

*"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" Artículo 19 de la Constitución Nacional*

## Presos por fumar

Por Mariano Trigo

Ariel Omar Colavini ingresó a la cárcel de Devoto en noviembre de 1977, cuando tenía 21 años. Fue alojado en el pabellón séptimo. Lo detuvo la policía en la plaza de los Aviadores, en la localidad de El Palomar. Entre sus ropas le encontraron dos cigarrillos que contenían Cannabis sativa lineo, usualmente conocida como marihuana. La sala I de la Cámara federal de La Plata confirmó el fallo de primera instancia que lo condenó a dos años de prisión.

La noche del 13 de marzo de 1978 los presos del pabellón séptimo miraban la película El cañonero de Yang Tsé. A las 23.30, media hora antes del horario en que se deben apagar las luces, tuvieron un altercado verbal con el celador Gregorio Zerda, quién pretendía que apagasen el televisor. Ante la negativa el guardia se retiró. No sin advertir: "ya van a ver".

A las 8 de la mañana del día siguiente ingresó al pabellón la temida requisa. La extrema violencia y brutalidad con que llevaron a cabo el procedimiento hizo que los presos reaccionaran ante las agresiones. Los guardias retrocedieron hasta quedar afuera del pabellón. Los reclusos trabaron el ingreso con camas. Desde afuera y desde las pasarelas que cruzaban por arriba los miembros del servicio penitenciario disparaban gases. Y balas. Nunca se pudo determinar cuál fue el foco de inicio del incendio. Pudo haber sido un calentador.

O un casquillo al impactar en un colchón. El material inflamable de los colchones hizo que en segundos el fuego se propagase. Los presos que se asomaban a las ventanas en busca de oxígeno eran ultimados desde el exterior con un tiro en la frente. Fue la matanza más grande de la historia penitenciaria argentina. Según documenta Claudia Cesaroni en el libro Masacre en el pabellón séptimo murieron 64 presos. Algunos quemados, otros baleados, otros torturados. Uno de ellos fue el petiso, Ariel Omar Colavini.

A Miguel Ángel Durrels lo detuvo el Servicio de Apoyo Policial el domingo 8 de septiembre de 2013 en inmediaciones de la estación de trenes de Pilar. Tenía en su poder 78 gramos de marihuana. A las 3 de la madrugada del lunes 9 apareció ahorcado en la celda de la Comisaria Primera de esa ciudad. La versión oficial sugiere un suicidio. En la celda de dos metros cuadrados había otro detenido. No vio ni escuchó nada. El cuerpo de Durrels tenía golpes en las costillas y en el rostro. Tenía 29 años y trabajaba como petisero en el Club de polo Las Overas de Pilar.

Colavini y Durrels murieron en prisión después de haber sido arrestados por tenencia de marihuana. El primero durante un gobierno dictatorial que cercenó todo tipo de derechos e implementó un sistema de terror que regó la tierra con la sangre de decenas de miles de personas. El último 35 años después, en el marco de un gobierno democrático que amplificó derechos sociales y humanos.

...

Según el Informe Estadístico 2016 de la Procuraduría de narcocriminalidad (PROCUNAR), en 2015 se iniciaron ante la justicia federal 50.317 causas. El 44 por ciento fue por

estupefacientes (incluye causas iniciadas por delitos comprendidos en la ley 23.737 y por contrabando de drogas, artículo 866 del Código aduanero). El 56 por ciento restante fue por otros delitos.

Según el tipo de delito, las causas se pueden dividir de la siguiente forma: El 41 por ciento fue por violación al artículo 5, inciso C, de la Ley 23.737, es decir, comercio de estupefacientes; El 3 por ciento fue por comercio de plantas o semillas, tipificado en el artículo 5, inciso D, de la mencionada norma; el 2 por ciento fue por contrabando de narcóticos (violación al artículo 866 del Código Aduanero). Las causas por tenencia, ya sea para consumo personal o tenencia simple, representan el 50 por ciento de los expedientes iniciados en 2015. Esto refleja que la mitad de las causas por drogas iniciadas en el fuero federal juzgan delitos menores, en los que no hay afectación de terceros.

El 96 por ciento de las causas iniciadas por tenencia para consumo personal fueron desestimadas por la aplicación de la doctrina asentada en el fallo Arriola por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que determinó la inconstitucionalidad de penar dicha figura. Las restantes fueron archivadas por vicios del procedimiento. Que ninguna causa por tenencia haya prosperado demuestra el dispendio innecesario de recursos en que incurre el Estado Nacional al perseguir al consumidor de marihuana.

Respecto del perfil de los detenidos, en una nota publicada en el portal Nuestras Voces el 16 de septiembre, Emilio Ruchansky sostuvo que: "Es bastante claro: hombre y joven, promedio 25 años. Dos de cada tres con trabajo (muchos en albañilería). El promedio de lo incautado: diez gramos de marihuana y/o casi 3 de cocaína. Los lugares de detención son una constante en estos

informes: las estaciones de tren y sus alrededores. La división ferrocarriles de la Policía Federal generó la mitad de las causas. Las estaciones de Retiro del ramal Belgrano y del Mitre encabezan el ranking con 41 detenciones, 26 y 15 respectivamente. Le sigue Constitución con 24”.

...

El origen de la prohibición se encuentra en Estados Unidos. A principio del siglo veinte se produjo una oleada inmigratoria mexicana. Fumar marihuana era una costumbre al sur del rio Bravo. Una forma de relajarse luego de las jornadas laborales.

A los estadounidenses blancos no les gustaba esa costumbre. Una ordenanza de 1914 prohibió el consumo de marihuana como forma de controlar a los mexicanos en la ciudad fronteriza El Paso. Así surgió la punición del consumo de sustancias como forma de control social. En 1937 todos los Estados aprobaron la ley que prohibía la tenencia.

El documental Grass, dirigido por Ron Mann y estrenado en 1999, afirma que Samuel R. Caldwell, oriundo de Denver, de 58 años, fue el primer condenado por tenencia de marihuana. Fue sentenciado a cuatro años de trabajo forzado en Leavenworth. El juez consideró al cannabis como el peor de los narcóticos. “Bajo sus efectos los hombres se vuelven bestias”, afirmó.

Luego de la segunda guerra mundial se empezó a relacionar la marihuana con el comunismo. Esto hizo que en 1956 el presidente Dwight Eisenhower, para no mostrarse débil en plena guerra fría, enviase al congreso un proyecto de endurecimiento de las penas para la tenencia de marihuana. En Missouri estaba penada con prisión perpetua. En la década del 60 la juventud tomó un rol preponderante en la oposición a la guerra de Vietnam. En

1963 el Jefe de Narcóticos, Henry Giordano, sostuvo: "Si fumás marihuana te convertís en un desmotivado, en un perdedor".

Violadores. Asesinos. Bestias. Perdedores. A medida que iban cambiando los enemigos de Estados Unidos y las necesidades del gobierno federal, la guerra contra el cannabis iba mutando sus argumentos y, la sustancia, sus nunca comprobados efectos adversos.

En la década del 70 se incrementaron los arrestos. Un caso paradigmático fue el Don Crowe. Fue sentenciado por venta de marihuana a un agente encubierto. La cantidad era poca, 30 gramos. Lo sentenciaron a 50 años de cárcel. Tenía 25 y recién llegaba de Vietnam. En 1972 fueron detenidas 226 mil personas. Sólo el 7 por ciento eran traficantes. Ese mismo año se creó la DEA, una poderosa agencia con facultades para requisar, allanar e interrogar.

En 1973 Oregon despenalizó la tenencia de marihuana. Fue el primer Estado en hacerlo. Un estudio realizado cuatro años después demostró que no se incrementó el uso de la sustancia.

La guerra contra las sustancias, entre 1980 y 1998, le costó a Estados Unidos 214 mil millones de dólares.

Mariano Fusero, responsable de política de drogas de la Asociación Pensamiento Penal, sostiene que "visibilizar determinadas conductas relacionadas al tema de drogas como un delito le permite al poder punitivo ejercer ese control social para el cual fue instituida la guerra contra las sustancias, que tiene su epicentro en 1970 en Estados Unidos", en referencia al objetivo de la punición de la tenencia de estupefacientes.

Asimismo, agrega que el ex asesor de Richard Nixon, John Ehrlichmann, reconoció en una entrevista que se basaron en información falsa para conseguir un objetivo político, que no era otro que continuar con la aventura bélica de Vietnam. Necesitaban deshacerse de la oposición a la guerra.

Respecto del plano local, Fusero manifestó que: "En 1974 luego de la muerte de Juan Perón y con la gestión política en manos de José López Rega, éste impulsó una cruzada de penalización de las drogas relacionando el consumo con las guerrillas. Pretendió buscar el chivo expiatorio, el enemigo de consenso, contextualizado en determinado ámbito sociopolítico, y empezó a enfocar el tema de las drogas como una forma de criminalización directa de esa población. En ese sentido, manifestaba que los principales consumidores de drogas en Argentina eran las guerrillas, por lo cual la lucha contra las drogas era una lucha antisubversiva".

Prueba de ello es que la Corte Suprema de Justicia en el fallo que condenó a Ariel Colavini, en 1978, agregó al dictamen argumentos sobre "el vínculo entre la toxicomanía y la desintegración individual y general, su pernicioso influjo en la moral y economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva, y la destrucción de la familia".

...

Desde la muerte de Perón hasta la aparición del fallo Bazterrica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasaron 12 años. En ese lapso temporal se produjo el golpe de Estado de 1976, la guerra de Malvinas en 1982, la recuperación de la democracia en 1983 y los juicios que condenaron a las Juntas Militares en 1985. Todo eso en tan sólo una década.

Gustavo Bazterrica fue detenido en 1981 en su casa. Las fuerzas de seguridad encontraron tres cigarrillos de marihuana en una latita, pesaban 3,6 gramos. Tenía 26 años y era el guitarrista de Los abuelos de la nada.

La sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la de primera instancia que lo había condenado a la pena de un año de prisión en suspenso, 200 pesos de multa y costas del juicio, como autor del delito de tenencia de estupefacientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación con los votos de Augusto Belluscio, Enrique Petracchi y Jorge Bacqué revocó la sentencia el 29 de agosto de 1986. En disidencia votaron los doctores Carlos Fayt y José Caballero. El máximo tribunal sostuvo que: "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 artículo 6° de la ley 20.771, cuya inconstitucionalidad se declara, en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal".

Ya en 1986 la Corte hacía referencia a lo manifestado por organismos internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, que en su informe 18 sostuvo que: "los datos clínicos no son suficientes para aprobar o desaprobar las diversas modalidades de tratamiento obligatorio; lo que sí parece indudable es que pese a la considerable experiencia adquirida, la detención obligatoria no resulta por sí beneficiosa".

El doctor Petracchi, en su voto, sostuvo que: "No se pueden sancionar penalmente acciones que sólo se refieran a la moral individual. Es requisito para la intervención de la ley penal que se afecten bienes jurídicos privados o colectivos, incluidos en el orden de la justicia, según el sentido aristotélico. Tal interpretación coincide con el proceso legislativo constitucional en el cual, al tratarse la redacción del artículo 19, el General Pedro Ferré propuso que la fórmula dijese 'a la moral y al orden público', lo que fue corregido al momento de la sanción por la actual fórmula: 'al orden y a la moral pública'. El propio Ferré aceptó que su propuesta inicial implicaba un grave error filosófico-jurídico que desnaturalizaba el espíritu de su propuesta. Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada".

En 1989 se sancionó la Ley 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes. Es la norma que rige actualmente. En su artículo 14 sanciona con pena de prisión de uno a seis años al que tuviere estupefacientes en su poder.

En el segundo párrafo dispone que la pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

En 2009, la Suprema Corte de Justicia dictaminó la inconstitucionalidad de ese segundo párrafo en el fallo Arriola.

El 29 de agosto, al cumplirse 30 años de la sanción del fallo Bazterrica, un grupo de más de 265 jueces, fiscales y defensores públicos presentó la Declaración de Magistrados Argentinos por una Política de Drogas respetuosa de los Derechos Humanos. En la misma recomiendan, entre otras medidas, proceder al debate legislativo y la aprobación de una ley que no criminalice a los usuarios de drogas prohibidas, mediante la derogación efectiva de los tipos penales que directa o indirectamente sancionen conductas relacionadas al consumo personal de estupefacientes, es decir, derogar figuras tales como la tenencia simple, la tenencia para consumo personal, el consumo ostentoso y el cultivo para consumo personal.

...

Facundo Trova es abogado. Se recibió a los 28 años en la Universidad Católica Argentina. A los 31 ya era fiscal adjunto en la provincia de Neuquén. A los 34 lo promovieron a fiscal titular. Era el más joven del país en ocupar ese cargo.

El 16 de enero de 2006 fue detenido en el aeroparque Jorge Newbery cuando pasaba el control de embarque aeroportuario. Llevaba 16 gramos de marihuana en el bolsillo. Venía de Brasil. Cómo le quedaban días de fería por delante había decidido terminar sus vacaciones en Mar del Plata. Tenía 36 años.

Pasó los bolsos por el scanner, luego un agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria le hizo el palpado y ordenó que vaciara los bolsillos. Aparecieron esos gramos de marihuana. Inmediatamente cerraron la manga y se llenó de policías como si lo hubiesen encontrado tratando de embarcar con una bomba. Lo esposaron y lo apoyaron contra la pared mientras lo sujetaban de la cabeza. Cuando abrieron la billetera para

robarle el dinero vieron su credencial de fiscal. Trova asegura que ahí el trato cambió.

La primera sensación que tuvo fue de sorpresa por su propio descuido: "Algo inesperado, chocante y violento. Después de unos minutos se me vino el mundo abajo, ni hablar cuando cerraron la puerta de la celda y vi las rejas desde adentro. Fue durísimo", asegura.

En ese mismo instante tomó la decisión de que pasara lo que pasara con su cargo, no iba a ser más fiscal y se iba a dedicar a ser abogado defensor.

Ese incidente marcó su carácter y su forma de trabajar. "No me guardo nada al momento de enfrentar al sistema penal, al Estado. No tengo miedo de decir lo que pienso. Como fui víctima y viví la injusticia y el encierro en carne propia, esa situación le da un valor agregado a mi trabajo", sostiene.

Finalmente, Trova fue sobreseído. Se entendió que la tenencia era para consumo personal. Pero no fue un trámite sencillo. "En un principio me imputaron el delito de transporte internacional de estupefacientes, porque venía de Brasil y en mi pasaporte figuraba el sello de migraciones de ese país. Contraté un abogado muy conocido, que circula por Comodoro Py y el Juez Araoz de Lamadrid cambio rápidamente de criterio", manifiesta sobre su situación procesal.

A pesar de haber sido sobreseído en la causa penal, el fiscal Trova fue destituido por inconducta y mal desempeño. Poco importó que estuviese de vacaciones y que su conducta fuese un acto privado, amparado por la Constitución Nacional.

...

El fiscal Federico Delgado, titular de la fiscalía federal número 6, realiza informes estadísticos sobre el ingreso de causas en turno con las fuerzas de seguridad. De su último informe, correspondiente a abril de 2016, se desprende que 376 de las 453 causas ingresadas se iniciaron por infracción a la Ley 23.737, lo que representa un 83 por ciento del total.

De esas 376 causas iniciadas por drogas, el 69 por ciento, lo que equivale a 250 expedientes, son por tenencia simple o para consumo personal. El restante 31 por ciento se presume que es tenencia para comercio.

En relación con su informe anterior, de noviembre de 2015, las causas por tenencia de drogas para consumo personal aumentaron un 30 por ciento.

Como consecuencia de la aplicación del fallo Arriola, las causas que implican tenencia para consumo personal finalizan archivados. En ese sentido, Delgado sostuvo en su informe que "la inversión económica y la energía humana que se consume en todo el proceso que va desde la detención del infractor, la confección del sumario en papel, el ingreso al sistema judicial y el archivo del expediente, constituyen parámetros que deberían revisarse a la hora de evaluar en que se gasta dinero y energía que luego falta para investigaciones cualitativamente más importantes".

De las 250 causas iniciadas por tenencia para consumo personal, un 33 por ciento surgieron por una "actitud sospechosa" de la persona que poseía el estupefaciente, un 30 por ciento porque estaban consumiendo droga en la vía pública, el 26 por ciento por estar manipulándola en espacios públicos, un 10 por ciento implicaron personas detenidas por otro hecho y que además

tenían drogas. El uno por ciento restante resultó a partir de la observación de las máquinas de rayos X en aeropuertos.

...

El inicio de la punición se encuentra en la necesidad de ciertos Estados, en determinado contexto histórico, de ejercer un control social sobre su población, tanto nativa como inmigrante. No hay argumentos sólidos desde el punto de vista médico, ni jurídico, que justifiquen la prohibición. En casi un siglo de leyes represivas, éste tipo de políticas no han hecho descender el consumo de sustancias, sino que se produjo el efecto contrario.

"No parece ser que la guerra contra el narcotráfico, ni en nuestro país, ni en ningún lugar del mundo haya disuadido a las personas de dejar de consumir sustancias, muy por el contrario, es un comercio que se encuentra claramente floreciente y el sistema penal no llega a influir de ninguna manera", sostiene al respecto el Doctor Mario Juliano, Juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea y presidente de la Asociación Pensamiento Penal.

Respecto de porqué el congreso no trata la cuestión, Juliano sostiene que: "La clase política, con las excepciones que por supuesto existen, de alguna manera subestima la madurez del pueblo argentino y supone que si diera algún otro tipo de respuestas por fuera de lo ortodoxo y lo tradicional, la ciudadanía saldría a las calles a drogarse de modo indiscriminado. O alguna figura delirante por el estilo. Esto no es así. Yo creo que el pueblo argentino tiene la suficiente madurez, sin pretensión de unanimidad, como para poder abordar y afrontar un tema como podría ser no solo la despenalización, sino la regulación de mercados en materia de droga".

Uno de los argumentos más sólidos e ingeniosos contra la penalización de la tenencia para consumo de sustancias lo dio el Doctor Petracchi, hace ya 30 años, en su voto del caso Bazterrica. "Aducir que el castigo al consumidor permite disminuir la demanda y, en consecuencia, el negocio del traficante, importa tanto como afirmar que proteger la vida es contribuir a crear las condiciones necesarias para la ejecución de homicidios", sostuvo el magistrado en uno de los fallos más audaces y progresistas de la historia del máximo tribunal.

Treinta años después, la norma declarada inconstitucional por el máximo tribunal sigue vigente, violando el artículo 19 de la Constitución Nacional.