

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

Coordinadora:
ADRIANA MURO POLO



DERECHOS
HUMANOS



**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

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

3. Política de drogas, autonomía y libertades civiles: Los aportes del fallo Bazterrica

Ileana Arduino*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos antecedentes del contexto precedente y su impacto legislativo. III. El criterio en torno a la penalización según la Corte Suprema del gobierno de facto. IV. Apuntes necesarios para comprender el debate constitucional: acerca del artículo 19 de la Constitución Nacional. V. La recepción jurisprudencial de la criminalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal: el fallo Colavini. VI. Con la democracia, cambió la Corte y llegó Bazterrica. VII. Algunas notas sobre el caso y su llegada a la Corte. VIII. El fallo en cuestión. IX. Los destacados del voto del juez Petracchi de cara a los debates pendientes. X. Cuando la primavera democrática llegó a su fin: el retorno punitivo con el caso "Montalvo". XI. A modo de conclusión.

I. Introducción

En este trabajo se hará referencia a la decisión que tomó en 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Bazterrica".¹ Se trata de un pronunciamiento relevante por el sentido de la decisión en tanto declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal, porque afecta la libertad, autonomía y privacidad de las personas (art. 19 CN.), pero también por el contexto histórico y político. Apenas tres años antes se iniciaba el proceso de recuperación de la democracia tras siete años de dictadura y terrorismo de Estado.

* Abogada con orientación en derecho penal por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Integrante de RESET-Política de Drogas y Derechos Humanos. Coordinadora del Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal de INECIP. Fue Directora de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa de la Nación (2006-2010) y Secretaria de Políticas de Prevención y relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación (2010-2012). Actualmente es Secretaria letrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

¹ "Bazterrica, F" *fallos* 308: 1392, resolución del 29 de agosto de 1986. En la misma fecha la Corte resolvió también el caso "Capalbo" para lo cual se limitaron a remitirse a los fundamentos dados en el primero aquí mencionado.

En Argentina, el sistema de justicia ejerce un control de constitucionalidad difuso,² es decir, se deposita en cada juzgado de la estructura judicial (local o federal) del país la tarea de efectuar dicho control, pero el alcance del pronunciamiento se limita al caso concreto en que se decide. Aun así, la jurisprudencia de la Corte suele ordenar criterios mediante la adopción por los tribunales inferiores. Según veremos, el criterio de este fallo duró poco y ya en 1990 la Corte sostuvo la constitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal, en el caso "Montalvo", volviendo a los criterios que la Corte había fijado en plena dictadura a partir del caso "Colavini".³

Analizado retrospectivamente, más allá de la fugacidad de su vigencia, a casi 35 años de aquella decisión merece ser revisitada por su conexión con el caso "Arriola"⁴ dictado 25 años después. Pero también es justo decir que, así como "Bazterrica" puede ser considerado un ejemplo de decisiones de carácter liberal centrado en la primacía de ciertas libertades individuales, en la relación con el poder estatal, también compartía presupuestos con los fallos de la dictadura que luego fueron retomados por la mayoría en 1990 en el caso "Montalvo".⁵ Esto es, a cierta impronta patologizante, una asociación casi total entre uso de drogas y enfermedad, del consumo como sinónimo de patología y de las drogas como sinónimo de flagelo o peste, entre otras. Se trata más bien de una continuidad apoyada en la persistencia de presupuestos políticos e ideológicos con que se asumieron en el ámbito judicial, los distintos climas políticos locales e internacionales en torno al tema, la relación entre las drogas y las personas.

² Conforme la doctrina sentada en los casos "Sojo, Eduardo", *fallos* 32:120, resolución del 20 de septiembre de 1887 y "Municipalidad de la Capital c/Elortondo", *fallos* 33:162, resolución del 31 de octubre de 1884.

³ "Colavini" *fallos* 330:254, decisión del 28 de marzo de 1978.

⁴ "Arriola" *fallos* 332:1963.

⁵ "Montalvo" *fallos* 313:1333.

Para dar cuenta de esto, antes de ingresar al fallo, se harán referencias al contexto político, normativo y jurisprudencial precedente, a efectos de comprender mejor el impacto de la decisión.

II. Algunos antecedentes del contexto precedente y su impacto legislativo

Durante el gobierno del general Onganía, que había llegado al poder mediante un golpe de Estado,⁶ se introdujo una reforma al Código Penal que excluía la penalización para casos de tenencia de drogas siempre que no se excediera el consumo personal. Esa reforma ocurrió en 1968 y estuvo vigente hasta 1973, año en que sancionó la Ley No. 20.509.⁷ Así fue como, en esos años, se dio una situación inédita y única desde entonces, en que expresamente se excluyó la persecución de la tenencia que no exceda el consumo personal.⁸

Al año siguiente, en 1974, se dictó la Ley No. 20.771 llamada "Régimen penal de las conductas delictivas concernientes a estupefacientes". En su artículo 6 establecía:

Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$ 100) a cinco mil pesos (\$ 5000) el que tuviere en su poder

⁶ El presidente derrocado en 1966 por ese golpe de Estado era Arturo Illia. Entonces se "inició el período bautizado por sus promotores como «Revolución Argentina» (1966-1973). Éstos pertenecían a la facción «azul» del ejército y a la aristocrática arma de caballería, fuertemente antiperonista y conservadora [...] A diferencia de otros golpes militares, aquí se hicieron cargo del Estado el conjunto de las Fuerzas Armadas a través de una Junta de Comandantes, y no determinadas facciones; de allí que las ciencias sociales los llamaran «golpes institucionales»; para más detalles véase el Atlas histórico de Latinoamérica, tomo II, capítulo UU, UNLA, disponible en: «<http://atlaslatinoamericano.unla.edu.ar/assets/pdf/tomo2/cap2.pdf>», en especial la p. 72.

⁷ Cuando el gobierno constitucional de Héctor Cámpora ganó las elecciones y llegó al gobierno el 25 mayo de 1973, inmediatamente derogó las normas de gobiernos de facto precedentes, mediante la sanción de la ley No. 20.509. Ello alcanzó la reforma que se había hecho en el año 1968 al Código Penal.

⁸ Conrad, C., Canabal, Ignacio, Ascolani, P. y Bertoni, D. (2014), *Marihuana en Argentina. Historia, rendimientos, usos industriales y sociales del cannabis sativa*, Pablo Ascolani, Editor, Rosario, Santa Fe Argentina. Ahí se explica esta disrupción liberal en el contexto de una dictadura de corte conservador y católico, con el rol protagónico en esa reforma de un jurista liberal como Sebastián Soler. Véase p. 18.

estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.
[El subrayado es propio.]

La conjunción "aunque" que aparece subrayada, definía un limbo legislativo en que había quedado la situación de la tenencia con fines de consumo personal y se resolvió inequívocamente por la respuesta criminalizante.⁹

El mensaje mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) elevó aquel proyecto de ley al Congreso de la Nación para su consideración, reúne todos los lugares comunes en los que se apoya y legitima la retórica bélica y patologizante habitual en torno a las drogas y su uso. También tuvo un peso notable la instrumentación de esta reforma en el contexto de guerra contra la llamada "subversión".¹⁰

En cuanto al primer tipo de construcción discursiva, se asigna a los consumidores la potencia de producir contagio social, por ejemplo:

Hay quienes piensan, —hace saber un informe de la Organización de las Naciones Unidas, preparado por su Comisión de Estupefacientes— que somos libres de envenenarnos como nos place, y, por consiguiente, todo esfuerzo que haga la sociedad por impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado

⁹ Para más detalles sobre antecedentes legislativos en materia de drogas en Argentina, véase Gómez, R., *La legislación penal Argentina sobre drogas. Una aproximación histórica*, V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, 2013.

¹⁰ Tomo aquí la segmentación en etapas propuesta por Corbelle, F, "La construcción social del 'problema de las drogas en Argentina 1919-2018", publicado en *Revista Ingesta*, vol. 1 núm. 1, San Pablo, Brasil, marzo de 2019, donde sostiene: "consideramos heurísticamente útil segmentar la historia reciente en seis grandes períodos: el de los precursores (fines del siglo XIX a mediados del siglo XX), el de la implementación de un modelo represivo terapéutico (desde mediados de la década de los sesenta a principios de la siguiente década), el de la "campana antisubversiva" (mediados de la década de los setenta a principios de los ochenta), el que se inicia con el retorno a la democracia (1983-1990), el que comienza en la década de los noventa y finaliza en los primeros años de este siglo y, por último, el que culmina en nuestros días", p. 15.

contra la libertad individual. Es una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no solo se destruye a sí mismo, sino que, al hacerlo así, causa perjuicio a quienes lo rodean.¹¹

Durante el debate parlamentario no se ahorraron advertencias de tipo apocalíptico señalando que la sanción de una ley de fuerte naturaleza punitiva como la que se proponía resultaba indispensable, un "antídoto" frente al riesgo cierto de desintegración social, todo con ausencia total de evidencia.

Decía, por ejemplo, el senador Frois Regis que "[e]l presente proyecto tiene un fin eminentemente social: el de proteger a nuestra comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana",¹² e incluso las defensas frente a la federalización de los delitos previstos en aquella ley se basaba en argumentaciones tales como "preservar la salud física y moral de la nación",¹³ abonando la metáfora de cuerpo social integrado por cuerpos individuales, que se pueden intervenir como medios para un postulado fin colectivo.

Por otra parte, el debate parlamentario también da cuenta de las constantes evocaciones a la dinámica amigo/enemigo exacerbadas en la época, que propiciaban para los más diversos conflictos y sin muchos matices, políticas de aniquilamiento. Bastaba con reducir todo a la categoría de "subversión", real o potencial, daba igual.

Se sostenía que la aniquilación del tráfico de drogas era un instrumento para responder a objetivos de "defensa nacional" y lucha contra la "sub-

¹¹ Inserto en el Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 19 de septiembre de 1974.

¹² Cf. *Diario de Sesiones del Senado de la Nación*, 21o. sesión ordinaria, 26 y 27 de septiembre de 1974.

¹³ Cf. *Diario de Sesiones del Senado de la Nación*, 21o. sesión ordinaria, 26 y 27 de septiembre de 1974, intervención del senador Díaz Biale.

versión" y "seguridad nacional",¹⁴ y en ese marco la persecución penal era indispensable para la preservación del individuo en todo lo concerniente a su interrelación social, lo cual constituía un "imperativo de la defensa nacional".¹⁵

Conforme la dinámica político–institucional de los países de la región, los años setenta fueron tiempos en que el pleno auge¹⁶ de la Doctrina de la Seguridad de Nacional (DSN)¹⁷ se catalizaba bajo concepciones militarizadas de los más diversos aspectos de la vida social de nuestros países, lo cual se advierte también en esta reforma. No está de más apuntar en esta reseña que apenas poco más de un año antes de la aprobación de esta ley, el 1o. de julio de 1973, el gobierno de los Estados Unidos había inaugurado la Agencia para el cumplimiento de leyes Anti–Drogas (DEA, por sus siglas en inglés).

Una de sus cabeceras regionales fue, precisamente, Buenos Aires, donde había estado basada su antecesora, la BNDD,¹⁸ más por su alineamiento con Estados Unidos que por un objetivo prioritario en materia de narcotráfico.¹⁹

¹⁴ Véase Gómez, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵ Cf. Mensaje de elevación del proyecto de ley del PEN a la HCDN, diario de sesiones 27va. Reunión, continuación de la 12o. Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados, 1 de septiembre de 1974, p. 6.

¹⁶ Se menciona como pleno auge, pues la doctrina llevaba ya más de una década desplegada en el cono sur. En Argentina fue el sustento del Plan CONINTES, un despliegue represivo dirigido a perseguir manifestaciones obreras y resistencias políticas como las del peronismo, que continuaba proscripto, dispuesto por el presidente Arturo Frondizi, mediante un decreto secreto que comenzó a ejecutarse el 13 de marzo de 1960.

¹⁷ En este sentido parece pertinente recuperar esta caracterización efectuada por Francisco Buitrago: "La Doctrina de Seguridad Nacional es una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la "ocupación" de las instituciones estatales por parte de los militares. Por ello sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los años sesenta en América Latina. La Doctrina tomó cuerpo alrededor de una serie de principios que llevaron a considerar como manifestaciones subversivas a la mayor parte de los problemas sociales" en "La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur", *Revista de Estudios Sociales*, núm. 15, junio de 2003, disponible en: «<http://journals.openedition.org/revestudsoc/260880>»

¹⁸ Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs (1968-1973).

¹⁹ Cf. Pérez Ricart, "El papel de la DEA en la policialización de la política de drogas en América Latina" en *Foro internacional*, vol. 58, núm. 1, México, ene./mar. 2018, en especial pp. 19 y ss., y p. 33.

No se trata de forzar una preponderancia del discurso contra las drogas en aquellas configuraciones militarizantes de mediados de la década de 1970, pero existen trabajos que rescatan ese vínculo. Al respecto, señaló Florencia Corbelle:

A mediados de los años setenta [...] Si bien Argentina no era un país productor [...] ni el blanco principal de las políticas estado-unidenses, las disposiciones penales vigentes eran de principios de siglo, por lo que el país se encontraba atrasado en materia legislativa, en particular, la relacionada con el tráfico de drogas y el cultivo de plantas ilícitas. En este sentido, el Convenio de Cooperación Binacional renovado entre Estados Unidos y Argentina, en mayo de 1974, se pensó sería un recuerdo al país de las obligaciones contraídas en los organismos internacionales y regionales para controlar el tráfico y la producción de materias primas. Sin embargo, el espíritu del acuerdo estuvo, más bien, centrado en el consumo que ciertos grupos supuestamente hacían de sustancias psicoactivas ilegales (Aureano, 1998). En palabras del embajador norteamericano Robert Hill, "Las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por lo tanto, la campaña antidrogas será automáticamente una campaña antisubversiva" [citado en Weissmann, 2005, p. 154].²⁰

Aun con un contexto en el que el enemigo principal era el "comunismo", la "lucha contra las drogas" fue instrumentada también en aquellos discursos, y puede ser considerada, retrospectivamente, una acumulación, un peldaño necesario para los tiempos venideros. Al mismo tiempo, el proceso de militarización y autoritarismo que ganó la región también fortaleció la impronta punitiva en materia de drogas.²¹ Tras los saldos criminales por violaciones gravísimas a los derechos humanos que dejó el impulso de dictaduras militares en la región, fue necesario acomodar la misma vocación de injerencia de siempre en nuevos moldes y discursos.

²⁰ Corbelle, F, *op. cit.*, pág. 22.

²¹ Cf. Pérez Ricart, *op. cit.*, p. 15.

La emergencia de la doctrina de las "Nuevas Amenazas", que desde fines de los años ochenta tuvo como uno de sus epicentros la guerra contra las drogas, colocó a las sustancias y a las personas que las consumen, como figuras principales en el elenco de amenazas a la estabilidad institucional. Así, se constituyó como doctrina de reemplazo para la injerencia y militarización en la región, llegando a configurar lo que en nuestros días han llamado una auténtica doctrina de reemplazo de la Doctrina de Seguridad Nacional (DSN), la Doctrina de la Inseguridad Nacional (DISN).²²

¿Y qué pasó con la Ley No. 20.771? Al desencadenarse la última dictadura clero-cívico-militar y social,²³ el nivel represivo tenía donde apoyarse, una legalidad para la persecución provista por un gobierno democrático. Cuando la Ley 20.771 fue aprobada, faltaban poco menos de dos años para el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976.²⁴ Unos años después, llegó el turno de la CSJN para pronunciarse, por primera vez, respecto de si era o no constitucional penar la tenencia de drogas, aun en el supuesto de que lo fuera para consumo personal.

III. El criterio en torno a la penalización según la Corte Suprema del gobierno de facto

Como se dijo antes, la probable contradicción de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal con las libertades perso-

²² Tokatlian, J., "El gobierno argentino y la Doctrina de la Inseguridad Nacional", *Revista Nueva Sociedad*, disponible en: «<https://nuso.org/articulo/el-gobierno-argentino-y-la-doctrina-de-inseguridad-nacional/>».

²³ "La dictadura debe ser vista antes que, como la obra exclusiva de una cúpula militar, como 'la expresión de un proceso social regresivo que conjugó la expectativa de múltiples fuerzas sociales [...] concertó el accionar de sectores militares, religiosos, políticos, sociales. Resultó de un proceso general de respuesta autoritaria, disciplinaria, represiva a los avances de radicalización y lucha de sectores populares en los años anteriores'", Villareal J. citado por Sarrabayrouse Olivera, M. J., *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la morgue*, Editores del Puerto/CELS, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 7.

²⁴ El terror de Estado alcanzó en esa fecha sistematicidad, pero estuvo precedido de diverso tipo de acciones como las impulsadas por quien ocupaba el cargo de ministro de Bienestar Social, José López Rega, quien además se ocupaba al mismo tiempo de la Triple A, Alianza Anticomunista Argentina, un grupo parapolicial de extrema derecha que comenzó con las prácticas de secuestro, persecución y tortura, ya antes de la dictadura. Ese ministro fue el impulsor y voz cantante de la reforma introducida por la Ley 20.771.

nales garantizadas por el artículo 19 de la CN fue objeto de menciones superficiales en el debate parlamentario. Esta contradicción se saldó a fuerza de reducciones analíticas que invocaban, sin profundizar, la primacía de lo colectivo sobre lo individual, la impugnación unánime de la droga como "flagelo" o "lacra", y el planteamiento de que había que darlo todo para preservar una cierta concepción de lo que la vida colectiva debía ser.

Ese hilo argumental fue retomado con fuerza en el campo judicial y dieron por tierra con la robusta y libertaria letra del artículo 19 de la Constitución Nacional. Aquí es importante detenerse para comprender cómo se ordenó la jurisprudencia y cómo se subrayó o restringió su alcance según los distintos momentos político-institucionales locales e internacionales.

IV. Apuntes necesarios para comprender el debate constitucional: acerca del artículo 19 de la Constitución Nacional

El artículo 19 de la Constitución Argentina del año 1853 dice así:

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.

Se trata de una norma ajena a la Constitución de los Estados Unidos, una de las principales fuentes de nuestra Constitución histórica conforme el proyecto de Juan B. Alberdi, aunque había sido receptada en textos previos, al menos desde el año 1815.

La fórmula fue tomada de la Constitución para la República de Venezuela, del año 1811 que, a su vez, había tomado el texto de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que en su

artículo 5o. establecía un texto similar al que hoy se mantiene en el segundo párrafo de nuestro artículo, comúnmente denominado "principio de reserva".²⁵

Sin embargo, en la Convención Constituyente del año 1853, más exactamente el 25 de abril de aquel año, ganó aceptación la moción del general Ferré y en el texto original que sólo ponía como condición no ofender "el orden público", fue reemplazada la expresión por "al orden y a la moral pública",²⁶ ampliando el margen de debate en torno a la noción de acciones privadas y su ámbito de protección.

Lo cierto es que, puesta en relación con las demás libertades garantizadas por la Constitución Nacional, se la ha considerado la garantía de todas ellas debido a que el principio de reserva que establece, haciendo de la prohibición un requisito expreso, cuando ha sido bien utilizado, amplifica las lecturas de corte liberal del resto del sistema de derechos y garantías constitucionales.²⁷

El debate en general ha transitado los siguientes carriles, a saber: si la norma sólo protegía acciones privadas en el sentido íntimo que de ninguna manera trascienden la esfera interna y subjetiva de las personas (actos interiores) o si, —como se ha entendido en forma general—, se refería precisamente a los límites que se imponen ante la posibilidad de regular acciones exteriores, entendidas como aquellas que son decididas y precisamente ejecutadas en cualquier ámbito que ocurran, siempre que no afecten a otras personas.

¿Cuál es el margen para considerar la concurrencia, o no, de afectación a terceros (otras personas o el orden público)? Ésa es la pregunta que

²⁵ Cf. Sampay, A., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, Argentina, 1975. Disponible en: «<https://revistas.colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2831/2635>».

²⁶ Cf. Sampay, *op. cit.*, p. 13.

²⁷ Cf. Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 312-313.

atraviesa cada caso en que el artículo 19 ha sido invocado a los efectos de plantear que una cierta limitación, o prohibición penal como en el caso que se analiza, violenta esta tutela. Y ¿por qué? Porque se trata de casos que implican debates sobre conductas personales que algunos pueden considerar disvaliosas y ponen en juego la legitimidad de las reglas que pretenden regularlas bajo pretexto de proteger a todas las personas, cuando en verdad podrían estar encubriendo imposiciones éticas y/o morales acerca de cómo conducirse, que se vuelven incompatibles con el derecho a la autonomía y la libre determinación de las decisiones de vida.

Desde ya, queda de lado la tesis restrictiva que asociaba acción privada con acción interna, puesto que "los actos que por su naturaleza no trascienden y, por consiguiente, cuyos efectos quedan en la inmanencia del operante, son los actos completamente internos, que tienen por principio una facultad del alma cognoscitiva y/o afectiva. Lógicamente los actos internos no caen bajo la regulación del Estado".²⁸

Los grandes debates han estado ligados a decisiones que comprenden sobre todo acciones que de un modo u otro son consideradas dañosas o lesivas de la integridad física o de los propios derechos, o bien casos en los que, so pretexto de regular aspectos de la vida social y sus instituciones, coartaban indebidamente la libertad personal.

V. La recepción jurisprudencial de la criminalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal: el fallo Colavini²⁹

En el año 1978 la Corte Suprema de la dictadura se pronunció sobre esta cuestión en el caso "Colavini". Con pereza intelectual hizo suyos los planteamientos alarmistas y moralmente perfeccionistas, valiéndose de ape-

²⁸ Sampay, E., *op. cit.*, p. 18.

²⁹ "Colavini" fallos 330:254, decisión del 28 de marzo de 1978.

laciones al interés colectivo por sobre las garantías individuales, y en un contexto social e institucional en el que aquéllas estaban particularmente devaluadas, sostuvo la constitucionalidad de la prohibición.

Debe referirse primero el dictamen del Procurador General que, en lo sustancial, los jueces tomaron en su fallo. En opinión de aquél, la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley No. 20.771, en lo relativo a tenencia de estupefacientes aunque fuera con fines de consumo personal —en el caso, el señor Omar Colavini había sido detenido con dos cigarrillos de marihuana en su campera, detectados en el marco de una detención policial en una plaza de la localidad de El Palomar, provincia de Buenos Aires—, era compatible con las libertades individuales tal como ellas eran formalmente reconocidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Con anterioridad, la Corte había efectuado consideraciones en el caso "Jaura"³⁰ que auguraban³¹ la decisión adoptada en este caso. Allí se debatía una cuestión de competencia entre la justicia local y la justicia federal, y no centralmente sobre la constitucionalidad de la punición del consumo. No obstante, el Procurador General, en su dictamen que luego sería adoptado por la CSJN, no perdió la oportunidad de señalar lo siguiente:

Es necesario advertir, como se hizo en el debate parlamentario correspondiente con cita de Nerio Rojas, que el vicioso es uno de los términos del binomio del tráfico clandestino [...] y que toda legislación debe ir contra ambos, dado que por encima del interés particular está el interés general que dicho individuo trata de alguna manera de resquebrajar.

³⁰ "Jaura" *fallos* 292:534, decisión del 16 de septiembre de 1975.

³¹ Cf. Bozzos Roses, D., "Criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal ¿Solución o parte del problema?" publicado en *El psicoanalítico*, disponible en: «<http://www.elpsicooanalitico.com.ar/num18/sociedad-bozzos-rozes-criminalizacion-tenencia-drogas-consumo-parteI.php>».

Idéntica concepción se sostuvo en el caso "Colavini", construida en lo sustancial, con base en argumentos referidos al consumo individual como una actitud dañina del conjunto del cuerpo social, la conexión causal entre el consumo, la producción y el tráfico, todo regado de metáforas, que recuperaban en el campo judicial, el trinomio drogas, delincuencia y subversión, que había caracterizado el debate en el ámbito del Poder Legislativo. Un buen resumen de todo eso puede verse en este tramo del dictamen al que hicimos mención, adoptado por los jueces de la CSJN:

La degeneración de los valores espirituales esenciales a todo ser humano, producidos a raíz del consumo de estupefacientes, hacen que esta acción exceda el calificativo de un simple vicio individual, pues perturba, en gran medida, la ética colectiva, constituyendo un ejemplo que el Estado, sobre quien recae el deber de tutelar la moralidad pública no puede prohijar.

Si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar los estupefacientes de modo que, si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas.

El uso personal de estupefacientes constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho, estando excluida, por tanto, del ámbito de libertad que señala el art. 19 de la Constitución Nacional.

Un año después, en el caso "Fiscal c/Roldán G", resuelto el 9 de agosto de 1979, *a contrario sensu*, la Corte concedió un recurso al Fiscal Federal y revocó una absolución que había dictado la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en favor de la señora G. Roldán quien había sido detenida en posesión de un medicamento llamado "Mandrax", utilizado comúnmente con finalidades analgésicas.

La Cámara de Apelaciones, al revocar la condena que le había impuesto el juez de primera instancia, sostuvo que la penalización prevista en el artículo

6 de la Ley No. 20.771 no estaba dirigida a cualquiera sino a "aquel que posee drogas para un uso, no de alivio de sus males, sino en forma de vicio o como antesala del mismo" y entendía que estas circunstancias no se habían podido probar en el caso. Sin embargo, con apoyo en "Colavini", la Corte descartó esa posibilidad interpretativa porque entendió que aquella decisión le daba relevancia a una discusión que la ley no hacía, en una lectura literal en extremo, aunque fuera de uso personal decía el artículo 6, frente a lo cual, cualquier disquisición sobre las finalidades era innecesaria e irrazonable. Ese criterio fue ratificado en el año 1981 en el caso "Valerio".³²

Así, hubo que esperar hasta el año 1986 para que una nueva decisión judicial pusiera en entredicho algunos aspectos de la compatibilidad entre el sistema de libertades que garantizaba la Constitución Nacional de 1853, vigente por entonces.³³

VI. Con la democracia, cambió la Corte y llegó Bazterrica³⁴

En el año 1983, mediante elecciones populares después de un poco más de siete años de dictadura, llegó al gobierno Raúl Alfonsín. Se iniciaba entonces, un 10 de diciembre, la transición hacia una democracia que, desde entonces, no sin sobresaltos, ha ganado estabilidad como nunca en la historia contemporánea de Argentina. Tras todos estos años de terrorismo de Estado se produjo una lenta reconversión institucional. El Poder Judicial fue, como poder de Estado, de lo más rezagado en ese

³² "Valerio", *fallos* 302:1205, decisión del 25 de agosto de 1981.

³³ En el año 1994, la Constitución Nacional fue reformada y, en lo que respecta a derechos fundamentales, los compromisos del Estado fueron reforzados conforme al proceso de constitucionalización de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que desde entonces gozan de jerarquía constitucional y suprallegal (conf. Artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

³⁴ La referencia obligada, por su carácter pionero y por ser tan exhaustivo como el fallo mismo, es Nino Carlos S., "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas de los hombres?" en *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, 1991, Buenos Aires, Argentina, tomo I, p. 570.

proceso, pues quienes cumplieron funciones en dictadura, salvo que mediara su propia voluntad de abandonar la función, continuaron como jueces de la democracia una vez finalizada aquélla.

Resulta necesario aquí aclarar que una nota peculiar de aquella dictadura fue mantener el funcionamiento de un sistema de justicia en un auténtico *como si*, aunque en muchos casos desplazando jueces y colocando otros, pero la dictadura "no 'fundó' un nuevo Poder Judicial, sino que se montó sobre la estructura existente".³⁵

De ahí que, al funcionar el Poder Judicial, la CSJN tuvo durante aquella dictadura la oportunidad de pronunciarse acerca de la compatibilidad entre la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley No. 20.771 y la Constitución Nacional en su artículo 19, conforme a los casos referidos en el apartado anterior.

Quienes habían integrado la CSJN como jueces renunciaron y eso dio oportunidad al flamante gobierno de Raúl. R. Alfonsín de nombrar a todos sus integrantes, conforme al mecanismo de la Constitución Nacional (1853) que había vuelto a regir. En el año 1986, ya con tres años de funcionamiento bajo aquella nueva integración, la Corte Suprema resolvió en el caso "Bazterrica".

VII. Algunas notas sobre el caso y su llegada a la Corte

Gustavo Bazterrica había sido detenido en 1981 en su casa, donde fueron hallados según las constancias de la causa, 3.6 gramos de marihuana y 0.06 gramos de cocaína. Como resultado de ello, se le había condenado a una pena de un año de prisión en suspenso, multa y costas, por considerarlo penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes conforme a lo establecido por el entonces vigente artículo 6 de

³⁵ Sarrabayrouse Olivera, M. J., *op. cit.*, p. 8.

la Ley No. 20.771. Esa condena fue confirmada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Contra aquella decisión, la defensa del señor Bazterrica interpuso un Recurso Extraordinario Federal (REF) ante la CSJN, en el que sostenía la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 20.771, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, especialmente si se atendía a la escasa cantidad de sustancias que habían sido secuestradas estando bajo su posesión. La Sala IV entendió que la defensa había logrado articular un caso federal susceptible de habilitar la competencia de la Corte Suprema y el recurso fue concedido.³⁶

El Procurador General, a quien se le había corrido vista a efectos de que emitiera el correspondiente dictamen, se pronunció por la constitucionalidad de la penalización. El doctor Juan Octavio Gauna, también designado con la llegada del flamante gobierno constitucional, sostuvo que "[...] [e]n cuanto a la pretensa invalidez constitucional del art. 6o. de la ley 20771 los argumentos del recurrente no son sino repetición de aquéllos que ya fueron desestimados por esta Corte [...] y no consiguen a mi juicio conmover los fundamentos entonces dados".

Es decir, consideró que no había motivos para apartarse de lo que la Corte, conforme a su composición durante la dictadura, había resuelto para los casos "Colavini" y "Valerio". A su juicio, el derecho a la intimidad no se veía afectado por esta decisión de criminalizar la tenencia de drogas para consumo personal porque "[...] por los antecedentes y efectos que supone, es conducta que trasciende los límites del derecho a la intimidad, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional".

³⁶ En el recurso también se articulaba un agravio referido a la afectación de la garantía de inviolabilidad del domicilio que, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional que se habría producido según la consideración de aquella parte como consecuencia de la forma en que llevaron adelante el allanamiento en el domicilio del señor Bazterrica. Ese agravio fue descartado.

Como corolario de ese criterio, sostuvo que prohibir penalmente dicha conducta era completamente compatible con la necesidad de evitar "las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de dicha tenencia, excepción hecha de la destinada a un empleo legítimo justificado por la medicina".

A su juicio, al tratarse de un delito de peligro abstracto, cuya presunción era facultad del legislador, bastaba con la tenencia de la sustancia y con que se supiera que lo que se poseía era una sustancia prohibida. Sin embargo, no es eso lo que se discutía, pues nadie sostenía que el peligro invocado no fuera abstracto, sino si bastaba con invocar un peligro abstracto para responder penalmente. Más aún considerando el modo en que el supuesto peligro era construido. Como veremos luego, sólo el voto del juez Petracchi se ocupó de ese punto.

En cuanto a las diferencias en torno a la finalidad del consumo, sostenía que era un debate irrelevante puesto que equivalía a agregar requisitos no considerados al momento de legislar, pues al decir la norma "aunque fuera para consumo personal" se agotaba la tipicidad del acto en la mera posesión. Para ello se apoyaba en el caso "Maldonado",³⁷ resuelto el primero de marzo de 1983, donde la CSJN había establecido en el considerando 4 que:

[...] los motivos en virtud de los cuales [se posee] la sustancia [...] carecen de relevancia para resolver la cuestión en examen toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor, y es por ello susceptible de ser castigada.

En síntesis, el doctor Gauna hizo suyo el criterio establecido por la Corte entre 1978 y marzo de 1983 e insistió con que lo relevante no es

³⁷ "Maldonado", fallos 305:139.

si en efecto hay trascendencia de la conducta por fuera de la esfera personal, sino que alcanzaba con la posibilidad de que la hubiera. Luego, a su juicio, el peligro abstracto tomado en cuenta al sancionar la norma era una consideración legítima.

Ante la impugnación de la defensa de Bazterrica que señala el carácter absurdo de conectar la conducta del acusado con la hipotética imitación de "otros" genéricamente considerados, tal como había hecho la Corte al considerar la conducta de Colavini en el fallo anterior, el procurador volvía a traer aquel argumento y tautológicamente respondía sobre la validez de ese razonamiento, con cita de la Corte en aquello que precisamente estaba siendo impugnado:

[...] como lo demostrara la Corte [...] la tenencia de estupefacientes en todos los casos posee, por lo menos, la trascendencia que resulta del hecho del tráfico, fenómeno inconcebible si no hubiera tenedores consumidores. Además, ha de computarse la posibilidad, implícita en toda tenencia, de la extensión del hábito por la vía de la imitación o del ejemplo, así como la hipótesis de que el tráfico ilícito se realice a través de la portación de cantidades pequeñas que permitan invocar al tenedor, en caso de ser descubierto, que se trata de estupefacientes para consumo personal [...]

Como puede advertirse, en el dictamen se trataba como demostración lo que era una mera especulación, de corte alarmista, con concepciones que reducen a las personas a meros imitadores expuestos a riesgos derivados de las conductas de otras personas. También intentó revalidar todas las aseveraciones que había hecho la CSJN en "Colavini", aun cuando —como se encargó luego de analizar minuciosamente el juez Petracchi— eran un catálogo de prejuicios y fantasías que, a lo sumo, acreditaban ostentación de ignorancia acerca del tráfico y las dinámicas mínimas de la economía, al sostener que una forma eficiente de organizarlo consiste en traficar cantidades insignificantes.

Más absurdo aún se revela este argumento —invocado como vara de razonabilidad— si consideramos que la normativa bajo análisis no consideraba mínimo, promedios o máximos de cantidad de sustancias, para distinguir entre las distintas figuras que se habían incluido en la Ley 20.771.³⁸

Hasta aquí el dictamen del procurador, suscripto el 13 de junio de 1985 que, en resumidas cuentas, proponía a la Corte de la democracia mantener el *statu quo* consolidado al calor de un proceso legislativo iniciado en 1974 por el sector más conservador del último gobierno constitucional, pero con apoyo parlamentario de todo el arco político. Una intervención conservadora en una escena judicial que empezaba a interpelar sus propias producciones en materia de reconocimiento de libertades, a través de otros casos contemporáneos en los que se discutía la relación Estado y ciudadanía en torno al alcance del artículo 19 de la Constitución Nacional.³⁹

VIII. El fallo en cuestión

La decisión de la Corte fue dictada el 29 de agosto de 1986, es decir, más de un año después de aquel dictamen. Si bien los jueces Carlos S. Fayt y José Severo Caballero se adhirieron al dictamen del procurador y, en consecuencia, rechazaron el recurso, los tres jueces restantes votaron por conceder el recurso y declarar la inconstitucionalidad. A continuación, veamos cómo se construyó aquella decisión.

³⁸ Aunque excede el objetivo de este análisis, en el debate parlamentario de la Ley 20.771 se había planeado una discusión importante en torno a la falta de claridad derivada, precisamente, de contemplar figuras como la tenencia, cualquiera sea el fin según el artículo 6, con el almacenamiento previsto en el artículo 4. En ese debate se discutía también sobre la necesidad y/o conveniencia de regular tipos penales con exigencias cuantitativas transformadas en requisitos típicos.

³⁹ Contemporáneamente con el fallo que aquí se analiza, sobrevendrían los fallos "Sejean, Juan B. C/ Zaks de Sejean" donde se declaró inconstitucional la imposibilidad de divorciarse legalmente y unos años después, en 1989, el fallo "Portillo" sobre libertad y objeción de conciencia. Un poco antes del que se estudia aquí se había dictado el fallo "Ponzetti de Balbín" mencionado en el voto del juez Enrique S. Petracchi en Bazterrica. Fue una época de mucha revisión judicial sobre las libertades y el papel del Estado.

En términos de mayorías, fue un fallo ajustado. Uno de los jueces de la mayoría, Enrique Petracchi, lo hizo según su voto, lo que implicó un desarrollo individual que, además del peso específico que tuvo en su momento, fue retomado medularmente por la Corte al reexaminar la cuestión en el año 2009 en el caso "Arriola". Los otros dos jueces que integraron la mayoría en este caso fueron Augusto César Belluscio y Jorge A. Bacqué.

En los fundamentos coincidentes, esa mayoría fue bastante austera y es notable la pervivencia de argumentos propios de lo que, conforme a la clasificación de Florencia Corbelle a la que se ha hecho referencia más arriba, se denomina el "marco de la toxicomanía", junto con la idea de que existe una colectividad que se protege y salva a sí misma imponiendo conductas a título individual, tanto así que no desconectan completamente de los precedentes analizados hasta aquí. Dicen en los considerandos 6 y 7:

Este tribunal ha valorado la magnitud del problema de la drogadicción [...] en que destacó la deletérea influencia de creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero [...] con ese fundamento este Tribunal ha considerado lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias para la ética colectiva, el bienestar, la seguridad general que pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal.

Acto seguido, introdujeron el punto de diferencia que les permite cambiar el criterio, claro que sin abandonar el sesgo argumental que se expuso arriba. Para eso, se preguntaron "si todos los casos de consumo personal producen tal afectación", por lo que postularon que las conductas lesivas dirigidas contra sí mismo, sin lesiones sobre otros derechos, no pueden quedar abarcadas por mandatos de prohibición. Enmarcaron la cuestión como un problema probatorio, de acreditación insuficiente entre el peligro que se decía generaba la conducta y su efectiva concreción. Sostuvieron que no se había demostrado que la punición de la simple tenencia resultara eficaz para neutralizar daños a la seguridad y el bienestar general que se venían invocando para justificar la norma penal.

La revisita del fallo, a casi 35 años, vuelve más evidente algunas contradicciones o improntas que habían quedado eclipsadas por la indiscutible buena noticia que había traído la decisión al declarar la inconstitucionalidad de la norma. El consumidor, en el fallo, es tratado como un toxicómano,⁴⁰ y los propios jueces sostienen que están efectuando un análisis con "marco médico-psicológico".⁴¹

El voto mayoritario también incluye una perspectiva político-criminal al recurrir a datos e informes de organismos internacionales producidos en la época (v.g. ILANUD, OMS, entre otros), remarcando la inconveniencia de la punición, tanto desde el punto de vista sanitario como por el carácter criminógeno de las penas breves y de la salida punitiva en general respecto de quienes consumen drogas. Al respecto, sostuvieron que "en el caso de los adictos y los simples tenedores, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede resultar para tales sujetos un ulterior estigma que facilita adherirse a modelos de vida criminal y la realización de conductas desviadas, en vez de favorecer la readaptación social para la vida productiva".⁴²

Toda la elaboración doctrinaria en torno a una persona libre que puede decidir sobre sus acciones, que afortunadamente guió la decisión al momento de analizar la constitucionalidad del artículo 6 de la Ley No. 20.771 a la luz del artículo 19 de la CN, y culminó con la reivindicación del derecho a ejercer acciones aunque ellas no sean contestes con lo que otras personas, en particular el Estado, puedan considerar virtuoso, si con ellas no afectamos a terceros, es un poco contradictoria con la apelación a nociones como las de "drogadictos" y "toxicómanos".

La convivencia entre esas distintas caracterizaciones aparece mediada por la invocación de recomendaciones internacionales y de la Conven-

⁴⁰ Considerando 8o., del voto de la mayoría.

⁴¹ Considerando 13, del voto de la mayoría.

⁴² Considerando 9o., del voto de la mayoría.

ción Única sobre Estupefacientes del año 1961, que recién ahora era rescatada en su artículo 38, en tanto aconseja evitar la punición como principal vía de intervención frente de los toxicómanos.⁴³ Es que, acordaron los jueces, "es necesario comprender, pese a todos los prejuicios, que se puede atender al drogado".⁴⁴

Un tono similar se aprecia en el voto particular del juez Petracchi, al sostener que debía considerarse que el tema por decidir se relacionaba "directa o indirectamente con un problema temible: el tráfico y consumo de estupefacientes. La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas", y acto seguido conecta el consumo con el florecimiento del narcotráfico —no la ilegalidad— y asocia consumo con narcodependencia que limita la vida en múltiples sentidos.⁴⁵ O cuando la define como "plaga" y que no está en discusión que "la enorme difusión del tráfico, y por ende del consumo de estupefacientes constituya uno de los más graves problemas sociales que enfrenta el Estado moderno", asignando a las sustancias una condición causal de una forma ciertamente reduccionista, colocando siempre a quien consume como adicto a quien es mejor tratar, en lugar de calificar como "delincuente".⁴⁶ Todas las concepciones disonantes con las complejidades que el propio juez plantea en otros momentos del voto, que son los que le han merecido el reconocimiento que tiene en la historia jurisprudencial de la Corte.

Más allá de estos criterios resumidos, lo que hizo del fallo "Bazterrica" una decisión histórica y una pieza jurídica reconocida por sus aportes al debate sobre las libertades en nuestro país, sin temor a exagerar, fue el meticuloso voto del juez Enrique Santiago Petracchi.

⁴³ Considerando 10, del voto de la mayoría.

⁴⁴ Considerando 11, del voto de la mayoría.

⁴⁵ Considerando 5o., tercer párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁴⁶ Considerando 16, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

IX. Los destacados del voto del juez Petracchi de cara a los debates pendientes

Si bien, en lo sustancial, el sentido del voto de este juez fue coincidente con el de sus otros colegas en los aspectos reseñados en los párrafos precedentes, este fallo adquirió especial relevancia por el desarrollo efectuado en este voto, lo cual demanda un análisis particular. Ello en relación con dos líneas argumentales, pensando en los debates que aún hoy se dan en materia de regulación respecto del uso de drogas.

El primero de ellos, ya adelantado en este texto, fue que en este voto se conectó el objeto de decisión con el proceso de recuperación de la democracia⁴⁷ que atravesaba en aquellos años nuestro país:

La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración de garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular en la cual [...] se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia entre los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.⁴⁸

Esa afirmación debe ser puesta en relación con lo que se sostiene más adelante cuando refiere que debe procurarse el equilibrio entre la omnipresencia creciente del Estado y el ámbito de privacidad al que todos tenemos derecho (conf. Art. 19 de la CN):

[...] pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según lo determine la auto-

⁴⁷ En este sentido véase Alegre M. Arriola, "Bazterrica y la igualdad democrática", en *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, UBA, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 131.

⁴⁸ Considerando 5o., segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

nomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria.⁴⁹

El enfoque que propone, dados los cambios institucionales, no se limita a la relación con el periodo de dictadura inmediatamente anterior, sino a ciertas circunstancias que tras largos periodos represivos, habían dado lugar al avasallamiento de las libertades más elementales de un orden democrático liberal, a través de la imposición de formas "correctas" de conducirnos en la vida: represión por formas de vestir, a la sexualidad, a los consumos culturales, entre otros, que se vieron robustecidos conforme se instalaban gobiernos antipopulares de corte militar, con fuerte intervención directa en sectores tales como las universidades.

Allí es donde este voto conecta el peligro autoritario de responder penalmente al consumo de drogas con la puesta en riesgo de la posibilidad de encarar seriamente un proyecto de país democrático, advirtiendo que cuanto más críticos sean nuestros problemas sociales más debemos evitar echar mano de salidas autoritarias que hagan tambalear nuestro sistema institucional.⁵⁰

En el mismo nivel de análisis, aunque más adelante en el propio fallo, se encuentran las consideraciones institucionales y político-criminales respecto de las sucesivas reformas al Código Penal, hasta llegar a la que analizaba la Corte en este fallo, la Ley 20.771. Además de describir el proceso de reformas del que se dio cuenta en los apartados iniciales de este trabajo, el juez Petracchi acierta al señalar que:

[...] la ley [...] al igual que las anteriores, es una reforma al Código Penal en aspectos parciales, y todo su sistema de tra-

⁴⁹ Considerando 10, primer párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁵⁰ Cf. Considerando 25, párrafo séptimo, del voto del juez Petracchi.

tamiento del problema del tráfico y la adicción a las drogas consiste en una estructura de imposición de penas de notable severidad, sin que se legisle, como tampoco se había hecho antes, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes y adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición.⁵¹

Si se sitúa históricamente y se piensa en las limitaciones habituales de los pronunciamientos judiciales, rápidamente se puede advertir la diferente impronta en este voto en el que, en pocas líneas, señala la limitación intrínseca que implica abordar punitivamente un fenómeno complejo, y al mismo tiempo desatender un elenco complejo de obligaciones estatales en materia de salud y políticas sociales, cuya diversidad no se le escapa. Es decir, no se trata sólo de cuestionar el uso de medidas punitivas en sí mismo, sino que subraya la gravedad de hacerlo, además, sin intervenir con políticas públicas diversificadas a la altura de lo que identifica como múltiples problemas.

Se trata de una reflexión crítica que expresa posiciones aún no consolidadas en la discusión sobre política de drogas, pero que aparecen prontamente colocadas a mediados de la década de 1980, cuando faltaban apenas dos años para que la comunidad jurídica internacional reforzara la impronta criminalizante en la materia. Esas consideraciones, la decisión en el contexto de la nueva democracia y la sospecha del recurso punitivo como sostén principal de la política pública de drogas, son los apoyos a partir de los cuales va a considerar, muy extensamente, la compatibilidad entre la prohibición del artículo 6 de la Ley 20.771 y el régimen constitucional.

A diferencia de los pronunciamientos previos plagados de dogmas y tautologías, es un voto muy fundado, con fuerza persuasiva debido a razo-

⁵¹ Considerando 14, 3er. párrafo, del voto del juez Petracchi.

namientos muy minuciosos y una enorme tarea docente por explicitar conforme a qué categorías se considera finalmente irrazonable legislar penalmente en materia de tenencia de drogas para consumo personal. Se trata quizás de uno de los excepcionales casos en los que se puede advertir un despliegue efectivo de control de constitucionalidad cuya robustez lo volvió, como ya se señaló, piedra angular del fallo "Arriola" en que la CSJN retomó este criterio, 23 años después.

Se trataba de definir cuáles son los límites que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece al Estado cuando se trata de casos de acciones privadas. Parece un juego de palabras, pero no lo es; no se trata de analizar si la conducta es apropiada o no, sino si la regulación está autorizada. Cómo definimos el problema, incide en la respuesta. La relevancia y el énfasis no debían ponerse en el ejercicio de las libertades, sino en la compatibilidad de las restricciones estatales sobre aquellas presumidas amplias, en este caso, poseer drogas para consumo personal.⁵² Lo que debía analizarse estrictamente era "el poco flexible límite que circunscribe el campo de inmunidad de acciones privadas, [constituido por] el orden y la moral públicos y los derechos de terceros"⁵³, que en el caso estaba dado por la legislación que había prohibido la tenencia con fines de consumo personal y cuyo límite era oponible al Estado. De lo contrario, bastaría con asignar relevancia pública por ley a alguna restricción y dar por pulverizada la garantía pues no alcanza con una ley formal, sino que aquélla puede regularlo todo sin entrometerse en las decisiones sobre el propio plan de vida que no afecten a terceros.⁵⁴

Es notable la conexión entre el desarrollo del voto en torno a las exigencias de legalidad que no podrían darse por satisfechas con el mero recurso a una ley aprobada formalmente por el poder instituido para ello, y lo que contemporáneamente sostuvo la Corte Interamericana de Derechos

⁵² Cf. Considerando 4 del voto del juez Petracchi.

⁵³ Cf. Considerando 11, primer párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁵⁴ Cf. Considerando 11, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

Humanos en su Opinión Consultiva No. 6 (OC 6/ 86),⁵⁵ dictada apenas unos pocos meses antes de este fallo. En efecto, aquel pronunciamiento fue enfático en no limitar la exigencia a la formalidad de que las restricciones a derechos estuvieran contenidas en textos legales aprobados conforme a los procedimientos vigentes, sino que, además, fijó como criterios de legitimidad de toda restricción su razonabilidad, proporcionalidad y su estricta necesidad en una sociedad democrática; parámetros que dialogan directamente con la forma en que se construyen los argumentos del voto que se analiza aquí. En efecto, dijo allí la Corte Interamericana:

[...] debe subrayarse 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 (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego.⁵⁶

Efectúa un repaso prácticamente íntegro por el trabajo de Arturo Sampay, referencia ineludible en la doctrina acerca del artículo 19 de la CN (ya citado en este trabajo), y encuadra la posesión de drogas para consumo personal como una acción privada. Luego analiza si ello afecta o no al orden y la moral públicas,⁵⁷ únicos supuestos en los que la restricción estatal podría ser admisible.⁵⁸

⁵⁵ OC 6-86, "la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" consulta efectuada por la República Oriental del Uruguay, resuelta el 9 de mayo de 1986, disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf».

⁵⁶ OC 6-86, parágrafo número 31.

⁵⁷ Cf. Considerando 7, último párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁵⁸ El punto excede el objeto del trabajo, pero que una restricción o regulación pueda ser admisible no vuelve automáticamente razonables las medidas de carácter penal, pues aún restaría sopesar su pertinencia con base en criterios de proporcionalidad, lesividad, necesidad y excepcionalidad, también recogidos por el orden constitucional. Al respecto véase Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1996, en particular pp. 463-480.

El voto recorre en detalle la distinción entre acciones internas y externas a la que ya se hizo referencia y reivindica el "derecho a ser dejado a solas" como expresión de la autodeterminación para escoger el propio plan de vida.⁵⁹ Inmediatamente después afirma que "el reconocimiento de un ámbito exclusivo en la conducta de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella [...] resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen",⁶⁰ es un baremo del sistema democrático en sociedades complejas.

¿Cómo desanda el camino del criterio sentado en "Colavini"? Primero, señalando que afirmar que es legítimo el castigo penal porque por ese medio se evita dañar el tejido social, garantizar bienestar y seguridad, tal como se sostuvo allí, no supera el estatus de afirmación meramente dogmático; pues es dicho "sin sustento en constataciones fácticas demostrables, [...] se castiga la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en alusión a supuestos peligros, y no a daño concretos a terceros o la comunidad".⁶¹

Refuta esa afirmación con datos de organismos especializados, con la posición del Poder Ejecutivo de aquel entonces expresada en foros internacionales y con diversos estudios comparados que sustentan la afirmación de que no hay tal relación razonable entre penalizar el consumo y controlar el tráfico de drogas. Sistematiza los argumentos habituales para considerar razonable la prohibición en: a) juicios éticos; b) razones de política global de narcotráfico; y c) argumentos referidos al peligro social.⁶²

⁵⁹ Cf. Considerando 9, párrafos 4 y 5, del voto del juez Petracchi.

⁶⁰ Cf. Considerando 10 del voto del juez Petracchi.

⁶¹ Considerando 16, primer párrafo, voto del juez Petracchi.

⁶² Cf. Considerando 17, tercer párrafo.

Al primer grupo contesta diciendo que el repudio ético, incluso mayoritario, no justifica bajo cualquier circunstancia una intervención estatal, menos aún de carácter punitivo, porque no es función del Estado establecer modelos de vida, sino fijar reglas de convivencia que aseguren el máximo de libertades posibles respecto de sus propias vidas, compatible con idéntico alcance para todas las personas. En el caso concreto, la posibilidad de decidir sobre el consumo de drogas "forma parte de la esfera reservada a los individuos [pues se trata de una] decisión acerca de su propia inseguridad corporal en la medida en que con los actos de autolesión no afecten derechos de terceros".

Luego en cuanto a la afirmación de que la política global de drogas demanda penar al consumidor para escalar en la estructura criminal desde ese punto, o bien para neutralizar la reorganización del negocio en forma de tráfico "hormiga" valiéndose de la no punición de la pequeña posesión para encubrir bajo el ropaje de consumidor la condición de traficante, tan ridículo como vigente aun hoy, fue considerado insostenible por varias razones.

Primero porque con esa línea argumental se podría justificar la penalización de todas las personas victimizadas para llegar a ejecutores —la asociación entre consumidor y víctima es constante—. ⁶³ En segundo lugar, reivindicar la idea de que el consumidor permite llegar a quien vende, organiza y trafica, sólo tiene sentido al amparo de prácticas investigativas autoritarias "no menos graves que el propio consumo de estupefacientes", como podría ser compeler a las personas para que declaren contra sí mismas o bajo presión. ⁶⁴ Una apreciación sin duda teñida por el clima de época posdictadura, en relación con las prácticas de instituciones policiales y judiciales que, como se señaló antes, se mantuvieron sin cambios institucionales relevantes y de las que todavía sobran ejemplos.

⁶³ Conf. Considerando 23 donde vuelve sobre esta cuestión hablando de "problema de las drogas", el drogadicto como alguien frecuentemente enfermo, y todo consumidor como drogadicto, entre otras consideraciones de ese mismo tenor.

⁶⁴ Cf. Considerando 18, quinto párrafo, del voto del juez Petracchi.

Además, al planteamiento que pretende justificar la penalización con base en argumentos de peligro social, contesta de una forma marcadamente liberal, indicando que no alcanza con que una conducta pueda eventualmente volverse peligrosa para recurrir al derecho penal. En particular, rechaza la relación sin sustento entre drogas y delito, por irrazonable, más aún cuando el mundo presenta otras alternativas.⁶⁵

Acto seguido, efectúa un juicio de razonabilidad específico sobre la función de la pena, a la que más que asignarle una supuesta capacidad resocializadora, la señala por sus efectos criminógenos. Dice al respecto, si la sanción produce estigma, es inútil, y un castigo inútil es siempre irrazonable.

Más adelante, en el mismo fallo, critica la política pública cuando la intervención punitiva se limita a generar estigmatización justo ahí donde el Estado falla en la diversificación de medidas y políticas más amplias⁶⁶ y señala, abandonando la retórica más alarmista sobre las drogas que en el mismo voto se adopta en varios momentos que no todas las drogas, psicofármacos y estupefacientes son lo mismo, ni mucho menos quienes las consumen, circunstancias que refuerzan su impugnación a la norma porque no acoge tampoco ninguno de esos matices.⁶⁷

En síntesis, prohibir la tenencia de drogas para consumo personal no es constitucionalmente tolerable por las implicaciones que tiene respecto del derecho a decidir el curso de la propia vida, lo cual vulnera indebidamente el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Además de la erudición jurídico-dogmática, el voto es muy valioso si pensamos en la actividad judicial como otra forma de gobierno, pues no renunció a la politicidad de las cuestiones en juego. Eso se manifiesta

⁶⁵ Cf. Considerando 20 del voto del juez Petracchi.

⁶⁶ Cf. Considerando 25, párrafo cuarto, del voto del juez Petracchi.

⁶⁷ Considerando 17, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

más claramente cuando apoya sus argumentos con datos y reflexiones contextuales, dirigidas a dismantelar prejuicios y afirmaciones dogmáticas cuya principal función era avalar el castigo hacia algunas formas de vivir la vida so pretexto de la lucha contra formas graves de delito, cuando en verdad, la Constitución exige al poder político custodiar la posibilidad de elegir cuanto sea posible y hasta el límite de no dañar a otras personas.

X. Cuando la primavera democrática llegó a su fin: el retorno punitivo con el caso "Montalvo"

La primavera democrática duró un suspiro en lo que a esta jurisprudencia se refería. Apenas cinco años después, tras una profunda crisis económica e institucional que derivó en la salida anticipada del presidente Alfonsín, y tras las elecciones en que resultó triunfante Carlos S. Menem, llegaron vientos de retroceso.

En el ámbito internacional se exacerbó una política de adhesión a los lineamientos de la política sectorial promovida por los Estados Unidos, en realidad respecto de la más variada cantidad de ámbitos de la política pública. ¿Y cómo impactó eso en la jurisprudencia argentina? La doctrina "Colavini" resurgió. Había quedado perdidosa mas no desterrada completamente en aquella minoría que insistió en mantener ese criterio en el caso "Bazterrica".

Se ha señalado a lo largo del texto una serie de recursos retóricos y prejuicios por los que incluso transitaba el propio Petracchi más allá de su postura liberal. En algún sentido, fue cómodo para la Corte del año de 1990 recuperar aquellos criterios más retrógrados y opacos, al amparo del clima de guerra contra las drogas. La Corte no era la misma. Fue determinante la composición ampliada que garantizó al Poder Ejecutivo una mayoría partidaria y automática que terminó por fungir, salvo escasas excepciones, como agencia convalidadora de las decisiones más cuestionables del oficialismo en el gobierno. Eso, según dijimos, en un contexto en que Argentina viraba el timón de las relaciones con los Estados Unidos,

hacia una dinámica de "relaciones carnales" con aquel país, conforme a la jerga diplomática del entonces canciller Guido Di Tella.

El caso "Montalvo" fue una especie de *boomerang* jurisprudencial que avaló la preeminencia de un modo de intervención predominantemente prohibicionista. Como es sabido, eso generó los mismos desastres que esa receta produce hasta hoy a escala mundial: encarcelamiento masivo; crecimiento sostenido del consumo sin acceso a políticas efectivas para garantizar derechos desde una perspectiva sanitaria integral y de derechos humanos; corrupción y abusos policiales; y proliferación de múltiples canales de injerencia externa en asuntos locales, so pretexto de la cooperación internacional.

Todo eso no fue responsabilidad del retroceso jurisprudencial solamente, pero sí cooperó activamente en abortar un debate que apenas comenzaba. Hubo que esperar diecinueve años más para que la cuestión fuera reexaminada en el caso "Arriola". Y el debate, sigue.

XI. A modo de conclusión

Al tiempo en que este texto se termina de redactar, se repasa la estadística oficial en materia de delitos de drogas. Durante todo 2019, en la jurisdicción federal, el 93.99% de los casos ingresados fueron por tenencias para consumo personal conforme la ley vigente que fue declarada inconstitucional. Los casos por las modalidades más graves no suman ni siquiera una decena en todo el país.

Si consideramos el impacto diferenciado debido a identidad y género, vemos una tendencia represiva en materia de drogas;⁶⁸ en el caso de las personas trans, esa cifra trepa a 70%. Por otra parte, la principal fuente

⁶⁸ Cf. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la pena, disponible en: «<http://datos.jus.gob.ar/dataset/sneep>».

de hostigamiento policial a jóvenes en las grandes ciudades es por delitos de tenencia.⁶⁹

El cambio de dictadura a democracia implicó una diferencia notable en la lectura dogmática de las libertades constitucionales y el alcance conferido en torno a si la respuesta criminalizante es o no una alternativa válida que pueda usarse sin matices, apelando a ciertas nociones morales de "lo social"; o si, por el contrario, es deber del Estado intervenir asegurando autonomía en las decisiones, sin imponer modos de vida, cumpliendo con exigencias de proporcionalidad y razonabilidad, respetando la diversidad, cuidando sin imponer conductas y decisiones sobre el propio cuerpo y la salud a nadie. También deja la enseñanza, ratificada con el pronunciamiento de la Corte en 2009, que un aval jurisprudencial a la despenalización es condición necesaria pero no suficiente.

Esas perspectivas liberales son condiciones necesarias, pero no suficientes, puesto que finalmente la falta de una política integral dirigida a regular la producción, uso, acceso y control a las sustancias,⁷⁰ termina limitando el alcance de esos pronunciamientos, cuyos mejores efectos no están disponibles para la mayor parte de la población, en sociedades profundamente desiguales.

Visto en perspectiva, ese recorrido jurisprudencial es útil para rastrear una mirada oscilante entre la patologización y la criminalización, entre la piedad, la lástima o el castigo, que se vincula con procesos sociales y su relación con retóricas represivas que preceden y suceden los vaivenes institucionales, que tienen momento de repliegue, pero también largas

⁶⁹ CELS, *La guerra contra el narcotráfico. Una guerra contra los pobres*, 2019, disponible en: «<https://www.cels.org.ar/drogas/index.htm>».

⁷⁰ El punto excede ampliamente los objetivos de este análisis pero una propuesta integral que señala las demandas complejas que implica asumir una política de drogas con despenalización y regulación, aunque limitada al cannabis, puede verse en Labiano, V. Consideraciones para la formulación de una política que regule legalmente el cannabis en Argentina, marzo de 2018, Buenos Aires, Argentina, disponible en: «<http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/03/10/consideraciones-para-la-formulacion-de-una-politica-que-regule-legalmente-el-cannabis-en-argentina/>».

resurrecciones. El caso "Arriola", que se comenta en otro trabajo en esta publicación, constituye una oportunidad para que el poder político redefina el rumbo. Cumple once años próximamente, pasaron casi tres periodos de gobierno, sin tenerlo en cuenta.

Evidentemente, hace falta aún mucho más trabajo para desmontar la relación de las drogas sólo con crimen y enfermedad en los Estados democráticos de derecho en constante construcción. Habrá que sacudir muchos estamentos para que el eje de la política no niegue la subjetividad y se enfoque, por tanto, en la protección de derechos que portan personas a las que se debe proteger. Empezar por respetar las buenas decisiones judiciales, para en lugar de castigar, acompañar.