

ARRIOLA, BAZTERRICA Y LA IGUALDAD DEMOCRÁTICA¹

MARCELO ALEGRE*

Resumen: En el fallo “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, casi 23 años después de pronunciarse en “Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a declarar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal. Ahora bien, ¿Retoma la Corte en Arriola la postura sostenida en Bazterrica en cuanto a la protección de la autonomía (art. 19, Constitución Nacional)? ¿O la resguarda en menor medida? ¿O, en cambio, la robustece? En este trabajo se defiende una lectura del fallo en este último sentido, fundada en que en “Arriola” se reivindica el voto que Petracchi había emitido en Bazterrica –aún más liberal que el de la mayoría–. La interpretación amplia del alcance dado en “Arriola” al principio de autonomía ciertamente se compadece con la idea de igualdad democrática.

Palabras clave: Tenencia de estupefacientes – Autonomía – Igualdad democrática – Principio de Reserva

Abstract: In the case “Arriola, Sebastián and others”, almost 23 years after ruling in “Bazterrica, Gustavo Mario about possession of drugs”, the Federal Supreme Court of Justice again declared the unconstitutionality of the crime of possession of drugs for personal consumption. Nevertheless, does the Court return to the position adopted

* Abogado (UBA), LLM y Doctor en Derecho (New York University)

1. Este trabajo amplía partes sustanciales del capítulo “El Artículo 19 CN y la igualdad democrática: a propósito de Arriola” que integra un libro sobre constitucionalismo publicado por Igualitaria y Siglo XXI en 2011 y versiones anteriores fueron discutidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, a lo largo de 2009 y 2010. De todas estas presentaciones me llevé la cara “llena de dedos” y la cabeza llena de sugerencias e ideas. En particular agradezco las observaciones de Lucas Arrimada, Fernando Basch, Paola Bergallo, Juan Bertomeu, Alberto Binder, Juan Pablo Bohoslavsky, Celeste Braga, Jonathan Brodsky, Emiliano Buis, Sebastián Elías, Mariano Fernández Valle, Marcelo Ferrante, Leonardo Filippini, Hernán Gullco, Martín Hevia, Nahuel Maisley, Agustina Ramón Michel, Eduardo Rivera López, y Horacio Spector (claro que respondo solamente y por los defectos de este trabajo).

in Bazterrica regarding the protection of autonomy (Art. 19 Federal Constitution)? Or does it protect it in a more measured way? Or, on the contrary, in a more robust fashion? On this paper, this last reading is adopted, based on Arriola's reliance on Judge Petracchi's opinion in Bazterrica –which is even more liberal than the majority opinion–. The reading of the scope given in Arriola to the principle of autonomy certainly is in accord with the idea of democratic equality.

Keywords: Possession of drugs – Autonomy – Democratic equality – Principle of legal reserve

1. INTRODUCCIÓN

Quisiera vincular la discusión sobre el alcance del fallo “Arriola”² con la discusión sobre el tipo de estado que nuestra democracia requiere. En la descalificación liberal a la punición de la tenencia de estupefacientes priman los argumentos individualistas, centrados en los valores de privacidad y autonomía. Así debe ser, pero un análisis que involucre ciertos aspectos institucionales y estructurales de la práctica de la persecución penal de la tenencia puede ser útil para enriquecer el estudio jurídico del problema, incluso desde la perspectiva constitucional. Podrían existir otros valores constitucionales en juego (como la igualdad), y podría echarse alguna luz a la relación entre la protección a la autonomía que lleva a cabo el Art. 19 CN y el resto de la estructura democrática, liberal y progresista de la Constitución.

En estas líneas defenderé, por un lado, una interpretación robusta de Arriola, que inclusive contiene afirmaciones aún más libertarias que las del fallo Bazterrica. Mi opinión toma distancia de cierto consenso acerca de que Arriola implica una afirmación menos ambiciosa y tajante sobre la autonomía que la incluida en Bazterrica, lo que se desprende, por ejemplo, de la aserción de que las conductas amparadas son aquellas que “*no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.*”³ También discrepo con una visión diferente, la que asimila a Arriola con Bazterrica, lo que implicaría que el estado de la cuestión se retrotraería al existente durante la vigencia de Bazterrica.

A mi juicio existen argumentos en Arriola que favorecen una lectura expansiva de la protección de la autonomía, que inclusive harían de Arriola una decisión más liberal que Bazterrica.

No ofrezco la lectura expansiva como una interpretación concluyente. No pretendo haber encontrado *el* alcance exacto de Arriola. A lo largo de la decisión aflora la intención de evitar afirmaciones ambiciosas, y de mantener cierta ambigüedad en

2. CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, 5 de agosto de 2009.

3. Votos de Highton y Maqueda, Consid. 36.

las definiciones. El objetivo de la Corte está logrado: dudo que frente a la cautela, medios tonos y pluralidad de opiniones que contiene el fallo sea posible extraer *una* regla clara y contundente. Ese no es mi objetivo, que será tarea para intérpretes más avezados. Aquí aspiro, más humildemente, a llamar la atención sobre las consecuencias de tomarse en serio algunas afirmaciones del fallo, muy en particular la adhesión a la opinión minoritaria de Petracchi en Bazterrica.

El centro de mi interpretación expansiva de Arriola está en el considerando 10, que reivindica el fallo Bazterrica, aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi. En aquella opinión Petracchi fundamentaba una lectura amplia, contundente, del artículo 19 CN.

Inspirado en el voto de Petracchi, propondré un argumento constitucional, centrado en el ideal de la igualdad democrática, el cual serviría de apoyo para la lectura expansiva, libertaria, de Arriola. Este ideal de la igualdad democrática afirma que un objetivo de la interpretación constitucional a cargo de la justicia es fortalecer la convivencia entre iguales propendiendo a que el estado abandone sus arraigados hábitos represivos. Este ideal refuerza, no contradice los argumentos más abstractos centrados en el rechazo del perfeccionismo y del utilitarismo. La perspectiva de la igualdad democrática es sensible a la experiencia histórica referida a la represión de la tenencia para consumo en nuestro país. Esta experiencia brinda razones adicionales para ser muy suspicaces de la delegación al estado de una competencia tan riesgosa para la vigencia de los derechos como la incluida en las normas que penan la tenencia para consumo. La “guerra contra las drogas” es algo más que la consagración de una pauta perfeccionista, y su carácter cuestionable excede sus componentes utilitaristas.

Si el argumento de la igualdad democrática fuese aceptable, tendría cierta utilidad: en tanto Arriola encarna el ideal de la igualdad democrática, tendríamos una reivindicación de un nuevo Bazterrica, revigorizado por los fundamentos expansivos de Petracchi. En consecuencia, dos series de precedentes deberían ser abandonados: en primer lugar la progenie de Bazterrica, una línea de decisiones dictadas antes de Montalvo por la Corte pre-Menem, que había reducido al mínimo la potencia liberal de Bazterrica; en segundo lugar, fallos como los dictados por tribunales inferiores luego de Arriola. En otras palabras, una reivindicación tibia de Bazterrica es compatible con decisiones tomadas por aquella misma Corte entre 1987 y 1989 que limitaron dramáticamente el alcance de Bazterrica, y es compatible con decisiones restrictivas (como Acosta⁴ y Roberto⁵) tomadas por la Cámara Penal Federal a poco de resuelto el caso que comento.

4.Sala II- Causa N° 28.224 “Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento”, 16 de noviembre de 2009.

5.Sala II- Causa N° 28.224 “Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento”, 16 de noviembre de 2009.

2. EL ARGUMENTO LIBERAL FRENTE A LA PUNICIÓN DE LA TENENCIA PARA CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES

Hasta aquí, la resistencia doctrinaria y jurisprudencial a la penalización de la tenencia y consumo de drogas estuvo centrada en dos razones de filosofía moral y política, consideraciones anti-utilitaristas y anti-perfeccionistas.

i. La crítica al utilitarismo

Las consideraciones anti-utilitaristas se centran en lo cuestionable de violentar intereses básicos de las personas (su intimidad, su autonomía) en pos de satisfacer objetivos sociales supuestamente valiosos, como el de proteger la “salud pública”, (Montalvo, dictamen del Procurador en “Bazterrica”), minimizar “acciones anti-sociales” (Colavini), o facilitar la persecución de los narcotraficantes (Montalvo). La oposición al utilitarismo insiste en que las personas son fines en sí mismas, que sus intereses más básicos no son prerrogativas derivadas de, o instrumentales a, objetivos comunitarios. Por el contrario, pueden existir fuertes discontinuidades entre los intereses individuales protegidos a través de los derechos constitucionales y los fines que la sociedad juzga colectivamente valiosos. Y en tales casos, el lugar común “el interés general prevalece sobre los derechos individuales” no nos sirve de ayuda. Por el contrario, el argumento anti-utilitarista asume la forma exactamente contraria. En estos casos de tensión, prevalecen los derechos. (Siguiendo a Dworkin⁶ y a Nino, hasta podríamos decir que los derechos simplemente consisten en límites a los cursos de acción que persiguen fines socialmente útiles).

El argumento anti-utilitarista también se apoya en una reflexión “a todo evento”, una toma de judo que presupone la racionalidad utilitarista: aun si se aceptara *–arguyendo–* el razonamiento utilitarista, resulta que la penalización frustra los objetivos perseguidos. En efecto, la estrategia punitiva no mejora la salud pública, sino que, por ejemplo, al estigmatizar y penalizar a los consumidores vuelve más difícil su tratamiento.

En conclusión, las razones utilitaristas para perseguir penalmente a los consumidores de drogas son al mismo tiempo inaceptables y contradictorias.

6. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, 1984, Cap. 7; NINO, Carlos, “¿Es la Tenencia de Drogas con Fines de Consumo Personal una de “Las acciones privadas de los Hombres”?” LL. 1979-D-743.

ii. La crítica al perfeccionismo

El perfeccionismo es la noción de que el Estado tiene entre sus objetivos legítimos el de imponer ideales de virtud personal, por lo que estaría habilitado a interferir con acciones autorreferentes, que no afectan a terceros. El argumento anti-perfeccionista se basa en una lectura del Art. 19 que entiende el consumo de drogas como una de “las acciones privadas”. Esta lectura (ejemplificada por Carlos Nino)⁷ interpreta la frase “que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” no como acotando el alcance de las acciones privadas protegidas, sino como una descripción de lo que dichas acciones son. Es decir, las acciones privadas son aquellas que no ofenden al orden y a la moral pública ni perjudican a un tercero. Por lo tanto, aquel ámbito de la conducta que no afecta a otras personas está fuera del alcance del derecho.

Esta crítica al perfeccionismo es compatible con el reconocimiento de los efectos negativos del abuso (y tal vez del uso) de estupefacientes, pero insiste en que opciones en principio buenas como la de mantenerse alejado de las drogas se vuelven malas si son impuestas coercitivamente por el estado. Siguiendo a Derek Parfit, podemos afirmar que existe una “lista objetiva” de cosas buenas para las personas, y al mismo tiempo remarcar que es valioso adoptar o perseguir ítems de la lista *voluntariamente*.⁸

3. LOS LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN TRADICIONAL

Los dos argumentos (el anti-utilitarista y el anti-perfeccionista) dan forma a la visión liberal de este problema: en primer lugar las personas son fines en sí mismas, y sus intereses más importantes no pueden subordinarse a cálculos de bienestar colectivo. En segundo lugar, las personas tienen la libertad de elegir planes de vida de acuerdo a sus propios valores, y de optar por cursos de acción que no afecten a terceros.

Sin embargo, me temo que el argumento liberal tradicional no sea suficiente como razonamiento constitucional. Por un lado, el argumento anti-utilitarista carga con la siguiente dificultad: la punición del consumo de drogas es diferente a casos más fáciles de políticas utilitaristas objetables. Estas son las instancias en que los costos de la política en cuestión son absorbidos por algunos individuos en tanto que los beneficios son disfrutados por otras personas. Estos casos son, por ejemplo, los

7. NINO, Carlos, *op. cit.*

8. PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Clarendon, 1984, Oxford, pp. 493-502

que motivan la crítica de Rawls al utilitarismo que se centra en la separabilidad de las personas.⁹ En el caso de las drogas el bienestar del consumidor está incluido en el cálculo utilitarista. Esta dificultad no es decisiva, pero puede manifestarse más claramente en el hecho de que una política de corte utilitarista pero no punitiva, que desalentase el consumo de drogas sin acudir a la amenaza de sanciones penales no resultaría tan obviamente impugnable.

Por otro lado, el argumento anti-perfeccionista también es insuficiente, ya que, de manera similar, una política anti-drogas de perfil perfeccionista pero que no recurriese a la punición no sería tan fácilmente objetable. Por ejemplo, si a través de la educación formal e informal, el estado inculcara (tal vez echando mano al ejemplo de la máquina de Nozick) que no es bueno huir de la realidad y que es mejor vivir conectado a la realidad, esta política podría ser calificada de perfeccionista, pero dudo que, pese a ello, pudiera ser invalidada por inconstitucional. El argumento anti-perfeccionista es demasiado amplio en un sentido, ya que invalida más de lo necesario, y demasiado acotado en otro, ya que no explica qué hay de incorrecto en la punición de la tenencia y consumo, como forma particular de disuadir el consumo de drogas.

4. EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD DEMOCRÁTICA

Propongo que las normas que penalizan la tenencia para consumo son atacables constitucionalmente por violentar el ideal de la igualdad democrática. Este ideal solamente acepta formas democráticas de estado y de gobierno. En primer lugar, se dirige a los individuos, rechazando todo intento de subordinar a grupos o personas al arbitrio de otros grupos o personas. En segundo lugar, se dirige al estado, exigiendo que su accionar evite colocar a las personas en una relación de humillación, indefensión o sumisión frente a la autoridad pública.¹⁰

Una forma de gobierno democrática puede convivir con un estado antidemocrático. Ambas categorías se superponen, ya que obviamente un estado antidemocrático contribuye en deteriorar la calidad democrática de la forma de gobierno. Entiendo que en nuestro país la democracia política convive junto a un estado que es antidemocrático en muchos aspectos. De las muchas formas en que el estado deja de lado su obligación de exhibir igual respeto por todas las personas sujetas a su dominio, me interesa destacar la existencia de prácticas represivas que ponen en riesgo la dignidad e integridad de los ciudadanos.

9. RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, p. 190.

10. Una excelente defensa de este ideal es formulada por ANDERSON, Elizabeth en "What is the Point of Equality?", *Ethics* 109, 1999, pp. 287-337.

Para ilustrar esta idea, pensemos en el 11 de diciembre de 1983, un día después del retorno de la democracia. Ese día nuestro país disfrutaba de un sistema de gobierno democrático pero padecía un estado antidemocrático, caracterizado por estar montado para vigilar a la sociedad en vez de protegerla, para atemorizar a la juventud y alejarla de la participación, para destratar a los ciudadanos en cada ocasión de contacto con el estado, etc. En la medida en que algunas de estas características siguen vigentes, se está violando el ideal de la igualdad democrática. Sería irresponsable pensar que el estado sigue siendo hoy tan autoritario y represivo como en 1983, pero lo sigue siendo en una medida todavía inaceptable. Por ejemplo, la policía de la Provincia de Buenos Aires sigue siendo una amenaza para la paz y la convivencia, una desenfrenada máquina de robar y matar (en defensa de la relevancia del ejemplo acoto que allí vive el 40% de los argentinos); se tolera que las agencias de inteligencia (aunque solo las federales) espíen a periodistas, políticos oficialistas y opositores sin orden judicial ni causa alguna; y el sistema carcelario violenta todos los estándares de respeto mínimo a las y los detenidos.

Sugiero que la política de punición del consumo de drogas se conecta de múltiples formas con rasgos del estado represivo argentino que el ideal de la igualdad democrática exige desactivar¹¹:

- i. La política de represión de los consumidores se corresponde con la implantación desde el estado de una visión omnicompreensiva autoritaria y moralmente reaccionaria. Repárese en el considerando 5° del fallo de la Corte en Colavini (1978): *“Que tal vez no sea ocioso, pese a su publica notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comprable 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*

11. Algunas fuentes que documentan abusos y deformaciones de las políticas anti-droga son los siguientes: “DOCUMENTO OFICIAL DEL COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR EN MATERIA DE CONTROL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y CRIMINALIDAD COMPLEJA SOBRE LOS USUARIOS DE DROGAS Y LAS POLÍTICAS PARA SU ABORDAJE”, producido en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, de 2009, disponible en <http://www.jgm.gov.ar/archivos/comisionnacional/DO1usuarios.pdf> (consultado el 28/2/2011); y el informe “SYSTEMS OVERLOAD. Drug Laws and Prisons in Latin America” del Transnational Institute Washington Office on Latin America, Diciembre 2010, disponible en <http://idpc.net/sites/default/files/library/TNI-WOLA-prison-overload-latin-america.pdf>

superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.”

- ii. La política de punición de la tenencia refuerza tratos discriminatorios, ya que ha amparado el hostigamiento policial a los jóvenes, en particular a los que viven en condiciones de marginalidad. La represión a los consumidores ha sido una excusa para colocar bajo sospecha a los jóvenes, en particular a los de escasos recursos, o para estigmatizar a grupos de personas (por caso, a los amantes del rock). La criminalización de la tenencia para consumo es una herramienta más para la creación de un clima represivo que tiene como víctimas a grupos determinados (los jóvenes y especialmente los jóvenes en situación de pobreza). La afirmación de la Corte en Arriola acerca de que *“los jóvenes son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas”*¹² es cierta en varios sentidos, uno de los cuales es el de ser víctimas principales de la acción represiva del Estado.
- iii. La política facilita la comisión de otras violaciones de derechos, como la vulneración de garantías penales (por ejemplo a través de los muchos casos en que se han “plantado” drogas para inventar causas) la ultrajante revisión a visitantes de las cárceles, etc.
- iv. Contribuye a construir una relación profundamente anti-igualitaria entre los ciudadanos y el estado. La autorización al estado para revisar nuestros bolsillos, nuestras casas, nuestros cuerpos, es incompatible con una noción robusta de ciudadanía, y, antes bien, contribuye a moldear una relación de servidumbre y humillación entre los ciudadanos y el estado.

Esa política ha contribuido a reforzar algunos de los peores mecanismos del estado represivo, mecanismos incompatibles con un estado democrático. Como resultado, la política de represión del consumo de drogas violenta la igualdad democrática, degradando a los ciudadanos en su relación con el estado, reforzando mensajes de moralidad reaccionaria, es excusa para apuntar contra grupos sociales como la juventud, los inmigrantes, etc., y contribuye a violar otros derechos, etc.

El enfoque de la igualdad democrática no compite con los argumentos anti-utilitaristas y anti-perfeccionistas. Más bien opera en planos diferentes. Por un lado, es más abstracto y ambicioso, ya que la igualdad democrática es el valor que articula y organiza al resto, incluyendo las consideraciones individualistas especificadas por

12. Fallos: 332:1963, consid. 27.

la negación del utilitarismo y la negación del perfeccionismo. Por otro lado, es más concreto y realista, porque nos compele a obtener mayor información sobre las prácticas fundamentadas en esas normas. Por cierto, la selectividad discriminatoria no es una característica excluyente de la práctica punitiva del consumo y tenencia de drogas, por lo que debemos estar dispuestos a extender las conclusiones de este análisis a otros delitos. Pero el caso de la represión de la tenencia de estupefacientes exhibe algunos factores salientes en términos de los riesgos de violación de la intimidad de las personas, manipulación probatoria, afirmación de valores retrógrados, etc.

5. EL CASO ARRIOLA Y EL VOTO DE PETRACCHI EN BAZTERRICA

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal 2 de Rosario confirmó la condena a distintas personas por tenencia con fines de comercialización y por tenencia para consumo personal, en éste último caso, a un mes de prisión de ejecución condicional. La pena fue sustituida por una medida de seguridad educativa. A la Corte llega la causa circumscripta a los condenados por tenencia para consumo. La droga incautada es marihuana y en muy poca cantidad: En el caso del imputado Fares, 3 cigarrillos, todos de menos de 3 gramos, en el caso de Acedo, 3 cigarrillos; en el caso de Villarreal, un cigarrillo; y en el caso de Medina y Cortejarena, 3 cigarrillos cada uno. El recurso extraordinario se basaba en el Art. 19 CN, ya que la conducta estaba dentro del “marco de intimidad constitucionalmente resguardado” y que la escasa cantidad encontrada no permitía inferir el riesgo de dependencia. Se pide un nuevo pronunciamiento dado el carácter errático de la doctrina de la Corte sobre la materia y el cambio en la composición del cuerpo.

La Corte recurre a distintas razones para abandonar el fallo Montalvo, de 1990, que a su vez había dejado de lado el precedente liberal de Bazterrica, de 1986. En primer lugar, el tiempo transcurrido (18 años) que muestra el fracaso de la estrategia punitiva (cons. 14). En segundo lugar, la reforma de 1994 (cons. 16). La Corte hace foco en la incorporación de los tratados internacionales. Estos consagran principios relevantes como el de privacidad, dignidad y acceso a la justicia, transgredidos por la penalización (la dignidad por penar al consumidor como medio para atrapar a los traficantes, y el acceso a la justicia por la revictimización del consumidor). Además el principio *pro homine*, según la Corte, es más favorable a la solución dada en Bazterrica.

La Corte combina estas afirmaciones contundentes con la aplicación de algunos paños fríos. En el considerando 27 se aclara que no se está legalizando la droga, en mensaje dirigido especialmente “a los jóvenes que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas”. Y en el cons. 29 se afirma que “Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero”. El voto de Argibay es el que va

más lejos en cuanto a delimitar el alcance de Bazterrica en aquellos casos en que el consumo se haga en lugares públicos. De todas formas sería incorrecto adjudicarle a Argibay la idea de que el consumo público siempre excede el marco del Art. 19. En el cons. 13 dice que *“las conductas desarrolladas en lugares públicos son en general, aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional”*.

El fallo declara la inconstitucionalidad del Art. 14 de la Ley 23737 y exhorta a los poderes públicos a asegurar políticas contra el narcotráfico y adoptar medidas de salud preventivas informativas y educativas enfocada en los grupos más vulnerables, sobre todo los menores.

Dejo para el final un pasaje a mi juicio clave de este fallo. En el cons.10, el fallo restaura la doctrina Bazterrica sin hesitaciones, aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi *“habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen”*. Al voto conjunto de Belluscio y Bacqué la Corte lo considera complementario y no contradictorio con el voto de Petracchi. En el cons. 12 se ratifica que *“hoy el Tribunal decide volver a “Bazterrica”*. (cons. 10) *Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las “acciones privadas” previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico “salud pública”, han sido resueltas acertadamente en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener”*.

Ahora bien, ¿qué había dicho Petracchi en Bazterrica? Petracchi comenzó enfatizando (cons. 5) dos circunstancias determinantes. La primera era que el país estaba (1986) en una etapa en la que *“desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, 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 de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.”* La segunda circunstancia es la enorme gravedad del problema de las drogas. Continuó (cons. 6) ratificando el criterio de *“Ponzetti de Balbín”* de que *“el derecho a la privacidad del Art. 19 es “fundamental para la existencia de una sociedad libre”*. En el cons. 12 se aclara que la autonomía protegida por el art. 19 CN no se reduce a las acciones hechas *“en privado”* y en el cons. 22 que encarna el valor de autonomía. En el cons. 15 se impugna la razonabilidad de la punición de la tenencia, por su fracaso para prevenir el consumo de drogas, con extensa cita de informes internacionales. En el cons. 19 se rechaza el argumento de que quien consume genera el peligro de cometer delitos ulteriores. En el cons. 25 se reitera la necesidad de sujetarse a los límites de la Constitución, encarando los problemas *“sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual”*.

En suma, el voto de Petracchi contiene una afirmación amplia de la autonomía protegida por el art. 19 CN, respaldada por la necesidad de fortalecer la democracia y que no transige frente a ninguna consideración de oportunidad. Esta lectura amplia de la autonomía protegida constitucionalmente excede el estrecho marco de las conductas amparadas por el valor de la intimidad (que ya encuentra tutela en el Art. 18 CN).¹³ De allí se desprende que las acciones privadas son las que no dañan a terceros, sean llevadas a cabo a solas o acompañado, y entre cuatro paredes o en un lugar público (mientras no implique imponer el consumo involuntario a terceros).¹⁴

6. CONSECUENCIAS DE LAS DIFERENTES INTERPRETACIONES DE ARRIOLA. ¿BAZTERRICA RECARGADO?

La interpretación de Arriola como una decisión moderada que incluye una protección acotada de la autonomía tiene como consecuencia legitimar decisiones posteriores, tales como sentencias de segunda instancia posteriores a Arriola que hallaron aceptable penar el consumo en público.

Como ejemplo se pueden citar tres casos de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal dictados en 2009, luego de Arriola. En “Acosta”,¹⁵ causa seguida a un imputado que tenía en su poder pastillas anfetamínicas en un evento de música electrónica, dijo que existía un riesgo a la salud pública. En “Roberto”,¹⁶ el riesgo a la salud pública se concretó, según la Sala, ya que el acusado fue visto por personal policial mientras fumaba, a media tarde y en la vía pública, un cigarrillo casero del que emanaba “*el típico olor a marihuana*”, luego de lo cual se incautaron en su poder dos envoltorios con el mismo estupefaciente.

Pero una consecuencia parecida se seguiría de una lectura de Arriola que entendiéndose a dicha decisión como una mera restauración del precedente “Bazterrica”, de 1986. Una simple vuelta a Bazterrica, sin mayores precisiones, presenta el problema de que a ese fallo le continuaron un número de decisiones (adoptadas por la misma Corte de Bazterrica antes de la ampliación de Menem y el fallo Montalvo) que acotaron radicalmente el alcance de las conductas protegidas de la persecución penal. Entre estas decisiones cabe mencionar las siguientes:

13. Ver Bazterrica y NINO, Carlos, *op cit.*

14. Dejo afuera del espacio de permisión la conducta que afecte a menores.

15. Sala II- Causa N° 27.893 “Acosta, Santiago Alejandro s/ procesamiento”, 16 de noviembre de 2009.

16. Sala II- Causa N° 28.224 “Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento”, 16 de noviembre de 2009.

- i. “Von Wernich”¹⁷ causa en la que *“el acusado fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público –la plaza San Martín– y aquél indujo” a un tercero “a consumir marihuana en los instantes previos a su detención.”* La Corte rechazó el recurso de la defensa contra la sentencia condenatoria, y excluyó la aplicación de Bazterrica por no haberse rebatido los argumentos sustanciales referentes a que no se habría vulnerado el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 CN.
- ii. En el caso “Scharaer”,¹⁸ el acusado tenía en su poder, en su domicilio particular, 9,3 gramos de marihuana y 6,9 gramos de clorhidrato de cocaína. Según el dictamen del Procurador *“el propio Scharaer, en su indagatoria da cuenta de su conexión directa con traficantes, su disposición a distribuir drogas entre terceros...”*. La Corte rechazó el recurso con fundamento en que la defensa no rebatió los fundamentos de la sentencia que consideró que no resultaba aplicable Bazterrica porque su conducta trascendió la esfera privada.
- iii. En “García”,¹⁹ el imputado fue sorprendido con marihuana en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo, con tres acompañantes, a quienes había invitado a consumir la droga. Uno de ellos aceptó el convite. Fue condenado y recurre la defensa. La mayoría (Belluscio, Petracchi y Bacqué) dice que no es aplicable Bazterrica.
- iv. En la causa “Gerstein”²⁰ se secuestró marihuana que fue hallada en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos. Gerstein –en concordancia con Gabriel Pereyra, quien ocasionalmente cohabitaba con ella– reconoció la posesión del estupefaciente, y admitió que parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados. Fue sido condenada y recurre la defensa. La Corte dijo que no es aplicable Bazterrica *“en tanto la conducta que se le reprocha a aquélla ha trascendido la esfera protegida por dicha norma”*.

17. Fallos 310:2836, 24-12-87.

18. Fallos 311:930, 2-6-88.

19. Fallos 311:2228, de 1-11-88

20. Fallos 311:2721, 20-12-88.

- v. “Fiscal c/ Ideme y Galesi”.²¹ Ideme paseaba sin rumbo fijo con un amigo a quien pasó a buscar y se le encontró un cigarrillo de marihuana entero y otro evidentemente ya fumado en gran parte. Tales circunstancias y el no haber dicho nada sobre el uso que dio y daría al estupefaciente, revelan clara e indubitablemente que, como mínimo, Ideme había fumado marihuana mientras caminaba con su amigo. Fueron condenados. La mayoría de la Corte dijo que no bastaba con mencionar Bazterrica sino que se debió explicar en qué medida sus presupuestos eran aplicables al caso.

- vi. “Di Capua”.²² El condenado fue detenido en oportunidad en que se presentó en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisa de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana. La Corte afirmó que no se aplicaba Bazterrica pues *“la tenencia de la droga con el aludido propósito de ser consumida en un lugar público en el que se realizaría un festejo juvenil, constituye una situación de hecho diferente a la contemplada en el caso de Fallos: 308:1392, por lo que su invocación como fundamento para impugnar el fallo apelado resulta insuficiente”*.

Escribió Petracchi en 1986 que el país estaba en una etapa en la que *“desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, 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 de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos”*. Entiendo que el objetivo que debe perseguir la *“reconstrucción del orden jurídico”*, tal como lo describe Petracchi, es una expresión (muy feliz) del ideal de la igualdad democrática. Si es que aceptamos que este ideal debe orientar la hermenéutica constitucional *aún hoy*, como defendí en este trabajo, entonces tenemos razones para interpretar a Arriola como reafirmando una versión revigorizada de Bazterrica, con la consecuencia de que debe dejarse de lado tanto la serie de fallos posteriores a Bazterrica que limitaron su alcance al mínimo, como los fallos de tribunales inferiores posteriores a Arriola que contienen una lectura restrictiva de la esfera de acciones protegida por este fallo.

Contra los fallos de la Corte “Von Wernich”, “García”, “Fiscal c/ Ideme y Galesi”, y “Di Capua” y contra las sentencia de la Sala II en “Acosta” y “Roberto” la autonomía consagrada en el Art. 19 CN protege como una acción privada el consumo de drogas en lugares públicos, o en compañía de terceros que consien-

21. Fallos 312:587, 25-4-89.

22. Fallos 312:1892, 5-10-89

ten; contra “Scharaer”, que un traficante consuma no lo hace punible del consumo sino solamente del tráfico; y en mayor medida aún, contra “Gerstein”, está constitucionalmente protegido el consumo a puertas cerradas (a solas o no).

7. ALGUNAS OBJECIONES.

Mi interpretación de Arriola debe responder al menos dos tipos de objeción. Según el primer tipo de cuestionamientos, Arriola lejos de ser una decisión más ambiciosa que Bazterrica, es un fallo más restrictivo. Esta posición es defendida por Hernán Gullco.²³ Según el profesor Gullco, el carácter más moderado de Arriola surge, primero, de comparar la detallada descripción de los hechos del caso (que hace constar que se trataba de una pequeña cantidad de droga y la falta de exhibición pública de su consumo) con la omisión en tal sentido de “Bazterrica”, y segundo, que en los votos de seis de los jueces se limita la protección constitucional, por ejemplo a través de la frase “...en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”. El resultado es que la regla de Arriola solo se aplicaría a casos similares, no pudiendo extenderse a conductas en público. No comparto el argumento debido a que todos los votos citados (con excepción tal vez del de Argibay) reafirman la concepción amplia de autonomía que excede la mera privacidad (lo que implica que el carácter ostensible del consumo es intrascendente salvo que se trate de una imposición u hostigamiento a terceros), que la frase citada y sus similares (“...en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”) no califica ni limita el alcance amplio de la protección contenida en Bazterrica,²⁴ y que, a lo sumo, las características particulares del caso fueron referidas en los votos para remarcar que se trataba de un caso “fácil”, pero estas características no invalidan la protección amplia para casos menos “fáciles”. De hecho, los casos que la progenie de Bazterrica priva de protección constitucional (tenencia y/o consumo en lugares públicos, o con otras personas, invitación o aceptación) son todos casos que no traen aparejado “un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (y recordemos que Arriola fue detenido en la vía pública).

Un segundo tipo de objeciones a mi lectura expansiva replicaría (con mayor fuerza) las prevenciones dirigidas contra Arriola por quienes están de acuerdo en que el fallo reinstaura la vigencia de Bazterrica, pero rechazan esa solución. Alberto

23. GULLCO, Hernán, “Diálogo sobre el caso Arriola”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 2010, fasc. 3, pp. 439-444.

24. De hecho, comentaristas como Bianchi se apoyan en esta frase para atacar el carácter maximalista de Arriola. BIANCHI, Alberto, “La despenalización... otra vez”, SJA, 7/10/2009.

Bianchi²⁵ ha cuestionado dos argumentos de Arriola a los que mi lectura adhiere, y que resume así: “*La penalización del consumo personal de estupefacientes no disminuye su intensidad; y b) el art. 19, CN protege todas aquellas conductas privadas que no afecten a los terceros.*” Respecto del primer argumento debe entenderse en sentido fuerte, ya que como señala Bianchi “*a esta cuestión algunos votos agregan que tal prohibición se produce “a costa de una restricción de los derechos individuales”*”. Bianchi ataca el argumento por el absurdo, sosteniendo que si el fracaso de una prohibición debiera invalidar la prohibición, eso debería extenderse, por ejemplo, a las guerras. Pero su objeción deja sin responder la afirmación de que en el caso de las drogas la prohibición no sólo es ineficaz, sino que, como el fallo que critica deja claro, contribuye a agravar el problema y a facilitar otras violaciones de derechos y abusos de poder. Respecto del segundo argumento, Bianchi no ofrece objeciones fundadas, más allá de preguntar retóricamente si estaría dispuesta la Corte a resolver del mismo modo en un caso de tenencia de “50 gramos de heroína”, y a extender la protección de la autonomía y privacidad a las mujeres que procuran abortar.

Lucas Grosman²⁶ ha cuestionado lúcidamente diversos aspectos del fallo “Arriola”. En la medida que mi lectura del fallo le asigna un alcance aún más liberatorio que “Bazterrica”, es oportuno que considere algunas de sus críticas. En primer lugar Grosman objeta la afirmación empírica de Arriola, que descalifica el supuesto nexa que el fallo “Montalvo” establece entre desincriminación del consumo y aumento del narcotráfico. Sin embargo, el propio pasaje citado por Grosman expresa otra cosa: que no solo no se ha verificado una disminución del problema del narcotráfico desde la vigencia del fallo Montalvo, sino que la política de represión del consumo implica violaciones de derechos (“*...tal actividad criminal, lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.*”). El punto de la Corte no es defender una desconexión absoluta entre punición y narcotráfico, sino mostrar que se trata de un tema abierto a especulaciones, mientras que, por el otro lado, no cabe duda del carácter violatorio de derechos de la legislación y las políticas que penan el consumo.

En segundo lugar, Grosman cuestiona globalmente la decisión por ser “*maximalista*”, ya que “*sus fundamentos son mucho más amplios que los necesarios para resolver el caso concreto.*” Los problemas del maximalismo son, según el Profesor Grosman, i) que podría “fomentar decisiones incorrectas”, ya que en casos futuros los jueces podrían ignorar factores relevantes dejados de lado por la decisión maximalista; ii) que las decisiones con alcance más general son tomadas sin el beneficio del debate entre las partes, que no se ha dado respecto de factores mera-

25. BIANCHI, Alberto, “La despenalización... otra vez”, SJA, 7/10/2009.

26. GROSMAN, Lucas, “El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. El caso Arriola”, Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario, La Ley, agosto de 2010, p. 53.

mente hipotéticos; iii) que cuanto más general la decisión más se inmiscuye en la tarea legislativa; iv) que favorece la disgregación de los votos, dificultando el peso de la decisión como guía para acciones y/o decisiones futuras; v) y que decisiones amplias serán más probablemente dejadas de lado en sentencias futuras.

Todas estas observaciones son atinadas pero deben ser contrapesadas por los riesgos de la perspectiva contraria, el minimalismo. Para comenzar, i) para aceptar que hay un riesgo de que Arriola genere decisiones incorrectas en las que los jueces ignoren factores relevantes dejados de lado en ese fallo, debemos estar de acuerdo en cuáles son esos factores. Grosman afirma que uno de esos factores es el grado de dañosidad de la droga. Pero no es que la Corte ignora o deja de lado ese factor relevante. Es que no lo considera relevante a los fines de la aplicación de la regla constitucional que veda criminalizar al consumidor. La dañosidad de la droga podrá ser relevante para la pertinencia de otras acciones del estado (terapéuticas, por ejemplo) pero no agrega nada respecto de la validez de penar el consumo o tenencia. Si la auto-lesión no es punible, que los jueces distingan entre auto-lesiones menores o mayores, (protegiendo del castigo penal a unos sí y a otros no) no es minimalismo sino violación del derecho. ii) Respecto de la objeción de que una decisión maximalista no se beneficia del debate entre las partes, este riesgo no ha existido en Arriola, ya que el debate estuvo centrado en los grandes principios liberales de Bazterrica, y en los principios perfeccionistas de Montalvo, como surge de la descripción de los argumentos de las partes, la opinión del Procurador y los fundamentos de los jueces. ¿Qué argumento no ha sido escuchado en Arriola? iii) Respecto del riesgo de usurpar competencias legislativas, debe contrapesarse contra el riesgo contrario: que el Congreso se asigne la competencia de dictar leyes *contra* la Constitución. Y iv), en relación al riesgo de la dispersión de opiniones, no me resulta claro que se conjure con la receta minimalista, ya que es posible que cada juez, puesto a identificar factores relevantes en el caso concreto, proponga su propia descripción de los hechos relevantes. La afirmación de grandes principios generales no garantiza mayores desacuerdos que un casuismo particularista. v) Por último, respecto de la posibilidad de que las decisiones más generales sean abandonadas más fácilmente, no me parece rebuscado sostener lo contrario: que resulta más fácil abandonar avances menores y marginales que grandes avances jurisprudenciales.

El “minimalismo” tiene sus propios riesgos. Primero, sería ineficaz esperar una decisión de la Corte sobre cada una de las numerosas sustancias prohibidas, o, peor aún, un fallo sobre cada sustancia en cantidades distintas, sobre cada sustancia consumida en público o en privado, en solitario o en compañía, etc. Segundo, hay áreas del derecho como el derecho previsional o el derecho a la salud, donde las decisiones minimalistas solo fuerzan años de litigio para miles de jubilados y pacientes, que una regla clara y general podría ahorrarles. Tercero, el enfoque minimalista parece proponer frente a los grandes males, pequeños remedios, pero tal vez los abusos y violaciones de derechos que acompañan a la guerra contra las drogas

son tantos y tan graves que solamente una regla clara podría contribuir a replantear la mirada jurídica dominante sobre este tema.

Grosman aclara que sus *“críticas...deben entenderse en términos relativos. Al fin y al cabo, el maximalismo de una decisión es siempre una cuestión de grados, ya que toda decisión judicial, y ciertamente una decisión de la Corte Suprema, en alguna medida incurrirá en generalizaciones y derramará sus efectos sobre situaciones distintas de las planteadas en el caso concreto; pero la cuestión es en qué medida y respecto de qué cuestiones”*. El problema que Grosman esboza, en otras palabras, es el siguiente y va al corazón del planteo *“anti-maximalista”*. Todo avance jurisprudencial podría descomponerse en diferentes pasos, por lo que cualquier cambio supuestamente incremental podría presentarse como maximalista (ya que siempre será posible presentar una alternativa más minimalista, basada en una descripción más acotada de los hechos relevantes del caso, por ejemplo). Por lo tanto, la evaluación de si una determinada decisión judicial es un avance demasiado ambicioso o uno incremental, dependerá en última instancia de la evaluación de cuán profunda sea la injusticia que el fallo intenta remediar, de cuán tolerable sea la desigualdad de la norma que la Corte invalida, etc. Que un avance es demasiado ambicioso o insuficiente, que un poder del Estado está avanzando muy lento o muy rápido en un tema, será siempre el resultado de un juicio que deberá ponderar cuán importante es el interés o valor que se está protegiendo o promoviendo con la decisión. Si el obstáculo que la Corte intentara remover fuera la discriminación racial, ¿cuánto minimalismo querríamos que empleara? ¿Por ejemplo, debería actuar la Corte en forma minimalista respecto de la manipulación de la publicidad oficial, pronunciándose primero respecto de diarios de circulación municipal, luego de alcance provincial y luego de medios nacionales?

Otro problema es que puede ser el caso que la decisión aparezca como *“maximalista”* cuando en realidad la potencia del fallo deriva simplemente de una regla constitucional ambiciosa. Si el Art. 19 de la Constitución protege de pena a toda conducta inofensiva para terceros, un fallo que se basa en dicho estándar para invalidar la punición de la tenencia no es más maximalista que un fallo que invalidara un acto de censura sobre la base de que la Constitución prohíbe *todo* acto de censura. En todo caso o la maximalista es la Constitución o la Corte la interpreta mal. El argumento *“anti-maximalista”* no puede eludir tomar partido al respecto.

El mote de *“maximalista”* aplicado a Arriola me parece exagerado, si tomamos en cuenta además que la Corte ha decidido, simplemente, volver a un respetadísimo precedente de un cuarto de siglo atrás, que había sido revocado por una Corte ampliamente desacreditada por su dependencia con el Ejecutivo, sus actos de corrupción y su extremismo ideológico.

Según Grosman, Arriola establece una regla que excede los hechos del caso, en lugar de limitarse a establecer la regla aplicable a la tenencia de pequeñas cantidades de marihuana, una sustancia escasamente adictiva y lesiva a la salud. En cam-

bio, la regla de protección amplia de Arriola corre el riesgo de ser aplicada a casos relevantemente distintos, casos en que la droga sea más dañina o adictiva, o cuyo consumo favorezca la comisión de delitos. Por supuesto, esta objeción depende de qué elementos se consideren relevantes y cuáles no. La Corte, al endosar el principio del daño de Mill, considera que la potencia y adictividad de la droga en cuestión es irrelevante, a los efectos de la constitucionalidad de su punición. (El análisis de la relación entre consumo de drogas y comisión de delitos hecho por la Corte en Bazterrica, por otra parte, excede los casos de consumo de marihuana). Grosman está en desacuerdo con la idea de que todas las acciones que no afectan a terceros deban quedar protegidas de pena. Cuando las acciones autolesivas superan cierto umbral de daño o adictividad, su punición le resulta menos cuestionable. La Corte piensa lo contrario, pero eso no es maximalismo, es liberalismo clásico.

Por último, Grosman cuestiona que en su generalidad, Arriola no presta suficiente atención a la relación entre consumo de drogas y comisión de delitos. Grosman duda que sea razonable aplicar la regla de Arriola a una droga hipotética (que llama “paco plus”), cuyo consumo hipotético es seguido por la comisión (también hipotética) de delitos. Sin embargo, lo que parece maximalista es pedirle a la Corte que no enuncie una regla porque ésta podría ser exceptuada por la existencia de una sustancia... meramente imaginaria.

Endoso la preocupación a favor de que el Estado actúe siempre teniendo en cuenta los matices de los problemas que enfrenta, evitando políticas que generalicen soluciones sin atender a las distinciones relevantes. La prohibición de usar el derecho penal contra *todos* los consumidores permitiría poner el foco en las políticas educativas, de policía, y sanitarias más eficaces, teniendo en cuenta cantidades de droga, tipos de droga, regulación en defensa de terceros en lugares públicos, etc. Ser “maximalistas” con la herramienta que no sirve, nos permitiría ser minimalistas y puntillosos en el uso de todas las herramientas que un estado inteligente pero no represivo tienen en sus manos para minimizar el impacto negativo del consumo de drogas.

8. CONCLUSIÓN

En este ensayo defendí una lectura amplia del fallo Arriola, que inclusive lo ubica como una decisión más tajante que Bazterrica. La razón más importante para respaldar esta lectura es que la Corte reivindica el fallo Bazterrica pero según el voto de Petracchi, que provee una fundamentación más liberal aún que la del voto mayoritario. Esta fundamentación de Bazterrica, a su vez, está en línea con la idea de la igualdad democrática, que ofrece razones adicionales para repudiar la punición de la tenencia para consumo de estupefacientes. Si esta lectura fuera correcta, la progenie de Bazterrica (los casos anteriores a Montalvo ya citados) que había disminuido drásticamente el alcance de su regla protectora, no debe resucitar.

En suma, la idea de la igualdad democrática respalda una lectura amplia de la autonomía que no sólo nos protege contra las visiones utilitaristas y perfeccionistas, sino que también nos ampara frente a un tipo de estado incompatible con una sociedad de iguales.