

Nombre y Apellido: Nicolás Pérez Trento
Afilación institucional: UBA
Correo electrónico: nologo83@yahoo.com.ar
Propuesta temática: Estado, instituciones, actores.
Título de la ponencia: Acerca del accionar policial y jurídico ante el consumidor de marihuana

Introducción

¿Qué es lo que está en juego cuando se declara ilegal el consumo de marihuana o se pide su despenalización? ¿Qué hace que un consumidor desafíe la ley o un juez falle en contra del derecho establecido declarando legal el uso en determinadas ocasiones?

Nuestra investigación apunta a analizar en la actualidad las prácticas de consumo de marihuana desde el marco jurídico, y cómo incorporan las normas que regulan esas prácticas los actores involucrados (consumidores y miembros del sistema judicial).

Vamos a encuadrarnos, para ello, de una forma crítica en la perspectiva del interaccionismo simbólico, particularmente en la sociología de la desviación desarrollada por Becker (la cual sitúa al “desviado” no como producto de una situación de “anomia social”, sino como resultado de un proceso de creación y aplicación de normas por distintos grupos sociales).

Trabajaremos con una metodología cualitativa- etnográfica, la cual nos permitirá trabajar con fuentes primarias, utilizando complementariamente fuentes secundarias.

Retratos

Los retratos etnográficos que exponemos y analizamos a continuación han sido elaborados a partir de entrevistas con consumidores o vendedores de marihuana que han sido alcanzados por el sistema penal (con resultados dispares), y nos permiten dar cuenta de las percepciones con que se conforma la conciencia de la ilegalidad del consumo de drogas y la relación que ella tiene con la efectiva aplicación de la represión penal de esa conducta a través de un grupo especializado con poder para imponer sanciones. Estos retratos se rebelan como tres desenlaces típicos que pueden ocurrir a los sujetos al momento de enfrentarse a la ley.

Retrato 1:

Oscar y Tomás nacieron en el interior del país, pero cuando terminaron la secundaria vinieron a Capital Federal a vivir porque ambos deseaban estudiar. Se mudaron al barrio de Congreso.

Ambos son estudiantes de Relaciones de Trabajo en la Universidad de Buenos Aires, son fumadores de marihuana, provienen de familias de clase media, fueron a la secundaria juntos y son amigos hace muchos años. Durante los primeros tiempos en Buenos Aires, ocurrió que no lograron contactarse con un "puntero" (vendedor de drogas) por lo que debían salir a la calle a buscar algún lugar en donde hallar marihuana.

Una noche, Tomás y Oscar tenían ganas de ir a alguna fiesta o algún bar y salieron a caminar, aunque no encontraron nada que les gustara. Ya cerca de la facultad de medicina, se cruzaron con una persona que era de la misma localidad que ellos, siguieron caminando una cuadra, y aunque no tenían casi relación con dicha persona, decidieron volver y preguntarle si no tenía un poco de "falso" (marihuana), porque querían fumar; esta persona les dijo que sí y les convidó para que fumaran. Empezaron a armar ahí mismo en la calle un "porro" (cigarrillo de marihuana) mientras daban una vuelta a la manzana. Como *"al ir caminando no podían armar"*, se ocultaron cerca de las escaleras de la Facultad de Medicina. Allí lo pudieron armar con tranquilidad para salir después rumbo a sus casas caminando y fumando tranquilos los tres.

No se habían alejado más que unos pocos metros de allí cuando escucharon una voz que los llamaba. Instintivamente sospecharon que se trataba de la policía, *"descartamos"* (tiraron el porro) siguieron caminando unos metros más y recién entonces se detuvieron. El policía los puso contra la pared y empezó a revisarlos, *"nos olieron los dedos"*, y los dejó ahí parados mientras volvía a buscar el porro que ellos habían tirado. Al hallarlo, se volvió hacia donde estaban ellos y comenzó a amenazarlos *"van a ir presos por esto, ahora viene un patrullero y los va a cargar a los tres"*.

El policía, al llamar al comando, solicitaba *"que venga un patrullero para cargar a estas tres personas, ya que tienen un porro"* (*"no llevábamos nada más encima"*).

La camioneta que acudió al llamado del oficial tardó aproximadamente veinte o treinta minutos. Al llegar, les pidieron nuevamente los documentos. Los oficiales que llegaron no estaban de acuerdo con detenerlos, mientras que el

oficial que los detuvo insistía con que los detuvieran. Tomás les decía: *“¿nos vas a llevar por un porro?, no estábamos haciendo nada que moleste a ninguna persona”*.

Después de un rato de discusión entre los propios policías, el patrullero decidió seguir su camino y pasar por alto la situación. Antes de dejarlos ir, quien los había detenido los amenazó con no querer verlos más en el barrio. *“Después que se fue el policía, dimos la vuelta manzana para buscar el caño que habíamos tirado, pero la policía se lo había llevado, nos quedamos sin fumar”*.

Retrato 2:

Lucas tiene 29 años y recuerda que cuando fue a ver a La Renga (grupo de rock) a Mar del Plata hace algunos años. Terminó preso porque lo “agarraron” con 25 gramos de marihuana. A partir de ese día, nos cuenta, comenzó una odisea que perdura hasta el día de hoy.

“Yo iba con la cabeza pensando solamente en el recital. Recuerdo que el tren era un bardo, que fumábamos, que cantábamos, que estaba re feliz.”

Lucas nos narra que pensaba quedarse en Mar del Plata dos días. Que *“ya se había pegado un faltazo al laburo”* ese viernes y que, inclusive, llevaba dinero para permanecer en un hotel, cosa que hasta el momento nunca había hecho.

“Ni bien llegamos, a los boludos de mis amigos se les ocurre la brillante idea de parar a tomarse un café con leche y tres medialunas en el bar de la estación porque la promo era de \$ 2,50. Estábamos de bajón. Ni bien salimos del bar empezamos a discutir si tomábamos un taxi o íbamos caminando hasta el centro. Fue ahí cuando de repente apareció la yuta. Nos gritaron y nos dijeron: ¡Contra la pared! Yo quise descartar (en referencia a tirar la marihuana que llevaba en sus bolsillos), pero ni bien me vieron que estaba sacando algo del bolsillo me gritaron que no me mueva amenazándome con los fierros. Los putos al toque llamaron a dos testigos. Me acuerdo que una de las testigos - una minita - no quería saber nada con el tema. Cuando la yuta vio el pedazo (marihuana), uno me miró a los ojos y me dijo: “hasta las bolas”. Yo estaba tan nervioso que vomité.”

Lucas nos relata que sus amigos “zafaron” todos, y que uno se quiso “hacer cargo”, pero un policía lo separó y le dijo: “tomatelas”. Inmediatamente lo llevaron a la comisaría segunda de Mar del Plata, en donde lo tuvieron detenido toda la noche. Narra que los presos que tenían “condena larga” - con quienes compartió el calabozo - lo invitaron a comer un “rico” guiso. Él, como “postre” aportó dos “porros” que habían quedado en el bolsillo de su campera.

“Los yutas estaban tan contentos con lo que habían encontrado que no me revisaron los bolsillos de la campera”

Sigue relatando que al día siguiente fue a declarar al juzgado, y que le abrieron una causa. Recién a la noche lo dejaron ir en libertad de la comisaría. Agrega: *“Estaba tan bajoneado que no fui ni al recital.”*

Durante estos dos años que transcurrieron, a Lucas lo citaron dos veces a declarar a Mar del Plata por dicha causa. Fue en uno de esos viajes, no recuerda cual, que se enteró que la causa esta caratulada: Tenencia simple, y que se juzga bajo la ley N° 23 737.

Durante estos dos años la policía fue a su casa a constatar varias veces su domicilio, y tuvo que solicitar autorización al Juzgado que lleva la causa para salir de vacaciones con su pareja a Cabo Polonio en Uruguay.

Retrato 3:

Tota, junto con sus amigos, se hallaba de vacaciones en Salta, vendiendo artesanías. La mayoría de ellos acostumbraba fumar marihuana.

Una tarde cayó la policía para hacer un allanamiento. Encontraron 3 o 4 porros. Como varios de sus compañeros ya tenían antecedentes, Tota decidió hacerse cargo.

“Me llevaron en cana. Eran las vacaciones de invierno, me tuve que comer todas las vacaciones encerrada en Salta. Era una cuestión política, los policías nos querían meter... Quedé dos semanas adentro... Al final salí sobreseída.”

Estuvo encerrada junto con menores y prostitutas. Era la primera vez que caía presa, no sabía como actuar. Tota nos cuenta que ahí conoció a un personaje: *“ella fue quien me dijo cómo tenía que declarar y todo. Era una mina que transaba cocaína pero a grandes niveles. Ella fue mi hada madrina, encima yo re-pendeja, nunca había estado encerrada en mi vida... Me daba pastillas y*

me decía que me quedara tranquila, que no me pusiera nerviosa. Me dijo todo lo que tenía que declarar y así fue como salí.”

Con el tiempo, tras la muerte de su marido, Tota se encuentra frente a una situación económica muy difícil; si bien sigue vendiendo artesanías, esta actividad no le permite mantener a su hijo. La situación hace que decida empezar a vender marihuana y en ocasiones cocaína.

En vacaciones de verano, Tota fue a la costa. Coincidió con el año de los operativos mediáticos y la histeria generalizada de las drogas en la costa. Allí cayó presa por segunda vez. *“A mi no me agarraron ni vendiendo ni nada. Me buchonearon, yo estaba con mi bolso, tenía mis cosas ahí.”* La apuntaron, un agente la marcaba. *“En ese momento que me agarraron, yo tenía merca y tenía porro, la merca la tenía toda separada, porque lo estaba haciendo comercialmente, porque necesitaba el dinero.”* Nos cuenta que los canas la *“verduguearon”*. *“Como siempre, te dicen que hables, que mandes al frente a alguien; yo nunca abrí la boca, creo que eso me salvó también, no haber hablado nunca. Y menos cuando me enteré los años que me correspondían.”*

La policía la trasladó desde la costa hasta la puerta de Dolores, y de allí a Castelli. *“Estuve una semana que se me vino el mundo abajo, no comía nada..Cómo se iba a enterar mi vieja, quería desaparecer del mundo... Y ahí estuve un tiempo tranquilito y después ya empecé con las andanzas de nuevo. Ahí los canas me trataron bárbaro, había un oficial, me decían hoy cociné yo, nena tenés que comer, el comisario también, venían, me calentaban el agua para que me bañe, me trataron re bien. No quiero decir que no haya canas que son unos hijos de puta”*.

Después de una semana difícil, encerrada en Castelli, Tota nos cuenta que cuando fue a declarar tuvo suerte: *“cuando me cita el Dr. Bernasconi, yo le conté lo que era mi vida, que viajaba, que mi hija, que queseyó... Y bueno, el consideró que, si bien la cantidad que yo tenía no era poca, tampoco era para ser comerciante.”*

La carátula de la causa original de la causa de Tota era *“comercialización con agravante en la vía pública”*. Después de la citación del juez, quedó como *“tenencia para consumo”*.

También quedó sobreseída.

De los perfiles que describimos en los retratos surgen varias cuestiones a tener en cuenta, a pesar de que sabemos que lo ilustrado en estos no comprende la totalidad de las situaciones reales. Intentaremos remarcar algunas de las características generales que de ellos se desprenden.

Análisis de los retratos

Todos somos iguales ante la ley. Por lo menos, en teoría. Sin embargo, podemos identificar en la práctica, como se desprende de los retratos expuestos, tres elementos variables que, según cómo se combinen, resultarán en una forma particular de aplicación de la ley.

En primer lugar, el consumidor. Sus rasgos físicos, como así también su comportamiento en el momento de la detención, el estado en el que se encuentre y el status del barrio en que se halle, serán factores de peso cuando se vea frente a frente con el segundo elemento: el agente de las fuerzas del orden. Este procederá según sus criterios éticos y sus prejuicios, su disposición (o la ausencia de ella) a aceptar o buscar sobornos, su humor particular en el momento de la detención y su situación dentro de la institución en la que se halle. Asimismo, debemos considerar la política de esta institución: el agente policial (o de la fuerza correspondiente) actuará según criterios probablemente no escritos pero firmemente establecidos, de acuerdo a los cuales no está mal hacer la vista gorda frente a una infracción “menor” (en comparación con, por ejemplo, el tráfico a gran escala) en virtud de economizar tiempo y recursos: detener a un sujeto por tenencia de un cigarrillo de marihuana quizás, simplemente, no vale la pena, o así se considere, aunque sea ilegal.

De la combinación específica de estos dos elementos resultará o no la detención del consumidor. En caso de una detención, tenemos que considerar a un tercer componente: el juez al que le toque entender en la causa. Diversos jueces pueden interpretar las leyes de distintas formas, incluso contrapuestas. El mismo hecho puede ser encuadrado en distintos tipos penales (no hay un límite legal claro entre la cantidad de droga que diferencia la tenencia para consumo y la tenencia simple... esto queda bajo el entendimiento del juez), así como la sentencia que se dicte puede implicar la prisión efectiva, la fijación de medidas de rehabilitación o la indicación de trabajos sociales por

algún tiempo que tampoco es el mismo en todos los casos. El poder encargado de juzgar fallará de una forma o de otra frente a casos similares.

De esta forma se ve que la ley es una, pero su aplicación a un caso particular depende de las más diversas circunstancias, que conforme podemos comprobar con los relatos de los consumidores y proveedores de drogas, son aleatorias.

Observamos en los retratos tres distintos motivos donde los sujetos se enfrentan a las fuerzas del orden: en donde se encuentra a aquellos consumiendo, en donde se los detiene por tenencia, y donde el delito es la venta.

Mas específicamente, el consumo en si mismo se reconoce como una conducta privada, no pasible de ser sancionada por la ley. No así la tenencia. Sin embargo: ¿cómo es posible el consumo de una sustancia que no se posee? ¿Qué leyes son estas, tan aparentemente claras y objetivas, que permiten no sólo contradicciones de este tipo, sino interpretaciones disímiles e incluso opuestas?

Los fallos

Para realizar el análisis, nos centraremos en los principales casos en los que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como algunos otros tribunales han decidido si resulta constitucional reprimir penalmente la tenencia de estupefacientes para consumo personal y sobre qué argumentos se ha decidido en uno u otro sentido. Todo ello para arribar a alguna conclusión acerca de si tales pronunciamiento son, en efecto, la resultante de la labor de un grupo especializado de impositores de reglas de moral¹ investidos de poder suficiente como para encarcelar personas que transgreden esas reglas.

Lo que se intenta es sistematizar el tipo de argumento utilizado para sostener que el consumo de drogas es dañoso para la sociedad y , por lo tanto, perseguible. Para ello resumimos y agrupamos los argumentos de los fallos de la Corte Suprema de la Nación en los casos “Bazterrica”y “Capalbo” del año 1986 y “Montalvo” del año 1990. Para análisis mas recientes tomaremos los argumentos que se empiezan a delinear en torno a

¹ Los instigadores de la moral son aquellas personas que imponen las reglas. Estas pueden ya existir o ser creadas teniendo en cuenta los aspectos morales y/o los valores de una determinada sociedad. De esta manera se establece una tajante diferencia entre lo legal y lo ilegal, lo permitido y lo prohibido.

la necesidad de un nuevo examen de la cuestión conforme ellos se han ido exponiendo en algunos recientes fallos de otros tribunales.

Antes de comenzar, tendríamos que definir el núcleo alrededor del cual, en general, se ha desenvuelto la problemática cuestión de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal conforme ella se describe en el artículo 14 de la Ley de Estupefacientes (N° 23737). Este núcleo es el “principio de reserva” por el que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 Constitución Nacional), es decir, no pueden ser juzgadas.

Esta reserva recae sobre la vida privada más íntima. Su esfera de protección es definida doctrinariamente en los siguientes términos: El libre desarrollo de la personalidad, mantiene estrecha relación con los llamados derechos personalísimos. Éstos pueden imaginarse como esferas concéntricas alrededor de la dignidad de la persona. En la primera de ellas se encuentran los vinculados a la vida, la integridad psicofísica y la libertad de movimientos ya que constituyen presupuestos lógicos del resto. En un segundo círculo podemos encontrar los derechos de la personalidad, aquellos vinculados con la libre elección de planes de vida, con la autonomía de la persona.

Pero, “hay un residuo que no está abarcado por esos bienes específicos que es la libertad de realizar cualquier acción que no cause daño a los demás” (Nino, 1992). Allí reside la privacidad. De modo que son privadas todas las acciones que no dañan a terceros y que, por ello, no resultan calificables por la moral pública que es la que el derecho podría imponer. Estas acciones sólo se vinculan con una moral personal y son privadas aún cuando se realicen con conocimiento de otros. Es decir, las únicas acciones que pueden constitucionalmente resultar materia sobre la cual el Estado puede legislar o intervenir son los actos exteriores, que trascienden lo interno relacionando al sujeto con otras personas.

Sobre esta divisoria de aguas se parará la doctrina judicial desarrollada en torno a la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal de estupefacientes.

Algunos sostendrán que el delito previsto en la ley de estupefacientes es de peligro abstracto y que la mera tenencia de drogas sin importar su finalidad o la intimidad de la práctica de consumo amerita la imposición de la pena por constituir una conducta tipificada cuya finalidad es preservar la salud pública como bien jurídico que prevalece sobre las decisiones vinculadas a la propia salud individual.

En tanto que otros sostendrán que la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal no hace sino invadir ilegítimamente la esfera protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

El tipo de lectura que proponemos de los fallos seleccionados, intenta dar cuenta de que esta discusión permite comprobar la existencia de una actividad efectiva llevada a cabo por un grupo con poder² para imponer reglas morales en torno al consumo de drogas.

Ello surge claramente en cuanto ingresamos a la argumentación de, por ejemplo, la disidencia fundada por los Dres. Fayt y Caballero en los casos Capalbo y Bazterrica. De allí podemos extraer que la penalización de la tenencia para consumo personal de estupefacientes se fundamenta en los perjudiciales efectos que acarrea el consumo y la enorme difusión que ha alcanzado esa práctica como un mal que afecta a todos los pueblos por lo que "constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad" (considerando 8), lo que surge también del mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de ley donde se sostuvo que las conductas incriminadas resultaban "atentatorias de la seguridad nacional, pues afectan al ser humano provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad". (considerando 9). Las mismas consideraciones fueron sostenidas por los legisladores en el debate del proyecto de ley, donde se agregó que el proyecto pretendió

² Grupo conformado, en este caso, por un cuerpo de personas con una determinada calificación académica, la cual los faculta, si ocupan la posición correspondiente en la jerarquía judicial, para imponer determinadas normas al resto de la sociedad, en una relación asimétrica.

impedir "la desmoralización y la destrucción de la juventud argentina, que constituye el futuro de nuestra patria". Se reconoció que el problema constituía "una seria amenaza para la salud moral, no sólo de nuestro país sino también de muchas naciones de la tierra", por lo que resultaba imprescindible "proteger, de manera primordial, la salud de nuestra adolescencia y nuestra juventud, que son las víctimas más frecuentes de la afición por las drogas".

Los jueces mencionados, meritúan también otras sentencias anteriores de la Corte Suprema en las que se calificó a la toxicomanía como una "calamidad social comparable a las guerras ... o a las pestes" y se recordó "su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia..., la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización." (considerando 12)

Estos argumentos, entonces, concluyen en que la prohibición del consumo de drogas resguarda la salud pública como objetivo inmediato, pero también se extiende a un conjunto de bienes jurídicos abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda. (considerando 13)

Y todo esto sobre la base de entender que "quien posee estupefacientes para su consumo representa un peligro potencial para dichos intereses por constituir de ordinario un factor de expansión del mal (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados antes citado, p. 2871)." (considerando 14) .

Y, finalmente, señalan que desde el momento en que los derechos fundamentales representan facultades que consagran la dignidad, es inconcebible suponer que el estado pueda proteger la propia degradación (considerando 17), por lo que el legislador puede considerar prohibidas ciertas actividades cuando esas acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse amenazando u ofendiendo esa moral pública u otros bienes.

En esos mismos argumentos, que en los casos Bazterrica y Capalbo eran minoritarios, se fundamentó el fallo del caso Montalvo que constituye la doctrina de la Corte Suprema sobre la materia hasta hoy.

En este pronunciamiento se recordaron las razones que llevaron a dictar una ley que reprime la tenencia de estupefacientes, aunque estuviesen destinados a uso personal, citándose entre ellas “que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él y que aquél, como suele suceder, trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes”. (considerando 7 con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, septiembre 19 de 1974, pág. 2871)

En tal sentido, y ante el argumento de que la penalización del consumo no había probado ser eficaz para disminuir el tráfico de drogas, el fallo también nos recuerda que los jueces no pueden decidir acerca de qué tan útil es una ley, sino que “deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, “la conciencia jurídica y moral de la comunidad”” (considerando 9).

Entonces, con estos argumentos, se opinó que la tenencia de drogas para consumo personal no quedaba en la intimidad de la vida del adicto. Al contrario, la Corte enfatizó que los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son y la tendencia a “contagiar” de los drogadictos. De modo que estas acciones no podrían quedar amparadas por el principio de reserva que ya explicamos, siendo legítima su condena. Sobre todo si la Corte sostiene que: “por lo general, el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento... y hasta lo hace aparecer exclusivamente como “víctima del mal” cuando ello es sólo parcialmente cierto.” Y que “si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente, lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de estupefacientes.” (considerando 16)

Podemos observar, de esta manera, una criminalización de la supuesta enfermedad o enfermo, o del adicto en cuestión. Nos estamos refiriendo a la idea de contagio, de transmisión de la posible futura adicción a las drogas por contacto físico o visual dejando de lado todos los factores sociales, económicos, culturales, políticos y

estéticos de cada individuo y sociedad en cuestión reduciéndolos todos a causas biológicas u orgánicas. Hay un claro trato con respecto hacia a un individuo supuestamente enfermo como si fuera un criminal, ya que recibe los mismos tratos por parte de todo el Estado, desde quien lo detuvo hasta quien lo condene. Gran parte de la sociedad se mantiene en el desconocimiento absoluto y mediante su lástima e indiferencia los condena y estigmatiza.

Al analizar qué bienes sociales se protegen con esta postura, la Corte sostuvo que: “cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la nación, cuyo potencial humano es quizá su mayor patrimonio.”

Ahora bien, en ese caso el Juez Petracchi votó en disidencia, por considerar que el mero cambio de miembros de la Corte no justificaba un cambio de jurisprudencia, pero además, por considerar que “el argumento, según el cual el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal sería justificado como un medio indirecto para combatir el narcotráfico, implicaría utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas.”

Y finalmente, en lo que nos interesa, criticó el argumento basado en las características "peligrosas" que presentaría el drogadicto, subrayando que: en primer lugar “es aventurado calificar como "drogadicto" a toda persona que se le encuentra una cantidad de estupefacientes destinada al uso personal;” y en segundo que “que no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales ... fundados en ... en características personales, como lo sería, obviamente, la calidad de drogadicto. Un derecho penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas.”

Petracchi ya había sostenido similares argumento en su voto en el caso Bazterrica que declaraba inconstitucional la penalización de la tenencia para consumo. En ese fallo, se sostuvo que “no se encuentra probado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas. Por el contrario, tal tesis es discutida en la actualidad,

por quienes sostienen que las causas de la adicción son de origen múltiple y que la sola forma de atacarla es mediante la corrección de las alteraciones socio económicas de la sociedad contemporánea. Quienes se inclinan hacia esta tesis no creen que la incriminación del toxicómano ayude a su tratamiento y, por el contrario, se inclinan por sistemas que impongan los tratamientos de desintoxicación” (considerando 10).

Asimismo, con cita de estudios especializados, el fallo ponderaba que “en el caso de los adictos y de los simples tenedores, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede representar para tales sujetos un ulterior estigma que facilita adherirse a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas, en vez de fortalecer la readaptación a la vida productiva.”

Y también tuvo en cuenta que “es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento desviado de los sujetos.” (considerando 10) y comprender, “pese a todos los prejuicios, que se puede atender al drogado, que el camino de un individuo a la adicción es paulatino, no es abrupto, ni se produce de un día para el otro.” (considerando 11).

De este modo la Corte señalaba que “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.” (considerando 11).

El voto de Petracchi hace mérito de que algunas “actividades de perniciosos efectos sociales, motivadas en fallas estructurales de las organizaciones económico-sociales, como la adicción a drogas, el exceso de consumo, fabricación y venta de bebidas alcohólicas, la prostitución, el juego clandestino, el tráfico de armas, etc., deben arrostrarse con políticas globales y legislaciones apropiadas -de las que hasta el presente carece nuestro país- antes que con el castigo penal, pues, al cabo, éste recae sobre quienes resultan víctimas de dichos defectos estructurales.” Y concluye

proponiendo considerar medidas alternativas eficaces para enfocar el problema de la difusión de la droga, puesto que considera evidente que no todas las drogas, psicofármacos y estupefacientes tienen idénticas consecuencias sobre la salud, tanto por sus diferentes efectos como en relación a las cantidades en las que se las consume. Porque, “Una de las funciones de la legislación a este respecto debería consistir en controlar y prevenir el consumo de drogas sin estigmatizar en forma definitiva al adicto como delincuente y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratado para recuperar su salud del que goza en una sociedad civilizada todo aquél que padece una enfermedad, especialmente cuando ésta se origina en deficiencias estructurales de la propia sociedad.” para lo cual el sistema legal debería prever respuestas sustitutivas de la punición para el mero consumo personal, “como la adopción de medidas más eficaces sobre las actividades del tráfico o sobre sus beneficios económicos, políticas de educación, especialmente dirigidas a la crítica de las propuestas sociales que promueven la dependencia, facultad jurisdiccional para ordenar y supervisar tratamientos creación de instituciones que se hagan cargo de la rehabilitación del adicto u otras.”

Por último cabe mencionar que en diversas sentencias de tribunales inferiores de reciente data, algunos magistrados han hecho mérito de estas posturas, sosteniendo –aunque aún en forma minoritaria- que deben idearse alternativas a la penalización de los adictos.

En un voto sustancioso en el caso Cipollatti uno de los integrantes del Tribunal del caso se detuvo a considerar que: “La legislación argentina se sumó en una fórmula que concibe a la demanda como uno de los pilares fundamentales en "la guerra contra la droga"... La idea fue que, a través del consumidor se llegara al traficante, pues ambos eran considerados eslabones de una misma cadena.” Y a modo de balance detalla que los resultados de esta opción demostraron, a diecisiete años de la vigencia de la ley 23737, su fracaso.

Este magistrado nos señala que: “A pesar de la política de "tolerancia cero" el comercio ilegal de drogas y su consumo han aumentado. En tal sentido resultan elocuentes las estadísticas del Fuero Federal que evidencian un gran incremento de causas por tenencia para consumo personal, a partir de la vigencia de la ley 23737, sin que esto haya demostrado un resultado favorable acorde al fin con el que fue concebida. El saldo fue una avalancha de expedientes tendientes a investigar consumidores sin

lograr ascender en los eslabones de la cadena del tráfico en la gran mayoría de los casos. Además, la experiencia refleja que de ese enorme número, una porción insignificante derivó en medidas tendientes a asistir al consumidor. Incluso, a pesar de ello, en casos en los cuales se logró cumplir con la medida curativa ordenada, no se alcanzó el objetivo deseado, sino por el contrario una reincidencia en el consumo.” “De otra parte, no debe subestimarse la enorme inversión de recursos represivos destinados hacia el consumidor en lugar de ser aplicados contra el narcotráfico, cuyos actores, de manera indirecta pero en definitiva, aprovechan la dispersión de esfuerzos provenientes del Estado.” (v. voto del Dr. FREILER en la causa: “Cipolatti, Hugo s/procesamiento”; C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª del 07/06/2005).

Por otra parte en fallos recientes se ha hecho hincapié en el derecho a la salud de las personas afectadas por adicciones a las drogas, y por ejemplo se ha ordenado al gobierno de Chubut que brinde tratamiento de rehabilitación de drogas a ocho jóvenes, que presentaron un amparo colectivo, por la falta de un centro asistencial de lucha contra la drogadicción en esa ciudad con el argumento de que la protección del derecho a la salud es una obligación impostergable del estado de inversión prioritaria. (v. causa: “A. P I. y otros c/ Provincia del Chubut s/ acción de amparo” fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Comodoro Rivadavia)

En este marco, puede fácilmente concluirse que la penalización podría sustituirse en algunos casos, para los usuarios de drogas, por la posibilidad de exigir actividades de prevención tendientes a reducir el daño que pueda producir su consumo y la atención sanitaria que demande en razón de su adicción. (Vázquez Acuña, 1998)

Así las propuestas más acordes a la progresividad de los derechos humanos tienden a la implantación de políticas que impliquen programas de reducción de los daños causados por las drogas. Los objetivos de estas políticas son, en resumen: “a) Contactar las agencias de salud con los usuarios con objeto de que estas brinden la ayuda que aquéllos necesiten (desintoxicación, tratamiento, etc.), como así también la de distribuir jeringas, materiales desinfectantes, condones, etc. y servirles como puentes con otros servicios; b) Limitar el contagio del virus HIV. y de otras enfermedades por vía intravenosa; c) Reducir el consumo de drogas; d) Evitar que el drogadicto consuma estupefacientes que sean rebajados con sustancias espurias y que son mucho más peligrosas que la propia droga; e) Buscar solucionar la situación familiar, laboral y

social del usuario; f) Disminuir las conductas asociales motivadas por la adicción y que son impulsadas por la criminalización.” (Vázquez Acuña, 1998)

Algunas consideraciones finales

Consideramos que el presente artículo se inserta en un debate de honda actualidad. Notas de frecuente aparición en medios de comunicación e internas al interior del propio Poder judicial (que, como vimos, se remontan a décadas atrás) atestiguan la vigencia de la discusión. El consumo de marihuana en el país se ha incrementado progresivamente desde vuelta de la democracia. Es la droga mas utilizada por los adolescentes, junto con el tabaco y el alcohol, según afirma Kornblit (Kornblit et. al., 2005). Asimismo, su consumo atraviesa las distintas edades y clases sociales. La actualidad del debate se expresa también en la lucha de las numerosas agrupaciones que claman por la despenalización de la tenencia para consumo.

En este sentido, de ninguna manera consideramos que este breve ensayo sea un punto final ni la respuesta a muchas preguntas. Por el contrario, creemos que a partir de aquí pueden reformularse viejas preguntas, y plantearse algunas nuevas. Este artículo, pensamos, puede constituir un nuevo punto de partida, una nueva forma de abordar una temática harto compleja.

Una de las cuestiones que se desprenden de nuestro planteamiento es la visibilización de la heterogeneidad en la aplicación de la ley a los consumidores. Una misma situación puede resultar en desenlaces disímiles.

¿Se puede resolver de la misma manera un caso sobre 10 gramos de marihuana que uno sobre varias dosis de pasta base de cocaína si se atiende al alto poder adictivo de esta última y a los daños neurológicos irreversibles que causa su uso reiterado?; ¿debe legislarse de la misma manera una droga como la marihuana y la pasta base de cocaína que, conforme las estadísticas consultadas, puede causar la muerte del usuario en unos nueve meses?; ¿se encuentran satisfechos los derechos del individuo a la protección de su salud y los de la comunidad a la salud pública si se aparta del sistema de salud a los jóvenes adictos empujándolos no sólo a no superar su adicción sino también a contraer enfermedades graves?; ¿es la penalización del consumo justa cuando sólo atiende al negocio del narcotráfico instituyendo al consumidor como ultimo

eslabón de la cadena sin considerar las asimetrías sociales estructurales que atraviesan la problemática de las drogas?. ¿Se esta protegiendo realmente el bien jurídico aludido como “salud publica” cuando los centros públicos de rehabilitación son disfuncionales e insuficientes? ¿O la “salud publica” consiste mas bien en el encarcelamiento y consiguiente estigmatización del consumidor frente a la sociedad?

Creemos importante enfatizar, asimismo, la recuperación de la perspectiva del interaccionismo simbólico en nuestro análisis. El enfoque que propusimos acerca del consumo de drogas tiene base en la postura que considera que la “desviación” no es producto de un acto o persona desviada sino de un conjunto de interacciones sociales que se determinan mutuamente para dar por resultado el etiquetado de alguien o alguna conducta como “desviada”.

Desde este enfoque se requiere necesariamente tomar en cuenta la doble dimensión del proceso, es decir, la del que realiza la conducta y la de aquel que ostenta suficiente poder como para establecerla como fuera de la legalidad.

Como vimos, la suerte de un consumidor de marihuana que es detectado por el poder del Estado con poder para imponer sanciones –las más graves del sistema jurídico que son las penales- puede ser diversa. Y ello porque la aplicación de la regla prohibitiva no sólo pone en juego una asimetría de poderes entre los “desviados” y los órganos del estado que pueden castigarlo; sino que además existe una especie de “economía” de la aplicación de la norma que genera asimetrías entre los desviados mismos. Algunos serán sancionados y otros, no.

Economía que obliga a los juzgados tapados de causas por cantidades insignificantes de drogas a decidir sin mayor análisis el sobreseimiento de los procesados.

Economía que permite a los policías decidir o no si detendrán a un consumidor hallado in fraganti, dependiendo básicamente de su “ojo clínico” para “semblantear” el aspecto físico del “desviado”.

Economía que permite a los infractores de las normas confiar en cierta probabilidad de que “no pase nada” si los detienen en posesión de drogas prohibidas.

La desviación resultante de la práctica de conductas ilegales-como consumir drogas- se conforma no con la mera inclusión de un delito en el código penal. Se configura en el entramado de prácticas realizadas por consumidores de drogas y las

prácticas llevadas a cabo por el grupo con poder para decidir si eso es o no un delito y, por tanto, sancionarlo. Estas relaciones, además, tienen lugar en un marco de asimetría de poderes entre ambos actores sociales y en la diversidad que se plantea al interior de los grupos interactuantes. De este modo, por el lado de los consumidores, no todos los consumidores son adictos, ni todas las drogas se consumen por las mismas razones ni bajo las mismas circunstancias, ni generan adicciones. Por parte de los impositores de reglas, no todos comparten la calificación de ilegal para la práctica de consumo personal de drogas, ni la atribuyen a las mismas razones ni le adjudican los mismos resultados.

Sólo el abordaje de ambos puntos de vista nos permitirá describir cualitativamente la práctica del consumo de drogas puesto que ella no es una conducta de seres solitarios, sino el producto de relaciones sociales como las que, provisoriamente, hemos descrito.

Bibliografía

- Auyero, Javier, “La política de los pobres”, Manantial, Buenos Aires, 2001.
- Becker, Howard, “Los extraños”, Editorial Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971.
- Kornblit, Ana Lía, “Juventud y vida cotidiana”, Biblos, 2007.
- Niño, Carlos, “Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Vázquez Acuña, Martín E, “Uso de drogas, ley penal y derechos humanos”, JA 1998-II-896
- Fallos disponibles en www.lexisnexis.com.ar