

Arriola, de la calle a la cárcel

Por *Andrés Bacigalupo*¹

Resumen: *La Corte Suprema de Justicia de la Nación vuelve a poner en escena una discusión polémica suscitada en los últimos años: el consumo de estupefacientes por personas privadas de la libertad. En esta ocasión, la balanza volvió a inclinarse a favor de los derechos humanos garantizados por nuestra constitución, más allá del eventual contexto de encierro.*

Palabras clave: estupefacientes- personas privadas de la libertad- libertad de autodeterminación- privacidad e intimidad- salud pública-inconstitucionalidad.

El consumo de drogas ilegalizadas en la Argentina es tan polémico que la jurisprudencia respecto a su abordaje cambia de la noche a la mañana. El tema es tan sensible a la hora de analizarse jurídicamente, que nunca se han visto tantos zigzags del máximo tribunal de nuestro país sobre el mismo asunto. Quizás me expreso desde mi ignorancia, pero ¿Se han visto tantos zigzags en otras temáticas?

El pasado 30 de agosto de 2022, la Corte vuelve a tomar postura respecto a la constitucionalidad del castigo del delito de tenencia de estupefacientes para consumo

personal (art. 14 2º párr. Ley 23.737) dentro de los establecimientos penitenciarios, la misma figura legal que dicho cuerpo tuvo la oportunidad de expedirse al respecto 36 años y un día atrás en el célebre antecedente “Bazterrica”.²

La discusión en la Argentina respecto al consumo de drogas ilegalizadas en el ámbito de la privacidad ha insumido kilotonos de tinta en la jurisprudencia. Para hacer un breve recuento, a sólo 4 años de la primera declaración de inconstitucionalidad, la Corte de los 90 (la recordada mayoría automática), volvió a considerar constitucional castigar penalmente a quien decide consumir estupefacientes en su privacidad en el antecedente “Montalvo”. En dicha ocasión se sostuvo que dicha conducta, se asimila una pandemia que destruye no sólo la vida personal del usuario, sino de su familia, de la sociedad atacando a sus valores fundamentales, y pone en peligro la subsistencia de la nación y en definitiva de la humanidad toda.³

Este lineamiento punitivista respecto a decisiones privadas permanecería vigente en la justicia penal aproximadamente dos décadas hasta que una casi entera nueva Corte Suprema retomara la postura de la inconstitucionalidad, en el aún vigente fallo “Arriola”.⁴

La clave para entender a Bazterrica y Arriola se centra, básicamente, en que se entiende por libertad de autodeterminación y hasta donde llega el ámbito de reserva de la ciudadanía, atendiendo al caso concreto

¹ Autor: Coordinador del Área política de drogas de la Asociación Pensamiento Penal y responsable del área “Drogas y Derecho Penal” Revista A.P.P.

² Bazterrica Gustavo Mario s/Tenencia de Estupefacientes. CSJN 29/08/1986

³ Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ INF. LEY 20.771. CSJN 11/12/1990

⁴ Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080. CSJN 25/08/2009

en que la conducta del consumo se lleva a cabo.

En pocas palabras, esta conducta que parece tan irrelevante para algunos, caprichosa y asilvestrada para otros, y criminal para varios, encierra en definitiva la propia concepción de un Estado democrático de derecho.

Es que, en definitiva, lo que termina dictaminando el intérprete máximo de nuestra Constitución es que un estado no puede influir en la determinación de vida de una persona, independientemente de lo moral o inmoral de sus decisiones privadas, siempre y cuando no afecte los derechos de un tercero o la colectividad de manera evidente.

Ahora bien, si estos fallos siguen causando miles de interpretaciones respecto a cuando la conducta de “consumir drogas” trasciende y afecta a terceros, imaginémonos las dificultades interpretativas cuando el espacio reducido de privacidad es nada más ni nada menos que una celda compartida con otras personas.

Esto ha llevado a diversas posturas, pero para no remontarnos tanto en el tiempo, el foco de atención comenzó a producirse en las antagonistas opiniones de la Procuración General de la Nación. En 2015, la por entonces Procuradora General Alejandra Gils Carbó desistió de la acusación hacia una persona privada de la libertad a la cual se le halló en su poder 0.6 gramos de marihuana. *“En la medida en que no es limitado por la circunstancia del encierro y las exigencias del régimen carcelario, los reclusos conservan un ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución”* sostuvo en una decidida toma de postura político-criminal, haciendo demasiado hincapié que dicho dictamen tampoco representaba una legalización de las drogas en las cárceles, pero que va de

suyo, que los fiscales en estos casos deben *profundizar sus investigaciones respecto al como ingresan dichas sustancias al establecimiento carcelario.* (el resaltado me pertenece).

Sin embargo, dicho filtro al poder punitivo no duraría mucho, y en 2019 el siguiente Procurador General (interino) Eduardo Casal dictaminó que la tenencia de estupefacientes para consumo personal en cárceles no constituye una acción privada. Entre sus argumentos más centrales sostuvo que el establecimiento penitenciario sea un espacio libre de alcohol y drogas *“se justifica en el mandato legal y constitucional de resocialización, y la trascendencia a terceros que impide considerar acciones privadas a la tenencia y al consumo de esas sustancias deriva primeramente de que conspira contra esa finalidad”*⁵

Por otra parte, buscó fuerza argumental en la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, los cuales, es sabido, en modo alguno requieren la lesión concreta al bien jurídico que buscan tutelar.

En dos oportunidades la CSJN se expidió luego de este cambio de postura de la Procuración General, pero interín, la doctrina tampoco era pacífica ni uniforme en las Salas de Casación y Tribunales federales. Mientras que para muchos magistrados la sanción procedía en aras de salvaguardar la eficacia del derecho penal y su poder simbólico hacia adentro de las poblaciones carcelarias, para otros en cambio, la idea seguir extendiéndoles sus penas por acciones cuasi inofensivas los descomponía rotundamente.

Tanto en “Salvini”⁶ como en “Rodríguez”⁷ aplicaron la vía del “Writ of

⁵ "S, Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737". FPA 2940/2016/3/RH 1

⁶ FPA 9510/2017/3/1/1/RH1 Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario.

Certiorari” criollo, y sin brindar argumentos específicos, se remitieron a desestimar las quejas defensivas, validando de esa forma las sentencias de condenas por consumo dentro de las cárceles. Sin embargo, en el antecedente Rodríguez, (septiembre de 2021) una minoría conformada por los ministros Rosenkrantz y Lorenzetti se manifestaron a favor de la admisibilidad de la vía impugnatoria extraordinaria, y revalidando en estos casos la aplicación de los antecedentes Bazterrica y Arriola, aún, cuando se trate de personas privadas de la libertad, teniendo en cuenta siempre, igual que en dichos antecedentes, el caso concreto del hallazgo del tóxico.

Ahora bien, en el caso de Salvini, la Corte se vería conformada de manera distinta, atento a que, por la ausencia de mayoría actual, se convocó la presencia del conjuer el Dr. Guillermo Antelo, quien se sumó a los votos disidentes de Lorenzetti y Rosenkrantz en la anterior causa Rodríguez, se lograron los votos necesarios para consolidar la actual postura.

Es entonces, que, por el momento, el castigo a personas privadas de la libertad por tenencia de estupefacientes para consumo personal es inconstitucional.

Necesarias reflexiones.

En este punto, y recalando mi humilde posición, entiendo que las reflexiones necesarias serían las siguientes:

En primer lugar, que la decisión respecto a la aplicación de los antecedentes Bazterrica y Arriola a personas privadas de la libertad, muestra a una mayoría de ministros interesados en hacer valer y respetar los derechos humanos involucrados hasta en las máximas circunstancias, pero dicho puñado

de buenas intenciones depende hoy en día de circunstancias muy tambaleantes, como ser la esporádica conformación de la Corte Suprema.

Esto, lógicamente, es característico de los pronunciamientos de la CSJN que no cuentan con unanimidad. Es que, por más que las noticias que resalten lo “histórico” de la decisión, tampoco podríamos afirmar que esta cuestión no varíe lamentablemente en cualquier momento próximo.

Creo incluso, que lo más rescatable de la noticia, es la puesta en debate sobre el tema, y definir como sociedad que clase de estado interventor queremos y cuál es la postura respecto al respeto de los derechos humanos que no pierde ninguna persona privada de la libertad, más allá de las restricciones lógicas que el encierro acarree.

Pues, como vimos, la tenencia para consumo personal de estupefacientes en las cárceles sigue siendo una polémica mucho más compleja que la que ocurre cuando dicha tenencia se produce en un domicilio, o en la vía pública. Ni Bazterrica ni Arriola han podido hasta el día de hoy zanjar esta cuestión de manera tan precisa, o dicho de otra manera, el problema de su interpretación sigue causando estragos en la sociedad; basta ver las estadísticas oficiales para observar sin esfuerzo alguno las centenas y miles de causas que se siguen abriendo por personal policial respecto al alcance de la privacidad cuando se transportan pequeños montos en automóviles, mochilas, bolsillos, o bien se convive con una familia y hay una planta de cannabis presente en el hogar.

Desde luego que definiendo la concepción de un estado no intervencionista en las decisiones de vida privada; pero en el caso de los establecimientos carcelarios considero que el debate debe circunscribirse más a los

⁷ FPA 8956/2016/2/1/1/RH1 Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente de recurso extraordinario

efectos propios que causan las políticas prohibicionistas, y uno de estos efectos más lógicos y visibles es la propia corrupción de las agencias punitivas estatales que en definitiva terminan regenteando el negocio del tráfico ilícito de sustancias sobre cualquier territorio. De allí a que la exprocuradora Gils Carbó con atino dirigiera su atención al “como” ingresan dichas sustancias a las cárceles.

Por ejemplo, una política respetuosa de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad debe permitir el consumo terapéutico de cannabis medicinal hacia la población de detenido/as porque la garantía del derecho humano a la salud y a la igualdad así lo indicaría claramente. Y casualmente me refiero al cannabis porque en todas las causas que hemos analizado, los hallazgos de estupefacientes se trataron de dicha sustancia.

Más el castigo por el consumo de otra sustancia o con otros fines así sean de modo recreativo, representaría al mismo tiempo que la persona detenida sea quien paga con su cuerpo y libertad las falencias de seguridad de ingreso drogas ilegalizadas a un establecimiento que se presume no lo permite.

Por lo dicho considero que castigar a las personas detenidas por decisiones que atañen a su esfera de privacidad y autodeterminación no debería sancionárselas a lo sumo, más que administrativamente, como a la postre incluso sucede.

En suma, el fenómeno que sucede es que los fracasos del abordaje sobre el consumo de sustancias ilegalizadas en la sociedad se trasladan hacia estas pequeñas poblaciones, de allí que las personas privadas de la libertad no deban soportar con mayor peso, o ver restringidas esferas de su personalidad tan inherentes a la misma, que al ser

lesionadas, en definitiva terminan lesionando a la propia concepción de un estado que se comprometió a garantizar las libertades humanas más básicas.

Solo puedo reflexionar por último, que si de aplicar la ley penal con rigurosidad se trataría el eje de la cuestión, un tipo penal debería rezar: “*Se castigará con pena de.. a .. años de prisión al personal del servicio penitenciario cuando se hallaran estupefacientes en poder de las personas a cuyo resguardo se encuentren.*”

La otra alternativa, la de la punición, sólo termina como en todo fenómeno prohibicionista, cortando el hilo por lo más fino.