

El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina

Coordinadora:
ADRIANA MURO POLO



DERECHOS
HUMANOS



E L E M E N T A

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

J736.190 El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del
C667c consumo de cannabis en América Latina / coordinadora Adriana Muro
Polo ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos
Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación
Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México :
Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
1 recurso en línea (xiv, 374 páginas ; 23 cm.)

En la portada: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Derechos
Humanos; DDHH Elementa

ISBN 978-607-552-150-3

1. Control constitucional – Tribunales internacionales – Delitos contra
la salud – Estudio de casos – América Latina 2. Tenencia de narcóticos –
consumo – Sentencias 3. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación
– Jurisprudencia – Análisis 4. Políticas públicas 5. Derechos humanos I. Muro
Polo, Adriana, coordinador II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor
de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección
General de Derechos Humanos
LC KG966.N36A7

Primera edición: octubre de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los
titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma
alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación
de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El control de
constitucionalidad de las
Altas Cortes sobre
la prohibición del
consumo de cannabis
en América Latina

.....
Coordinadora:
ADRIANA MURO POLO



DERECHOS
HUMANOS



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

2. El fallo Arriola y las implicancias simbólicas de un control de constitucionalidad ineficaz

Mariano Fusero*

SUMARIO: I. Antecedentes normativos y jurisprudenciales (1926-1989). II. Debate parlamentario de la Ley 23.737 (1986-1989). III. Nueva intervención de la Corte Suprema (1990). IV. El fallo "Arriola" (2009). V. Conclusiones al presente (2020).

I. Antecedentes normativos y jurisprudenciales (1926-1989)

La penalización de la posesión de sustancias ilegalizadas en Argentina data de aproximadamente cien años de antigüedad, cuando la Ley 11.331 (1926) incluyó la sanción penal a quienes "[...] no estando autorizados para la venta, tengan en su poder drogas [...] y no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia [...]". Desde entonces, la doctrina y jurisprudencia argentina se debate entre quienes sostienen la necesidad de la represión de las personas que consumen drogas por considerarlas un eslabón más de la cadena de tráfico, que afecta la salud pública o la seguridad nacional como valores superiores a custodiar por encima

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Director del Área Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal (APP) y Editor de la sección "Drogas y Derecho Penal" de la revista de dicha organización. Redactor de proyectos de ley en Argentina sobre la Reforma Integral de la Ley de Drogas No. 23.737. Redactor de la Recomendación General No. 3 del Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI), sobre "Discriminación a usuarios/as de Drogas Prohibidas". Actualmente dirige la organización RESET.

de las libertades individuales, y quienes entienden que tal represión no resiste un control de convencionalidad por afectarse derechos humanos que hacen a la autodeterminación, intimidad y privacidad de dichas personas, y por haber demostrado su ineficacia para controlar el fenómeno de sustancias prohibidas velando por la salud pública.

El rol del Poder Judicial y particularmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), ha reflejado la filosofía jurídica y política de la época como auténtico órgano político del Estado, legitimando retóricas de contexto y dándoles entidad jurisprudencial. Desde la adopción del discurso positivista del higienismo y defensa social que primaba en aquellos años veinte, pasando por mediados de siglo en donde se observa una fuerte presión geopolítica ejercida por los países centrales impulsores de los instrumentos internacionales de fiscalización (1961 y 1971), junto al lanzamiento de la "guerra contra las drogas a escala planetaria" (1971) y su alianza con la doctrina de seguridad nacional en contextos dictatoriales o de debilidad democrática (1975-1983), para finalmente llegar a contextos de madurez institucional y reconocimiento gradual de derechos a fines de siglo XX y principios del corriente, en un contexto de democracia consolidada.

Tales contextos político-institucionales denotan la variedad interpretativa de la CSJN en lo que respecta al control de convencionalidad de la figura de posesión o tenencia para propio consumo de sustancias ilegalizadas y la política de drogas en general. Así fue como la CSJN sostuvo en contextos de supresión de garantías constitucionales (Fallo "Colavini"-1978¹), que la penalización de la tenencia establecida en la antigua Ley 20.771² era legítima y constitucional, argumentando para ello:

¹ Fallos de la CSJN 300:254, del 28 de marzo de 1978.

² El artículo 6o. de la Ley 20.771 establecía: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de cien a cinco mil pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal".

Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización [...]

La norma bajo análisis había sido impulsada en 1974 por el entonces Ministro de Bienestar Social y creador de la fuerza paramilitar conocida como "Triple A" (Alianza Argentina Anticomunista), José López Rega, quien afirmaba que "las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por tanto, la campaña antidrogas será auténticamente una campaña antiguerrilla".³ Dista tan sólo en un año desde su promulgación a los llamados 'Decretos de aniquilamiento'⁴ mediante los cuales se dio inicio al terrorismo de Estado en nuestro país. En tal sentido, la CSJN legitimaba y validaba esta construcción del estereotipo identitario "joven-consumo-delito-subversión" propiciado por quienes impulsaron la norma, la imagen bélica en donde el bien jurídico a proteger era la seguridad nacional y el "enemigo" a vencer era la narco-guerrilla proyectada en aquella identidad.

Tanto la legislación como su validación por el tribunal supremo hicieron principal mención a la "teoría del eslabón" mediante la cual se considera a las personas que consumen como un eslabón imprescindible de la cadena de tráfico. El proyecto de ley enviado al Congreso Nacional por el Ejecutivo Nacional, que posteriormente derivó en la aprobación de la

³ Conrad, C., Canabal, Ignacio, Ascolani, P. y Bertone, D. (2014), *Marihuana en Argentina. Historia, rendimientos, usos industriales y sociales del cannabis sativa*, Rosario, Santa Fe Argentina, 2014.

⁴ Decretos núms. 2770/75, 2771/75 y 2772/75.

Ley 20.771, afirmaba que "todo drogadicto es potencialmente un traficante de estupefacientes; por ello es necesario que aparte de su individualización se implemente su internación forzosa para su cura". A lo cual la CSJN agregaba que el tráfico:

[...] comienza por la producción y se clausura con la compra y la tenencia por el usuario. [...] Que ello nos remite a la siguiente consecuencia de una lógica irrefutable: 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 drogas; [concluyendo que] el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico.

Cabe destacar que el condenado del caso, Ariel Colavini, había sido asesinado en la denominada "Masacre en el Pabellón Séptimo" de la cárcel de Villa Devoto⁵ dos semanas antes de la sentencia de la Corte. De tal forma, el Máximo Tribunal ratificaba la condena a prisión de una persona que había sido previamente asesinada en un hecho de violencia institucional que hoy es caratulado como delito de lesa humanidad. La acción imputada a Colavini, que dio lugar a su encierro y fallecimiento, fue llevar dos cigarros de marihuana en sus vestimentas mientras transitaba por una plaza de la localidad bonaerense del Palomar.

La vuelta a la democracia (1983) y una nueva composición de la CSJN, trajo consigo la revisión ineludible de tales conceptos mediante el antecedente "Bazterrica" (1986).⁶ En esta sentencia, la Corte analiza nuevamente la validación constitucional de la represión de la tenencia prevista en la misma norma que había sido objeto de examen en el caso "Colavini". El voto mayoritario consideró que la penalización de la tenencia con

⁵ Véase Cesaroni, C. *Masacre en el Pabellón Séptimo*, Ed. Tren en Movimiento.

⁶ Fallos de la CSJN 308:1392, del 26 de agosto de 1986.

fines de consumo era inconstitucional conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional,⁷ manifestando que:

El art. 19 CN exige que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, que no ofendan al orden y a la moral pública, es decir que no ofendan a terceros [...] Las conductas del hombre que se dirijan solo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones, siempre y cuando estos actos no trasciendan la esfera de la privacidad. [...] El Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan. El derecho a la privacidad que contempla el art.19 es un derecho inscripto en la Constitución, fundamental para la existencia de una sociedad libre.

Sin embargo, a pesar de que el fallo es emblemático en su defensa a los preceptos constitucionales y precursor en nuestra región en tal sentido, algunos de sus considerandos reflejan la retórica política y social presente en aquellos años que perdura hasta nuestros días: la asociación de "consumo-enfermedad" bajo un paradigma médico hegemónico que totaliza los consumos sin contemplación alguna de los usos no problemáticos de las sustancias ilegalizadas, manteniendo ciertos componentes del higienismo de principios de siglo y fortaleciéndose como alternativa a la prisionización por medio de tratamientos compulsivos basados en la abstinencia. Asimismo, los votos de la minoría principalmente enaltecen la doctrina de seguridad urbana mediante la asociación "consumo-delito", virando la presunción de acciones atentatorias contra la seguridad nacional hacia delitos contra la propiedad privada.

Ese mismo año, 1986, se presentó un proyecto de ley que proponía la despenalización de la conducta de posesión con fines de consumo,

⁷ Artículo 19. 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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

el cual inició un debate legislativo que perduró hasta la sanción de la Ley 23.737 en el año 1989 —vigente en la actualidad—. Debate que estuvo atravesado por la reciente firma de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1988, que sugería a los Estados la penalización de la posesión de sustancias con fines de consumo "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (art. 3o., inc. 2o.). Cabe destacar que la CSJN, como hemos visto, ya se había manifestado respecto de la inconstitucionalidad de tal represión en el fallo "Bazterrica", por lo cual no ameritaba hacer lugar a la sugerencia internacional.

Sin embargo, el Congreso Nacional revirtió las mociones despenalizadas que provenían del reciente antecedente de la CSJN y ratificó la sanción de la tenencia para consumo personal con la pena de un mes a dos años de prisión. Para entender los motivos de tal circunstancia histórica, en lo sucesivo aportaremos algunos de los argumentos sostenidos en el debate parlamentario que dio lugar a la sanción de la ley.⁸

II. Debate parlamentario de la Ley 23.737 (1986-1989)

La Cámara de Diputados de la Nación fue el órgano en donde se logró revertir los criterios despenalizadores que se desprendían del fallo "Bazterrica", de la media sanción de la Cámara de Senadores y del dictamen de minoría surgido en las Comisiones de Drogadicción y Legislación Penal. El argumento principal para ratificar la penalización de la tenencia para consumo, luego de que la CSJN había establecido su inconstitucionalidad tres años antes, es el agregado de las "medidas curativas y educativas"⁹ como supuesta alternativa a la pena de prisión. Agregaremos

⁸ Disponible en: «https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_20001_24000.html».

⁹ Posibilidad de desviar el proceso hacia una "medida de seguridad" curativa (en caso de ser "dependiente") o educativa (en caso de ser "principiante o experimentador").

aquí algunos extractos del hilo argumental sostenido en el debate a tal fin.

El diputado por el Partido Renovador de Salta, Jorge Folloni, analizando las sentencias de la CSJN reseñadas hasta el momento, manifestó respecto del debate sobre la figura de tenencia para consumo personal, que:

[...] es del caso leer con detenimiento algunos de los fundamentos de nuestro alto tribunal, quien destaca 'En el caso de los adictos el encarcelamiento carece de razonabilidad [...] la sanción penal per se es insuficiente cuando no va acompañada de una terapia seria y medidas de rehabilitación. Por eso es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento'. Aquí, precisamente, radica el acierto del proyecto que consideramos, pues no se limita ni mucho menos a considerar al consumidor como un mero delincuente sino que lo trata verdaderamente como lo que es: un enfermo al cual debe brindarse la posibilidad de rehabilitación y a quien se debe conminar para que se preste a ese proceso médico. [...] Una interpretación funcional, constructiva y armónica del pensamiento de nuestro tribunal supremo lleva a la conclusión de que el derecho a la privacidad no puede obligar a nuestra comunidad a aceptar conductas aberrantes desde el punto de vista social.

El mismo análisis se desprende del informe del dictamen de mayoría, el cual agrega que:

Los integrantes de las comisiones, conscientes de su responsabilidad en cuanto su función indelegable del Poder Legislativo para establecer las políticas criminales, con anterioridad al pronunciamiento de nuestro más alto tribunal habían comprendido que la pena no podía ser la única solución sin otra alternativa válida, criterio que de alguna manera recoge la Corte cuando sostiene la necesidad de armonizar el castigo con la posibilidad de estructurar un conjunto racional de medidas y acciones tendientes a

la cura, rehabilitación y reinserción social del adicto [...] No parece justo ni razonable admitir la supremacía de las conductas individuales a ultranza.

Cabe destacar que la Corte en ningún momento había sugerido alternativas a la prisionización que signifiquen medidas de tratamiento compulsivo a cambio del establecimiento de la pena de prisión, lo cual resulta extorsivo e inconstitucional. Sin embargo, el criterio de supuesta integridad que proponía el proyecto hacía conjeturar su encuadre dentro de lo sentenciado por el Tribunal Supremo a fin de ratificar la penalización de la tenencia.

A ello, el dictamen de mayoría agrega la teoría del eslabón, la insignificancia de la cuantía de sustancias en posesión, la defensa social como valor a reconsiderar y la función disuasoria de la pena, al afirmar que:

Las comisiones han entendido, al fijar la política criminal respecto de los afectados por el consumo de estupefacientes, que estos constituyen el último eslabón del tráfico ilícito de estupefacientes [...] Afirmamos que el derecho a la intimidad, una de cuyas características indubitables es su relatividad, no puede ser sostenido como valor absoluto. La condición de droga ilícita no puede neutralizarse en ninguna de las etapas, más allá de su cuantía, sino a riesgo de desproteger otro valor jurídico que, en esta interpretación, se privilegia: el de la salud pública. Mantener la incriminación como protección social a fin de que la norma, operando como preventora general, disuada nuevas conductas es nuestra voluntad legislativa.

A su vez, el mismo dictamen adjetiviza las posturas despenalizadoras de la posesión como "perimidadas", a pesar de que era el criterio vigente del Máximo Tribunal de la Nación para entonces, y responsabiliza a las personas que consumen por la propagación de "nuevas enfermedades". En tal sentido, afirma que:

[...] quienes piensan que la tenencia de drogas para su uso es un problema que depende de la libertad personal, están sosteniendo una *tesis ya perimida* frente a los daños personales, familiares y sociales que genera el consumo de drogas, afectando un valor que jurídicamente debe protegerse, cual es la salud pública, máxime cuando en *los medios de usos se encuentra una de las causas de contagio de nuevas enfermedades* [...] Se destacan fundamentalmente los dos extremos de la problemática que se plantea: atacar el tráfico ilícito de estupefacientes en su fuente y curar al último eslabón del mismo que es el consumidor final sea este adicto o experimentador, con un reproche penal cuando su indiferencia o falta de voluntad revele la necesidad de pena [las cursivas son nuestras].

El diputado por el Partido Autonomista de Corrientes, Carlos Contreras Gómez, reiteró algunas consideraciones respecto del bien jurídico que se pretendía proteger con la penalización de la tenencia y cuestiones relacionadas a la abstracción del peligro de tales conductas:

Al reprimirse la tenencia de estupefacientes *el bien jurídico protegido no es la integridad física y psíquica del individuo, sino la salud pública*, que se lesiona con el hecho del vicioso y sus malas consecuencias para ese consumidor particular [...] El vicioso es —así suele ser— un medio de difusión del vicio, excediendo este peligro el ámbito de las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados. Se trata de un delito de peligro abstracto que se consuma con la realización de la conducta definida en la norma, sin necesidad de que realmente se haya puesto en peligro a la sociedad y menos que se haya producido un resultado [las cursivas son nuestras].

En este resumen de las posturas aportadas por quienes firmaron el dictamen de mayoría, cabe destacar, finalmente, lo dicho por la diputada por la entonces Capital Federal, Florentina Gómez Miranda:

En Estados Unidos la drogadicción es un problema grande. Allí no solo se legisla respecto de la cuestión, sino que se especifican los

tratamientos rigurosos a los que deben ser sometidos los drogadependientes. En esa dirección va el mundo, la humanidad se dirige hacia la defensa a ultranza de la salud pública, que es un derecho social al que no se le puede oponer ningún derecho individual, por importante que sea [...] La tenencia para uso propio es tenencia lisa y llana. Se trata de tenencia para drogarse y no podemos quedar impasibles ante este hecho. No le podemos decir a ese individuo que se siga drogando, que a la ley no le importa, porque no lo entiende.

Por su parte el dictamen de minoría, entre otras objeciones, planteaba que de acuerdo con lo dicho por la CSJN en "Bazterrica" era deber del Legislativo despenalizar la figura de tenencia para consumo. Sin embargo, como contrapartida, agravaba la escala penal de la tenencia simple que en el dictamen de mayoría se mantenía con la pena de uno a seis años de prisión al igual que la Ley 20.771. Para ello, la minoría proponía la fórmula siguiente: "[s]erá penado con pena de prisión de dos a diez años el que ilegítimamente tuviere en su poder estupefacientes. No es punible la tenencia de estupefacientes para el propio consumo inmediato, cuando por su cantidad y el modo no hayan puesto en peligro la salud de terceros".

Asimismo, este dictamen rechazaba los tratamientos compulsivos a cambio de la pena de prisión, considerando que "[...] no es posible, sino vulnerando preceptos constitucionales, imponer un tratamiento de forma coactiva, además de considerar que el éxito de cualquier terapia que se intente está condicionado al grado de afectación y participación del sujeto, que evidentemente no se logrará realizándola sin el concurso de su voluntad, convirtiéndose de esa manera en una mera pena accesoria".

Luego de un extenso debate surgido entre las contraposiciones de ambos dictámenes, la mayoría de la Cámara de Diputados logró ratificar la penalización de la tenencia para consumo y devolver el proyecto de ley al Senado con tal modificación. El debate del día 21 de septiembre de 1989 en el Senado de la Nación, redundó en una extensa confrontación entre

las posiciones despenalizadoras y criminalizantes de la posesión, que culminó cuando una mayoría decidió ratificar finalmente el criterio proveniente de la cámara baja y sancionar la actual ley 23.737 que penaliza la conducta de la forma siguiente:

Artículo 14. Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. 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.

El presidente provisional del Senado, Eduardo Menem, a fin de avalar la postura criminalizante y los tratamientos compulsivos de las personas que usan drogas, dijo:

Cuando se indica que el consumidor es un enfermo la expresión debe tomarse con cierta relatividad o se debe advertir que, en cierta forma, se trata de un "enfermo contagioso", y a éstos, algún tipo de medida hay que aplicarles, tales como de tipo asegurativo o curativo que tiendan a segregarlo mientras se encuentran en ese estado de contagio. Por lo expuesto, considero muy correcta la aplicación de estas medidas de seguridad, con la aclaración de que se va a tratar de corregirlo o readaptarlo mediante esa internación que está prevista en la disposición legal. Desde luego si no cumple viene el reproche penal, se va a transformar en la aplicación de una pena que reprima la culpabilidad delictiva, mientras que anteriormente nos referíamos a la peligrosidad delictiva, es decir se trata de un sujeto peligroso que no podemos dejar circular libremente.

Ese mismo año se creó la entonces Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR),¹⁰ organismo que se constituyó como el principal defensor de los postu-

¹⁰ El 12 de enero de 2017, mediante Decreto núm. 33/17, se cambió de nombre a Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas.

lados criminalizantes, abstencionistas y compulsivos. Tan es así que su primer secretario fue Alberto Lestelle, quien presidía la comisión de Drogadicción de la Cámara de Diputados al momento de la sanción de la ley y fue una de las voces impulsoras de tales postulados. Años más tarde, el principal autor de la ley y presidente de la Comisión de Legislación Penal al momento de aquella sanción normativa, Lorenzo Cortese, asumió la secretaría del organismo por disposición del presidente Fernando de la Rúa (año 2000).

III. Nueva intervención de la Corte Suprema (1990)

Vigente la Ley 23.737, una nueva composición de la CSJN emitió el fallo "Montalvo"¹¹ en 1990, avalando por voto de la mayoría y con expresa mención a la jurisprudencia sostenida en el caso "Colavini", la validez constitucional de la punición de la tenencia para consumo personal.

En tal sentido, el Máximo Tribunal sostuvo argumentos de defensa social intentando concluir el debate, al decir:

Que la diversa interpretación efectuada por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20.771, provocaron inseguridad jurídica y fue esa circunstancia, junto con el avance de la drogadicción, lo que determinó al legislador de la ley 23.737 a establecer como conducta delictiva, la tenencia de estupefacientes en escasa cantidad, inequívocamente destinada al uso personal, con lo cual ya no corresponde realizar evaluaciones sobre el tema y llegar a un casuismo, no querido por la ley ni por la sociedad, la que espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud y seguridad públicas.

Asimismo, la Corte sostuvo un criterio pandémico algo novedoso respecto del consumo de sustancias ilegalizadas, al argumentar que "[...] el

¹¹ Fallos de la CSJN 313:1333.

efecto contagioso de la drogadicción y la tenencia a contagiar de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de los drogadictos no quedan encerradas en su intimidad, sino que se exteriorizan en acciones".

Respecto al principio de lesividad, la CSJN consideró la validez de los delitos sin lesión y la teoría del eslabón, afirmando que "[...] al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante hormiga, y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva".

Cabe destacar que el contexto político local estaba signado por la reciente aprobación de la Ley 23.737, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 y la asunción al gobierno nacional de Carlos Saúl Menem, cuya política exterior demostraba un alineamiento inmediato con los mandatos de la potencia hegemónica y sus intereses geopolíticos en un contexto estadounidense atravesado por campañas abstencionistas del estilo *Just Say No*. La guerra contra las drogas era una de las excusas predilectas de contexto para la intervención geopolítica en diversas soberanías nacionales, con principal protagonismo de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y el *United States Southern Command* (USSOUTHCOM). Tal fue la sumisión argentina a estos postulados, entre otros, que el entonces canciller nacional Guido Di Tella explicó en un encuentro con las máximas autoridades del Banco Interamericano de Desarrollo, en Washington, la política exterior que Argentina quería mantener con los Estados Unidos: "No queremos tener relaciones platónicas: queremos tener relaciones carnales y abyectas".¹²

¹² Alcántara, M., García Montero, M., Sánchez López, F. (Coords.), *Relaciones internacionales: Memoria del 56o. Congreso Internacional de Americanistas*. Ed. Universidad de Salamanca, 2018.

No menos escandalosa fue la conformación de la CSJN que sentenció el caso, luego de que el presidente Menem lograra elevar el número de sus miembros a fin de obtener lo que por entonces se denominó "mayoría automática" en el voto de sus sentencias. Éstas reflejaban tal grado de sumisión y falta de independencia respecto del Poder Ejecutivo que cierta literatura política denomina a dicha composición "La Corte menemista". Tan es así, que el presidente del tribunal por entonces, Julio Nazareno, fue socio de Eduardo Menem, hermano del presidente, en el estudio jurídico que poseían en la provincia de la Rioja.

En tal sentido, cabe destacar que la mayoría de esta Corte respondía a la filosofía o ideología prohibicionista, abstencionista y criminalizante respecto de los consumos de sustancias ilegalizadas, cuya cadena de mando hacía escala en el Poder Ejecutivo Nacional para llegar finalmente a su principal fuente de direccionamiento con base en los intereses geopolíticos de la potencia del norte.

Tal situación perduró cuando menos hasta el año 2003, atravesando sin cambios sustanciales el mandato del presidente Fernando de la Rúa (1999-2001), hasta que la asunción del presidente Néstor Kirchner impulsó el juicio político de cinco de los integrantes del Tribunal Supremo, quienes renunciaron o fueron encontrados culpables de los cargos por los que se los acusaba. Dichos cargos versaban principalmente en su mal desempeño en causas ligadas a hechos de corrupción y delitos económicos en las cuales la Corte había beneficiado a empresas y familias relacionadas históricamente al poder político, pero a las cuales se podría haber sumado el fallo "Montalvo", entre otros, por su escandalosa afrenta a los principios constitucionales y democráticos.

La nueva composición de la CSJN a partir del año 2003, marcó el comienzo de una era en donde el Máximo Tribunal se abocó al tratamiento de diversas causas de derechos humanos con una visión progresista en materia penal, en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables ("Verbitsky" Fallos: 328:1146); la revi-

sión del fallo condenatorio en causas penales ("Casal" Fallos: 328:3399); el derecho de los menores en conflicto con la ley penal ("Maldonado" Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias ("Tufano" Fallos: 328:4832); el alcance de la garantía de imparcialidad ("Quiroga" Fallos: 327:5863, "Llerena" y "Dieser" Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); la defensa en juicio ("Benitez" y "Noriega" Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ("Barra" Fallos: 327:327); las precisiones sobre el concepto de peligrosidad ("Gramajo" Fallos: 329:3680); el derecho de las víctimas ("Santillán" Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel" Fallos: 327:3312; "Simón" Fallos: 328:2056 y "Mazzeo" Fallos: 330:3248), entre otros. En tal contexto, surge la sentencia del caso "Arriola".

IV. El fallo "Arriola" (2009)

El 26 de febrero de 2006 la policía federal argentina realizó el allanamiento de una propiedad situada en Rosario, Provincia de Santa Fe, en donde se constató la venta de sustancias ilícitas al menudeo. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal número 2 de Rosario rechazó las nulidades interpuestas por las defensas, condenando a las tres personas procesadas por la venta de estupefacientes a penas de prisión entre dos a seis años. Entre tales personas se encontraba Sebastián Arriola quien recibió la pena más alta como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la pena de seis años de prisión. En tal sentido, el reconocido fallo "Arriola" lleva en sí el nombre de la persona que fue condenada por tales delitos y su pena quedó firme al desistirse el recurso presentado ante la CSJN.

La relevancia de la sentencia radica en lo dicho por el tribunal respecto de otras cinco personas que fueron encontradas en las inmediaciones de la propiedad allanada, con tenencia de cannabis para su propio

consumo que presuntamente había sido comprada en el lugar donde Arriola, junto a las otras personas condenadas a penas menores, que se dedicaban al comercio de la sustancia. Los consumidores tenían en su poder entre uno y tres cigarros de cannabis.

El Tribunal Oral rechazó los planteamientos de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 y condenó a tales personas a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional, imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta: 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; y, 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes.

En todos los casos sustituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la Ley 23.737,¹³ dando intervención a ese efecto al juez de ejecución penal.

Según la defensora oficial de uno de los defendidos del caso, Matilde Bruera:

[...] fue una estrategia de la defensa pública comenzar a plantear masivamente la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo, porque previamente había otra estrategia que era pedir la 'probation'¹⁴ [...] Pero la probation también es una forma de pena, porque se obliga a una persona a estar durante dos años estigmatizada y haciendo una tarea comunitaria. Entonces la defensa pública decidió cambiar de estrategia, lo cual fue muy

¹³ Artículo 21. En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine [...] Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

¹⁴ La *probation*, también conocida como suspensión del juicio a prueba, es un recurso judicial que se emplea para la resolución alternativa de los conflictos penales sin la realización del juicio y estableciendo determinadas pautas de conducta que una vez cumplidas por la persona procesada y transcurrido el plazo de suspensión, la eximen de la sanción penal.

positivo pensando que no hay ningún riesgo porque en el camino se prescriben. Como dice un amigo mío la justicia penal es lenta, gracias a Dios [...] Cuando se resuelve la causa 'Arriola' había cinco o seis causas nomás que habían llegado a la Corte, de todas en las que se había planteado la inconstitucionalidad.¹⁵

El juez Eugenio R. Zaffaroni retomó ello en su voto particular del fallo "Arriola":

[...] el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que habían alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que, en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo [...] No obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal [...] Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial [considerandos 18 y 19 de su voto particular].

En ese entonces, la Cámara Nacional de Casación Penal rechazaba los recursos presentados y reafirmaba la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal, remitiéndose al antecedente "Montalvo" de 1990. En el recurso de casación, la defensa del caso se

¹⁵ Exposición de Matilde Bruera en el evento "A 10 Años del Fallo Arriola", Senado de la Nación Argentina. 20 de agosto de 2019. Disponible en: «<https://www.youtube.com/watch?v=LDIS6UBgNy0>».

agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso "Bazterrica".

El planteamiento de la defensa agregó que si bien la postura de los tribunales de primera instancia y Casación hacía pie en el precedente "Montalvo", la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto, consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la Ley 23.737, demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se pretendía obtener persiguiendo a las personas que poseen sustancias para consumo personal.

En su voto unánime, la CSJN retomó los considerandos vertidos en el caso "Bazterrica" y principalmente el voto del doctor Enrique Petracchi en tal sentencia, quien intervino como juez del caso "Arriola" veintitrés años después —remitiéndose a aquellos considerandos—. La Corte señaló respecto del transcurso del tiempo que:

[... han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad [...] La extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido [...], pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales [considerando 14].

Para sustentar ello, la Corte citó informes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) que indicaban que Argentina había cobrado importancia como país de tránsito en el tráfico transnacional, que se había detectado cierta fabricación local de productos derivados de la cocaína y que nuestro país lideraba el ranking latinoamericano de estudiantes secundarios que consumían pasta base de cocaína, a la vez de registrarse un aumento en el consumo de otras sustancias como éxtasis, opiáceos, cannabis, anfetaminas e importación de precursores químicos. Por su parte, se citaron informes locales que revelaban un aumento sostenido en el consumo de psicofármacos sin prescripción médica, de solventes e inhalantes (considerando 15). El presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti, dijo sobre este punto que "[l]o que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos" (considerando 19 de su voto particular).

Mientras que el juez Fayt, quien había votado en sentido contrario en el antecedente "Montalvo", o sea, validando la legitimidad constitucional de la represión del delito de posesión para consumo, cambiaría su criterio:

Que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descrita por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger [...]. Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana¹⁶ [considerando 12 de su voto particular].

[Agregando que se] revela la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir

¹⁶ En otro considerando aplicará la misma adjetivación, al decir "Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión" (considerando 20 del voto particular del juez Fayt).

penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico. De tal modo, ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor [considerando 15 de su voto particular].

El magistrado citó un informe del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías que reafirma la ineficacia de la amenaza de sanción penal como función disuasoria de los consumos, al afirmar que:

Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal [...] Al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal" [considerando 27 de su voto particular.]; y que "no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra [considerando 30 de su voto particular].

Cabe destacar una circunstancia histórica que rescata la CSJN a fin de argumentar su cambio de postura respecto del antecedente "Montalvo": la reforma constitucional de 1994, que incorporó los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), reconociendo la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos sin atenerse al principio de soberanía ilimitada de las naciones.

En tal sentido, el debate jurídico plasmado en "Bazterrica" y "Montalvo" había sido llevado a cabo con anterioridad a tal reforma, la jerarquización constitucional de los derechos que se desprenden de aquellos instrumentos y la adopción de ciertos mecanismos de protección convencional (considerando 16).

Entre tales derechos, la Corte basó su decisión principalmente en el derecho a la privacidad establecido en la Constitución Nacional, reforzado con la jerarquización de los instrumentos internacionales mencionados. Este derecho que "impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada" (considerando 17), tiene estrecha relación con el principio de autonomía personal recogido en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que la CSJN hizo propia en su argumentación. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, se dijo que:

[...] el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones [párrafo 10 del voto del juez Sergio García Ramírez].

Además, el juez Fayt agregó que: "[s]e trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc." (considerando 17 de su voto particular).

El mismo magistrado incluyó el derecho a la salud como uno de los derechos incorporados explícitamente por la reforma constitucional y cuya protección viene a fundamentar la existencia de las leyes de drogas.

Sin embargo, luego de hacer una ardua crítica a la ineficacia e inconstitucionalidad de las medidas criminalizantes de los consumos, concluyó diciendo que "[n]o puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud" (considerando 24 de su voto particular).

Y sumó uno de los argumentos de mayor relevancia a la sentencia analizada:

[...] no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado —cuando no incoherente y contradictorio— de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada [...]. Resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario —escudado en la ajenidad del problema— parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas [considerando 26 de su voto particular].

Por su parte, Zaffaroni señaló al respecto "[q]ue el procesamiento de usuarios —por otra parte— se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación" (considerando 20 de su voto particular).

Recordemos que uno de los fines por los cuales el Poder Legislativo había determinado la penalización de la tenencia para consumo y las antiguas composiciones de la Corte la habían avalado, era el fin utilitarista mediante el cual se consideraba que la incriminación de las personas que consumen permitiría o reforzaría la investigación de actividades relacionadas con el tráfico, considerando a tales personas como un medio útil o herramienta cosificada para llegar a aquel fin. La CSJN efectuó a su análisis mediante la consideración del principio de la dignidad humana, citando su contemplación en el sistema internacional de derechos humanos. En tal sentido, la Corte señaló que

[...] tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y 'Montalvo', respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico [considerando 18].

Por su parte, el juez Fayt resaltó que además de inconstitucional, tal medida es procesalmente ineficaz, ya que "[...] cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos" (considerando 29 de su voto particular).

El juez Zaffaroni volvió sobre el punto, afirmando que:

[...] el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de pro-

visión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso [considerando 21].

El tribunal retomó la consideración estereotipada que primó en las legislaciones y sentencias pasadas respecto de las personas que consumen (*enfermo-delincuente*), contradiciendo ello mediante la noción de víctimas y su revictimización mediante el ejercicio del poder punitivo. En tal sentido la Corte dijo que "[n]o hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización" (considerando 19).

Unos de los puntos más trascendentes del fallo tal vez sea su oposición a la legitimación constitucional de los delitos de peligro abstracto y al derecho penal de autor, contradiciendo lo sostenido por la mayoría parlamentaria que aprobó la Ley 23.737 y el aval manifiesto de la antigua composición de la Corte en la sentencia "Montalvo". En tal sentido, la Corte recordó:

[...] [q]ue la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que 'La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos [...]' [CIDH, Serie C No. 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005] [considerando 2].

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo citó un precedente propio en el cual sostuvo que:

[...] [e]n un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad [...] [Caso "Gramajo —Fallos: 329:3680— y en sentido coincidente "Maldonado" —Fallos: 328:4343—] [considerando 20].

Cabe destacar la indistinción que realizó la Corte en tal considerando respecto de las medidas de seguridad, lo cual puede ser análogamente entendido respecto de aquellas que se propusieron en el debate parlamentario como supuestas alternativas a la prisionización a fin de salvaguardar infructuosamente la constitucionalidad de la norma. Más aún cuando el carácter de compulsividad extorsiva de las mismas (tratamiento por pena, bajo la obligación de "curarse"),¹⁷ no resiste validación convencional alguna. Sobre el punto, posteriormente la CSJN señaló:

Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculpado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los

¹⁷ El juez Fayt resumiendo las normas en juego dirá que "En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez —y por una única vez— por una medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario" (considerando 10 de su voto particular).

medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha [considerando 26].

A lo cual, el juez Fayt agregará en su voto particular que:

[...] en tanto a quien se encuentra ante esta problemática (medida curativa), o bien, como en el caso, el tribunal de mérito califica como simple principiante o experimentador (medida educativa), se lo somete a la invasión de su persona y su intimidad [considerando 18 de su voto particular]; es claro que la pena de prisión que está prevista ante el fracaso de las medidas que, por excepción, incluyó la ley 23.737 no puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud. Por el contrario, la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial [...] se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro [considerando 27 de su voto particular].

Finalmente, sobre la peligrosidad del autor y su relación con la criminalización de personas que consumen drogas, la Corte dijo que "[a]quellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor con base en la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo con base en la peligrosidad" (considerando 20).

El entonces presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti, afirmó en su voto particular que "[n]o cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad [...] La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros" (considerando 11-C y D de su voto particular).

Cabe destacar que el magistrado brindó una interpretación amplia del concepto de libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal, al señalar que "[n]o se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea" (considerando 11-A de su voto particular).

Con tal criterio amplio de la libertad personal y requisito ineludible de afectación concreta de derechos de terceras personas, diversos tribunales inferiores han aplicado análogamente lo dicho por la Corte en "Arriola" para absolver casos en donde el consumo de sustancias se produjo en un ámbito público sin que pueda presumirse *per se* aquella afectación externa u "ostentación". Ello resulta relevante ya que se aparta de un criterio restringido de privacidad que exonera tales conductas siempre y cuando se realicen en contextos de "intimidad" (doctrina de las cuatro paredes), desconociendo que algunas personas no cuentan con un ámbito íntimo para realizar sus consumos (personas en situación de calle o expulsadas de sus ámbitos hogareños motivo del consumo, por ejemplo).

La jueza Carmen Argibay agregó al respecto la noción de delito sin víctima al afirmar que:

La prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, *ninguna referencia o precisión sobre quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes* o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas. Más aún, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo [...] *la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable*. Es precisamente este tipo de *justificaciones paternalistas o perfeccionistas*, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio

sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional [considerando 11-b y 13 de su voto particular. Las cursivas son nuestras].

Como hemos visto, otros de los puntos cruciales del debate parlamentario fue la jerarquización de determinados bienes o valores colectivos por encima de los derechos individuales. Más allá de que la Corte reconozca en su fallo la posibilidad que brindan los instrumentos internacionales de "establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como 'bien común', 'orden público', 'utilidad pública', 'salubridad pública' e 'intereses nacionales'", el tribunal recuerda que:

[...] sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que [...] de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [considerando 21].

Punto seguido la Corte recepta el principio *pro homine* consagrado en el derecho internacional,¹⁸ mediante el cual:

siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (Corte IDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio 'pro homine' resulta más compatible con la posición de la Corte en 'Bazterrica' que en

¹⁸ Cita el artículo 5o. del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

‘Montalvo’, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva [considerando 22].

Saliendo del sistema internacional de protección de derechos humanos, para adentrarse en los instrumentos internacionales de fiscalización de sustancias ilícitas signados por el país, luego de resumir los postulados que dicho sistema exige en términos de reducción de la oferta, también recuerda que en lo referente a la contención de la demanda se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que las personas con consumos problemáticos reciban tratamientos interdisciplinarios adecuados. Recordatorio de vital importancia en un país históricamente signado por las políticas demagógicas e ineficaces de represión de la oferta y los consumos, en donde más de 95% de los recursos en materia de drogas ilícitas se involucran a tal finalidad, desconociendo la obligación estatal primaria e indelegable en el tratamiento y prevención de las adicciones. El juez Fayt en su voto exigió un redireccionamiento de "los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades" (considerando 29 de su voto particular).

Respecto de las conductas que la legislación internacional exige que sean reprimidas mediante sanciones penales, la Corte afirmó taxativamente que:

Ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal. En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda ‘a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico’¹⁹ [considerando 25]. Nuestro país, en base a la interpretación que

¹⁹ Cita el artículo 3o., inciso 2o., de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; y artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes.

aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor [considerando 29].

Como hemos visto al reseñar el debate parlamentario que dio origen a la Ley 23.737, integrantes del Poder Legislativo sostenían por entonces cierto recelo respecto de la intervención de otro poder del Estado en la determinación de la política criminal, cuestionando el caso "Bazterrica" y la injerencia del Tribunal Supremo en la evaluación de la pertinencia de la criminalización de actos referidos al consumo de sustancias ilícitas. Al respecto, la Corte retomó los principios republicanos que sostienen el sistema de pesos y contrapesos (*Checks and Balances* en el constitucionalismo anglosajón) entre los poderes del Estado a fin de limitarse unos a otros, evitando el abuso del poder estatal.

En tal sentido la CSJN afirmó que:

[...] si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna [considerando 31]. Las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias [considerando 34].

Finalizando, la Corte señaló que el artículo 19 de la Constitución Nacional:

[...] ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio [...] El estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial [considerando 32].

Con tal criterio, el voto unánime de la Corte declaró que el artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737:

[...] debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros²⁰ [considerando 36].

A la par de ello, la parte dispositiva agrega un exhorto a todos los poderes públicos a fin de "[a]segurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país".

²⁰ El entonces presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti, dirá en su voto particular que "El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea [...] Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional" (considerando 11-A del voto particular).

V. Conclusiones al presente (2020)

La historia jurídica de nuestro país relacionada con la criminalización de las personas que consumen drogas ilícitas mediante la tipificación de delitos relacionados con el consumo ha demostrado un constante debate doctrinario, legislativo y judicial cuya inestabilidad redundando en una afrenta a la seguridad jurídica de dichas personas que es caldo de cultivo de hechos cotidianos de violencia institucional sobre sus derechos humanos.

"Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos", señaló el juez Lorenzetti en el fallo "Arriola". Seguridad que luego de diez años de vigencia ininterrumpida del criterio judicial y una veintena de proyectos legislativos presentados a fin de despenalizar el delito de posesión,²¹ no se ha plasmado en una norma que ampare sus derechos y culmine con el dispendio absurdo de los recursos públicos que significa la represión de actos inocuos para con la seguridad urbana.²²

La tenencia de cualquier sustancia ilícita con fines de consumo, su autocultivo, la utilización en la vía pública sin afectación a terceras personas, entre otras conductas relacionadas con el mero uso de estas sustancias, al día de hoy sigue siendo objeto de la mayor de las arbitrariedades policiales y judiciales con un crecimiento en la represión en contextos de gobiernos adeptos a la demagogia punitiva.²³ La criminalización primaria legislada sobre los consumos es la excusa predilecta de las agencias

²¹ Véase Fusero, M., *Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en argentina (2009/2016)*. Disponible en: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44229-comparativo-proyectos-ley-sobre-despenalizacion-delitos-consumo-drogas-argentina>».

²² Véase Ancillai Pont, R. et al., *Costo económico en la persecución de personas que usan drogas*. RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: «<http://resetdrogas.com.ar/index.php/2019/09/22/mas-de-40-millones-de-dolares-al-ano-gasta-el-estado-en-criminalizar-a-personas-usuarias-de-drogas/>».

²³ Véase Darraidou et al., *Guerra contra el narcotráfico guerra contra los pobres*, CELS, 2019.

policiales para habilitar su poder represor en forma selectiva y violenta en su ejercicio del control social sobre los grupos históricamente vulnerados.

El criterio judicial, aunque proveniente de la Corte Suprema de la Nación, no quita vigencia a la norma, ni la modifica ni obliga al Poder Legislativo a ello, conforme nuestro régimen constitucional. Diez años de vigencia del antecedente "Arriola" demuestran el mero poder simbólico de la sentencia sin una modificación legislativa que haga lugar a su declaración de inconstitucionalidad.

Tampoco impide a las agencias policiales ejercer actos de criminalización selectiva, ya que se encuentran amparados en la vigencia de la norma penal y la consecuente obligación en la represión de las conductas que señala. De tal forma se da la penosa situación institucional de que la criminalización ejercida por los poderes ejecutivos sobre conductas relacionadas con el consumo convive en pacífica apariencia con su repulsa constitucional conforme lo establecido por el criterio del Máximo Tribunal. Un ejemplo de inseguridad jurídica y contradicción institucional por excelencia.

Debe comprenderse que la criminalización de las personas que consumen comienza desde el allanamiento de sus moradas, la detención y requisa en la vía pública, procesos de extorsión policial, la estigmatización social, familiar y laboral, el eventual paso por el encierro, la necesidad de obtener una defensa idónea, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sujeto a la justicia criminal, para finalmente someterse a la eventualidad de que el sistema punitivo considere sus actos previstos bajo el criterio del Máximo Tribunal u opte por apartarse del mismo bajo razones impredecibles que suelen estar relacionadas con consideraciones moralistas, perfeccionistas, clasistas o de aversión racial. La importancia no radica en la culminación del proceso y sus condenas, que son escasas, sino en aquella excusa de intervención punitiva masiva en acciones amparadas por el

derecho convencional. Aunque al final del proceso el Poder Judicial pueda aplicar el antecedente jurisprudencial, el daño ya está hecho. Es por ello que, a pesar de la existencia del antecedente, el cambio legislativo se presenta como ineludible para aplacar las ansias represoras de otros estamentos institucionales.

El débil e ineficaz sistema de control de constitucionalidad difuso que rige en nuestro país, ni siquiera obliga a los juzgados inferiores a seguir el criterio establecido por el Máximo Tribunal, pudiendo desoir legítimamente el mismo. En una reciente exposición pública en el Senado de la Nación, el por entonces juez de la CSJN y actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio R. Zaffaroni, afirmó al respecto:

¿Por qué razones el fallo 'Arriola' no ha tenido el efecto que pensábamos o deseábamos sobre la política en materia de tóxicos? Nosotros tenemos graves defectos institucionales que nos vienen desde nuestra Constitución histórica y que no hemos corregido. Nuestra Constitución histórica pretendió copiar la Constitución de Estados Unidos en cuanto a control de constitucionalidad y la arruinamos. Hay dos sistemas de control de constitucionalidad en el mundo, aunque el nuevo aparece con posterioridad a nuestra Constitución de 1853/1860: un control difuso y un control centralizado. El modelo difuso de control es el modelo que proviene de los Estados Unidos, en el que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley. Pero en los Estados Unidos eso va subiendo en instancias hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia. Y la Suprema Corte de Justicia en los Estados Unidos cuando decide que una ley es inconstitucional o que una norma es inconstitucional, esa jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces de todas las instancias de todo el país. Es el principio del 'Stare decisis', es decir 'estar a lo decidido'. Nosotros no tenemos este principio. Nuestro control de constitucionalidad es muy débil; sumamente débil. Yo creo que en algún momento, así como nuestra Corte Suprema asumió pretorianamente, sin

que ninguna ley se lo diga, la competencia para anular lo que se llaman 'sentencias arbitrarias', creo que también pretorianamente un día, por razones de orden y seguridad jurídica, tendría que asumir el 'Stare decisis'. Mientras no lo haga, pasa lo del fallo 'Arriola': simplemente la ley no se aplica en ese caso y nada más. Y cada juez sigue sosteniendo la posición que quiere, lo cual continúa siendo anárquico. La ley sigue vigente, los jueces la consideran constitucional o inconstitucional como gusten y hay que llegar de nuevo a la Corte Suprema.²⁴

En su empecinada vocación paternalista por imponer una moral disfrazada de salud pública, el derecho se transforma en dogma religioso y el Estado en un ente inmoral. El fallo "Arriola" nos recuerda que el Estado no puede establecer una moral sino garantizar un ámbito de libertad moral en el que cada habitante elija su plan de vida, siempre y cuando el mismo no interfiera ilegítimamente derechos de terceras personas. Es el límite entre un Estado constitucional de derecho y el totalitarismo.

Este basamento de la conformación política de nuestro país, contemplado desde el Estatuto Provisional de 1815 y sustanciado en el artículo 19 de la Constitución Nacional desde 1853, nos interpela respecto de las libertades que nos faltan reconocer como república y democracia luego de doscientos años.

²⁴ Exposición de Eugenio Raúl Zaffaroni en el evento "A 10 Años del Fallo Arriola", Senado de la Nación Argentina. 20 de agosto de 2019. Disponible en: «<https://www.youtube.com/watch?v=LDIS6UBgNy0>».