cosas sanas.

Habrán individuos que pese a la recomendación del Estado decidan consumir papas fritas, cocaína o ácido lisérgico asumiendo los riesgos. El límite está en que eso no ponga en riesgo a terceros.

LA SOLUCIÓN ES EL PROBLEMA

-¿Es la cárcel la solución para quien presenta consumo problemático de drogas?

-Hoy hay mucha literatura de criminología y análisis político criminal. Si uno quiere entender lo que pasa en Ciudad Juárez, en algunos lugares de Santiago o en grandes ciudades de Brasil, la realidad no tiene que ver con los traficantes, sino con la decisión del Estado de criminalizar las conductas. Hoy es una



verdad clara que el narcotraficante no es un producto natural de las drogas, sino una creación de la prohibición. Si se elimina la prohibición desaparecen el narcotraficante y la violencia asociada.

Además, hay sustancias que reúnen todos los artículos señalados en la Ley N° 20.000: son psicotrópicas, muchas altamente adictivas y extraordinariamente tóxicas, pero circulan legalmente. Entonces, ¿cuál es el criterio para distinguir las drogas legales tóxicas versus las drogas ilegales tóxicas?

No soy partidario de prohibir el alcohol, pero curiosamente éste y la cocaína tienen los mismos rasgos de peligrosidad en la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), una fuente indiscutida. De hecho, técnicamente es más peligroso el alcohol que la cocaína. Es más adictivo y tóxico. ¿Cuál es el criterio, entonces? No es cierto que estén prohibidas todas las drogas tóxicas y adictivas. El alcohol y el tabaco lo son, matan a miles de chilenos y son legales.

-¿Qué le parece la Ley N° 20.000 como herramienta principal para la persecución penal de los delitos de drogas en Chile?

-He participado en más de cien juicios y siempre imagino que una de las tantas personas que he visto condenadas a penas altísimas, -por ejemplo un traficante de marihuana reincidente condenado a 10 años y un día- me diga: 'Explíqueme por qué yo me voy preso y no el botillero de la esquina'. Es una pesadilla para mí, porque no sólo no hay ninguna razón para la detención, sino que tampoco hay ningún criterio.

La marihuana e incluso la cocaína no producen mayor trastorno social. Según la OMS, la única droga que lo produce es el alcohol. Obviamente, hablamos de mayores de edad. Asumimos que a los menores hay que cuidarlos y prohibirles el acceso.

SALUD PÚBLICA

"Mi visión como académico es que al Estado chileno, a los conglomerados de Estados Unidos, a los tratados internacionales guiados por Estados Unidos y a esta política internacional la salud pública de las personas les importa un cuesco", dice Hermosilla.

-Si estoy deprimido y en vez de ir al psicólogo me sumo en drogas psicotrópicas dañinas no les importa. De hecho, me las facilitan. Alcohol y tabaco no sólo son legales, sino que

"El énfasis (de la Ley N° 20.000) está en el control penal puro y, sobre todo, en la creencia de que una mayor represión protege mejor la salud pública.

Otro vicio es que con esa excusa se criminalizan no sólo las conductas propias de venta o tráfico de droga y algunos actos preparatorios, sino que también las conductas de consumo".

se promueve o induce su consumo con la publicidad. Y hay drogas como la marihuana que ni siquiera está comprobado científicamente que sean tóxicas.

-Expertos como Paulo Egenau plantean cambiar el paradigma hacia una política social de salubridad pública...

-Claro. Seamos científicos. Muéstrenme un caso de alguien que haya muerto por efectos colaterales evidentes de la marihuana. No hay ninguno en el mundo. No defiendo la marihuana ni la consumo, pero cómo le explico a mis alumnos que, por un lado esté prohibida y se encarcele con pena equivalente al homicidio a quien vende una droga que no ha matado a nadie y, por otro, que el alcohol mate directamente a unos 15 mil chilenos al año por cirrosis hepáticas y otras enfermedades, sin hablar de accidentes de tránsito. El criterio de la salud no corre y les da lo mismo si un chileno deprimido consume alcohol hasta matarse.

No es prohibir el alcohol. Trato de compatibilizar académicamente qué estamos protegiendo, porque es una falacia que la Ley N° 20.000 proteja la salud de las personas. Lo que está por detrás es una política de control que tiene más que ver con una cuestión ideológica pura. No olvido esa frase de la brillante criminóloga venezolana Rosa del Olmo: 'Si el tabaco hubiera crecido en el altiplano y la cocaína en el estado de Virginia, en Estados Unidos sería legal la cocaína e ilegal el tabaco'. Esta política de estado no tiene que ver con la salud, sino con el control de las personas.

-¿Qué es lo que falta? Hay narcotráfico organizado en muchas comunas del país...

-Hay que preguntarse qué es lo que pasa a nivel social y por qué esta política criminal no produce paz, sino violencia y disrupción. Que castigemos a los consumidores es muy extraño y en el futuro esto será visto como una locura.

El contrato social dice que no podemos afectar los derechos de alguien sin a lo menos la excusa de que está afectando los derechos de otro. Pero hoy en Chile, a cuatro adultos que están en su casa y deciden fumar marihuana pueden llegar y llevárselos presos. El consumo es mirado con sospecha. La persona no es alguien que lo pasa mal y debe ser ayudado, sino que es casi más responsable que el traficante, porque es como el inductor. Es ridículo, porque la marihuana es una droga de consumo social, como el alcohol.

Lo relevante es analizar cómo se comporta el derecho, lo que dicen los jueces. En la jurisprudencia hay consenso en que el consumo atípico -cuando soy mayor de edad y alguien me pilla fumando un pito solo en mi casa- no es nada. Luego está el consumo falta y sus actos preparatorios, cuando aún no me fumo el pito pero lo llevo en la mano. Portar un pito en la calle y consumirlo en lugares públicos debiera ser igual que con el alcohol: multa y al juzgado de policía local, pero por la forma de redacción del artículo 4° hay numerosos casos de condenas por microtráfico a personas que son claramente consumidoras o están en actos preparatorios.

También hay condenas de consumidores que están en el acto preparatorio como autores de tráfico del artículo 3° del artículo 11 sobre plantación de marihuana con conducta de traficante. Esta ley tiene una línea intencionadamente difusa entre lo que es tráfico o consumo. Una de las principales críticas es que confunde dos conductas que no tienen nada que ver.

“La tendencia hegemónica se ha roto y se ha abierto una discusión científica y jurídica, porque se ha probado que la guerra contra la droga no sólo no sirve para lo que se dice, sino que además destruye el tejido social, daña la paz social y genera violencia”.

CONSUMO CULPABLE

-¿Se busca intencionadamente castigar el consumo?

-Mire, aún si fuera partidario de mantener esta política criminal, la jurisprudencia dice que no tiene nada que ver la conducta del narcotraficante con la del consumidor, que sólo pone en riesgo su propia salud. Son dos estatutos distintos, pero se mezclan porque parece que esta política criminal lo monta sobre un discutible discurso de emergencia, en que se revierte el sistema liberal penal fundado en el principio de inocencia por uno de responsabilidad por sospecha.

Pareciera ser -y hay rastros legislativos de eso, sobre todo en los '90- que el criterio del Estado chileno y de esta política multinacional se invirtió y en vez de respetar el principio de inocencia se prefirió meter a la cárcel a inocentes con tal de que no se arrancara ningún narcotraficante.

Se establece algo inconstitucional, una política criminal de sospechas que se acerca al derecho penal de autor y a una verdadera política de peligrosidad. A los consumidores se les trata como enfermos peligrosos a los que se les imponen medidas de seguridad. ¿Cómo es posible que el artículo 50 establezca como sanción una especie de rehabilitación obligatoria, que nos acerca a ‘La naranja mecánica’?. Es una ridiculez científica delirante. No hay nadie que pueda ser ‘rehabilitado’ si no es voluntariamente.

La Ley N° 20.000 contiene todos los defectos de la política criminal internacional y, por tanto, hemos tenido suerte de que las cosas no se agudicen tanto en Chile. Lo ocurrido en Uruguay muestra lo importante que es convocar a una reflexión. Esto es derecho penal y no hay nadie con la mano en el corazón que no esté preocupado de un adicto a la pasta base que lo pasa pésimo.

Es una política que sangra, que produce heridas sociales y daños, y que debe ser revisada. Es un tema tan importante que no es para expertos, sino para que opine la comunidad completa. Todos sabemos que hay que proteger la salud de nuestros jóvenes, pero estamos golpeándolos en vez de darles la mano. ¿A quién se le puede ocurrir que la forma de ayudar a un joven poliadicto a la pasta base, al alcohol y al tabaco sea encarcelarlo?

informantes. En Estados Unidos un estudio calculaba que el 30 por ciento de los proveedores callejeros eran informantes de la policía. Todas estas medidas son innecesarias y dañinas para el Estado de derecho y para el derecho de los imputados.

Es un problema de ética en las políticas públicas. ¿Cómo va a ser ético que algunos traficantes mayores aprovechen la figura de la delación compensada, por la vía de echar al agua a quienes explotan, para que el Estado les reconozca una atenuante y se lleven el premio de la libertad vigilada, mientras que el explotado es condenado?

Ese es uno de los tantos efectos negativos de la ley, pero lo más grueso es la violencia social y la despreocupación por la salud. En una república democrática la verdadera forma de preocuparnos de la salud de las personas no es a través del control penal, que es contraproducente. Si fuera correcta esa tesis, habría que ilegalizar el alcohol y nadie es partidario de eso.

Actualmente -cuando parece que queremos discutir nuestro contrato social- es muy apropiado preguntarse por qué estamos usando el derecho penal en esto y cuánto nos costó el último avión que compramos para vigilar la frontera norte. Si fuera un problema de tecnología, en Estados Unidos no entraría droga.

Además, buscar el placer es parte de lo más básico del ser humano y por eso no puedo actuar con mis mecanismos de

defensa racionales sobre la adicción. Vuelvo a Freud para explicar por qué se busca placer en el tabaco, la heroína o el alcohol: porque activan el centro de placer y contienen la angustia. La reflexión de fondo es que la condición humana es dura, pero la sociedad occidental consumista tiende a negarlo.

-¿Entonces está de acuerdo con la idea de cambiar el paradigma en este ámbito?

-Hay que cambiar la mirada del hombre, el paradigma, absolutamente. Escuchar más a los psicólogos, a los sociólogos, a los médicos que no estén en la parada represiva. Hay que tener una mirada más humana, que no ve a uno 'sano' y al otro 'enfermo'.

El adicto a la pasta base sigue siendo persona, no es un inhábil y esa nomenclatura también debe cambiar. El derecho penal tiene poco que hacer acá, porque está al servicio de la paz social y aquí la rompe. Esta política criminal está construida sobre mitos comprobadamente falsos y está trayendo problemas sociales que son peores que lo que se quiere solucionar.

Me enerva el humanismo simplista. Freud tiene la razón y no esos psicólogos que dicen que hay que mirar siempre la vida con optimismo. Cómo le voy a decir eso a un joven que lo ha pasado mal toda la vida, para quien la droga es un refugio, un objeto de afecto.

En esto hay un cinismo mayor, porque hubo Papas y presidentes de Estados Unidos que consumieron cocaína y nadie les dijo nada. Nadie le cobra la cuenta a los laboratorios por haber creado la heroína y la cocaína. Por eso mi hipótesis es que no les importa mucho la salud de nadie y más bien protegen otro tipo de intereses.

-¿Qué le parecen las diferencias de criterio a nivel regional en la aplicación de la Ley N° 20.000?

-La garantía constitucional de igualdad del tratamiento ante la ley está siendo infringida por la mala calidad de las normas. Lo que es microtráfico en una región es tráfico mayor en otra, con diferentes penas y tratamientos. Pero también ocurre en distintos tribunales orales de Santiago. Es inaceptable. La ley está muy mal redactada, llena de artículos que no se entiende lo que dicen.





EL MALESTAR EN LA CULTURA

-¿Qué argumentos faltan en este debate?

-A las drogas hay que entenderlas. Siempre recomiendo a mis alumnos leer 'El malestar en la cultura' de Sigmund Freud. En la primera parte de ese artículo, Freud dice una verdad que me conmovió: "Los seres humanos lo pasamos mal". No es cierta esta estupidez de psicólogo superficial de que basta con andar con buena cara y sonreír para ser feliz.

Por favor, cómo le vamos a pedir eso a un joven que vive en la calle desde los 10 años porque en su hogar era maltratado, no fue acogido en el colegio, ni tuvo ninguna red de apoyo social. Más allá de necesitar comer, ese joven criado en la cultura de la violencia está rodeado de angustia. No tiene ninguna de mis posibilidades de ir a terapia o hablar con amigos.

Freud dice que la angustia, la fragilidad de la condición humana es tener conciencia de pasarlo mal, y como eso pasa muchas veces recurrimos a sustancias externas para sufrir menos y producir un reemplazo de la felicidad. ¿Por qué consumimos alcohol?, porque calma la angustia. Por eso no funcionó tratar de prohibirlo.

Segundo, la felicidad implica momentos de placer y hay gente que no es capaz de producirlos, que no puede obtener el placer que todos los demás obtenemos con nuestras parejas, nuestros hijos, el trabajo. Al menos hasta hoy, toda sociedad tiene el defecto de que genera oportunidades sólo para algunos. Gran parte del resto queda frustrado o fuera de alguna categoría de felicidad.

Freud considera inseparable la condición humana del consumo de sustancias psicotrópicas. Estoy convencido de que es así y que lejos de prohibirlas, tenemos que preocuparnos de que sean consumidas en forma responsable y ayudar a que sean lo menos necesarias posible. A los consumidores hay que darles la mano y ofrecerles tratamientos. Esa es la mejor inversión social.

-¿Y el Estado se hace cargo de eso?

-No sólo no se hace cargo. Hay una cuestión de clase. Cuando hablamos de microtráfico, de economía de subsistencia, es evidente que este modelo busca la segregación de grupos sociales. Incluso podría aventurar que busca destruir ciertos sectores sociales, por la vía de una disrupción en el contrato

social, porque se genera un núcleo alrededor del narcotraficante que empieza ayudar a su gente y a usar la violencia para defenderse de los otros narcos y del Estado, con lo que rompe la base del contrato social, que es el monopolio de la fuerza.

-El efecto Pablo Escobar...

-Claro. Viendo casos extremos como las Maras en El Salvador o los narcos de zonas importantes de México, ahí la autoridad no es el Estado, sino el narcotraficante. Como dijo Milton Friedman, 'me demoro un segundo en hacer desaparecer la violencia social y a los narcotraficantes. Basta con legalizar la droga'. El problema es esta política de Estado, que ha cambiado cursos de vida. Hay personas encarceladas a penas gigantescas sin un fundamento y con una sospecha clara de que hay algo oscuro.

El derecho penal no puede ser arbitrario. Si protejo la salud pública, no puedo protegerla de algunos ataques y no de otros. Esto es tan absurdo como decir que si te disparan con un arma de fuego voy a castigar el homicidio, pero no si te atacan con un cuchillo. Absurdo.

PROBLEMA ÉTICO Y CAMBIO DE PARADIGMA

-¿Qué le parecen las facultades investigativas especiales para fiscales y policías en este ámbito?

-Son innecesarias. Si estuviera bien usar agentes provocadores, entregas vigiladas e informantes y lo aplicáramos a todo el resto del derecho, no se toleraría. Además, los lados oscuros de la ley son infinitos. Los informantes muchas veces son los traficantes, porque nadie dice que hay algunos que venden drogas con conocimiento de la policía, porque son



ESTADO DE DERECHO

-¿Qué espacio de discrecionalidad deben tener los jueces?

-El espacio de discrecionalidad va en una sola dirección. Es complicado lo que voy a decir, pero la norma legal se entiende claramente. Los artículos 3° y 4° describen claramente la materia de la prohibición. Si no se satisfacen los presupuestos lógicos de tipicidad del artículo 19 N° 3 inciso séptimo, no se puede aplicar. Pero en Chile se han estado aplicando leyes de una forma grave, porque es una ruptura del estado de derecho.

La Ley N° 20.000 rigió mucho tiempo sin reglamentos y eso es inaceptable. En los hechos, condenaron a miles de chilenos por una ley penal en blanco, aplicando un reglamento de la ley anterior, ya derogada.

Si fuera tan fácil y bastara sonreír y ser amable para ser feliz, no existirían las terapias ni los antidepresivos. El ser humano es más complejo, la vida es dura y hay gente que puede enfrentarla mejor. Todos tenemos problemas y necesitamos ayuda. Curiosamente, cuando el Estado haga el giro se ennoblecera y logrará disminuir la violencia social.

Cuando uno ve las razones por las que se prohibió el alcohol en Estados Unidos, observa que cada una de las drogas prohibidas estaba asociada a grupos étnicos que querían ser marginalizados. La cocaína se prohibió porque estaba asociada a los negros, el opio porque estaba asociado a los asiáticos, la marihuana porque estaba asociada a los mexicanos que empezaban a emigrar a Estados Unidos y el alcohol porque estaba asociado a los irlandeses e italianos que llegaron a fines del siglo XIX.

Entonces, cuando los italianos e irlandeses llegaron al centro de poder se legalizó el alcohol. En psicología se llama conflicto de estatus y es la razón por la que se validó el alcohol y no otras drogas.

-En Chile hay un debate sobre la despenalización del consumo y del autocultivo...

-Es mentira que en Chile el cultivo de autoconsumo sea delito. La propia ley, con todos sus defectos, exige que sea para traficar y eso tiene que probarse. La ley dice expresamente que la plantación de marihuana para consumo personal no es delito. Tampoco para tratamiento médico. Por lo tanto no hay que hacer cambios legislativos, sino aplicar la ley.

Desde el punto de vista penal no se requiere autorización. El autocultivo no es delito y es inaceptable que se condene por eso. Es el mayor pecado del sistema penal. Estoy cansado de explicarlo, pero la legislación -interpretada de modo mínimamente legal- permite sostener que el autocultivo y el tratamiento médico con marihuana son conductas atípicas. Si un médico la receta o recomienda su uso no es delito, aun cuando no se haya pedido autorización al Instituto de Salud Pública (ISP).

Ahora, todo lo que signifique poner el foco de atención del Estado en cuestiones que no sean represivas en materia de drogas es una ayuda. Hay que abrir el tema de discusión y estos proyectos van en la línea correcta, pero a veces cometen errores como creer que hay que modificar la ley para que el autocultivo sea legal, cuando ya lo es.

Hay numerosas condenas por plantar cinco plantas de marihuana de medio metro. Es una locura, porque la poca cantidad de marihuana hace que sea unívoca la consecuencia de que sólo se trata de autocultivo. El problema es mayor, porque no sólo tiene que ver con esta política liberal, sino con la forma y el rigor con que se aplica en nuestro sistema penal.

El problema es la conducta de los jueces, que están para evitar estos excesos de analogía y muchas veces no lo hacen. Me tocó un caso famoso en 1995: un joven fue condenado a cinco años y un día por tráfico de marihuana por tener un pito y ofrecerle a otra persona que era un agente encubierto. Ejemplos delirantes como este hay montones.

-¿Ve usted una apertura en este debate?

-Muy poco. Creo que cada vez hay más consenso en la necesidad de discutir, lo que es maravilloso, porque los costos sociales de esto ya están a la vista. Históricamente en Chile, la criminalidad violenta y masculina es la que va presa. Hasta ahora no había población femenina relevante en la cárcel y esa cifra se ha disparado por el microtráfico de subsistencia. El Estado gasta recursos destruyendo a esas personas. Ya son marginales y el Estado les pega encima.

Lo que hace Uruguay es extraordinario, porque abre la discusión internacional. El criterio no es decir que las drogas son buenas, sino tratar de inducir un consumo responsable y apoyar a quienes tienen problemas con una mirada inteligente.

Ahora me la estoy jugando por sacar a lo menos la penalización del consumo. Ya está conseguido que la marihuana vuelva a lista 2, pero penar el consumo es intolerable. Cómo voy a castigar a un adulto por consumir algo que le hace mal. Por eso partí con el ejemplo de la sal.