

# **XVI CONGRESO NACIONAL y VI LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA**

## ***“Latinoamérica entre disensos y consensos, nuevos abordajes en sociología jurídica”***

**Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud (UNSE)  
Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU)**

**Santiago del Estero, Argentina – 28, 29 y 30 de octubre de 2015**

### **Comisión N° 3: Delitos y control social**

#### **TENENCIA DE DROGAS PARA USO PERSONAL: RESPUESTAS DE LA CORTE SUPREMA**

*María Isabel Urquiza*<sup>1</sup>

A lo largo de treinta y un años, desde 1978 a 2009, la Corte Suprema dio variadas respuestas a la compleja problemática de la tenencia de drogas para uso personal. Asimismo, el Alto Tribunal construyó discursivamente, desde distintos modelos jurídicos, categorías desviantes al resolver los casos Colavini, Bazterrica, Montalvo y Arriola. Las distintas conformaciones de la Corte en momentos socio-históricos diversos, pudieron contribuir a todo lo anterior; así como el protagonismo y liderazgo de determinados ministros.

A través del análisis de discurso de cuatro fallos clave del Máximo Tribunal, procuraré correr el velo del lenguaje explícito y mostrar las categorías desviantes construidas en dichas sentencias para resolver la oscilación permanente entre lo permitido y lo prohibido. En relación con estas ideas, también se mostrará el protagonismo de determinados ministros en la pugna discursiva desde la dictadura militar hasta la primera década de este nuevo siglo, procurando reflexionar acerca del papel de poder que se auto-legitimó la Corte en cada caso.

Palabras clave: tenencia de drogas – uso personal – Corte Suprema

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC (Tesis Doctoral calificada con 10 Sobresaliente y mención de publicación). Profesora Adjunta de Introducción al Derecho “A” con extensión a Sociología Jurídica “A” y a Seminario Interdisciplinario sobre Modelos Jurídicos y Minorías en la Corte Suprema; FDYCS, UNC. Mail: marisaurquiza@gmail.com

# POSSESSION OF DRUGS FOR PERSONAL USE: ANSWERS FROM THE SUPREME COURT

*María Isabel Urquiza*

For as long as thirty one years, from 1978 to 2009, the Supreme Court gave a different number of answers to the complex issue of possession of drugs for personal use. Also, the High Tribunal contributed discursively, from different legal models, deviant categories, to resolve the Colavini, Bazterrica, Montalvo and Arriola cases. The different structures of the Court in diverse social and historical moments were able to contribute to all the above, as well as the leadership and prominence of certain ministers.

Through discourse analysis of four key Court sentences, I will try to unveil explicit language and show the deviant constructed categories in such sentences in order to resolve the permanent swaying between what is allowed and what is prohibited. Regarding these ideas, I will also show the prominence of certain ministers in their discourse struggle from the time of military dictatorship to the first decade of this new century, trying to reflect upon the power role that the Court self-legitimized in each case.

Key words: possession of drugs – personal use – Supreme Court

*“El acto de inyectar heroína en una vena no es desviado en sí mismo. Si una enfermera administra drogas a un paciente siguiendo indicaciones de un médico, todo está perfectamente n orden. El acto se convierte en desviado cuando se hace en una forma que, públicamente, se considera indebida. El carácter desviado de un acto radica en la forma en que lo define la mentalidad pública”.*<sup>2</sup>

## 1. Introducción.

El poder de nombrar y de rotular implicaba en la antigüedad, una de las máximas expresiones de poder. “Quien recibe un nombre, recibe un destino”, decían los hombres antiguos. En nuestros días, operadores jurídicos calificados, como los ministros de la Corte Suprema, también ejercen el poder de nombrar; ya que el derecho, en cuanto forma por excelencia del poder simbólico de nominación, crea aquello nombrado, a través de distintas máscaras.

---

<sup>2</sup> BECKER, HOWARD (1971). *Sociological Work*. Allen Lane, London, p. 341.

En este sentido, a lo largo de más de treinta años, en diversos fallos, el Alto Tribunal caracterizó a los tenedores de droga para uso personal, desde diversos modelos jurídicos y según la comprensión de la oscilación permitido – prohibido. Procuraré mostrar las distintas máscaras, expresiones fijas y a la vez ecos de sentimientos, construidas a lo largo de las últimas décadas. Asimismo, recurriré a análisis de discurso en los cuatro fallos seleccionados, compatible con las cosmovisiones complejas y multidimensionales de los fenómenos jurídicos.

## 2. Colavini (1978).

El 28 de marzo de 1978, la Corte se pronuncia sobre la causa “Colavini, Ariel O. s/ infracción ley 20.771 (Estupefacientes)”.<sup>3</sup> La sentencia es homogénea, como casi todos los fallos durante el período militar. En dieciocho considerandos votan unánimemente los ministros: Adolfo R. Gabrielli<sup>4</sup>, Abelardo Francisco Rossi<sup>5</sup>, Pedro José Frías<sup>6</sup> y Emilio Miguel R. Daireaux<sup>7</sup>.

Ariel O. Colavini había sido detenido por una comisión policial mientras circulaba por la plaza “Los Aviadores”, correspondiente a la localidad de la ciudad Jardín Lomas del Palomar, por haberse secuestrado entre sus ropas, dos cigarrillos que contenían, según determinó una pericia posterior, *cannabis linneo*, sustancia conocida como marihuana.<sup>8</sup> La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia condenando a Ariel O. Colavini a dos años de prisión en suspenso y \$5.000 de multa, como autor del delito previsto en el art. 6º de la ley N° 20.771 (tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal). La Corte reproduce en el considerando 2º, mientras narrativiza<sup>9</sup>, la caracterización que hiciera dicha Cámara, respecto del acusado: “(...) *el toxicómano no será punible por serlo, sino por la acción*

---

<sup>3</sup> Fallos, 300: 254.

La ley 20.771 fue publicada en el Boletín Oficial el 9/10/1974, bajo la presidencia de Martínez de Perón.

<sup>4</sup> Tenía 65 años al asumir la Alta Magistratura en 1976. Cesó en sus funciones, en 1983, al comenzar el período constitucional.

<sup>5</sup> Tenía 55 años en 1976, al asumir como ministro. Cesó en sus funciones, en 1983, al comenzar la presidencia de Alfonsín.

<sup>6</sup> En 1976, al asumir como miembro de la Corte, tenía 55 años. Junto con Rossi, era uno de los ministros más jóvenes al comenzar la dictadura. Renunció en 1983.

<sup>7</sup> Asumió como ministro en 1977, con 68 años. Falleció en 1980.

<sup>8</sup> Cfr. Capítulo I, primer párrafo del Dictamen del Procurador General Elías P. Guastavino.

<sup>9</sup> La narrativización, en cuanto estrategia típica de operación simbólica, procura legitimar discursivamente, tanto la caracterización como “toxicómano” de Ariel Colavini, como vincular el relato de lo pasado con el del presente que realiza la Corte; unificándolos a través de la estrategia de simbolización de unidad.

*cumplida para obtener la droga*”. Se advierte aquí la categoría “*toxicómano*” que construye el tribunal de apelación, pero inmediatamente se unifica la sola tenencia con la obtención de la droga; lo cual implica implícitamente, acciones de peligrosidad que deben ser reprimidas. La Corte hace suya esta unificación, no diferenciando la sola tenencia con el tráfico. Así lo manifiesta en el considerando 11°):

*“11) Que todo el proceso (...) comienza por la producción y se clausura con la compra y la tenencia por el usuario.”*

¿En qué consiste este “*proceso*”? El Máximo Tribunal lo “*bosqueja*” en los considerandos 5°) a 7°), 9°), 13°) y 15°). En el considerando 5°) para caracterizar la unificación producción-compra-tenencia, se vale de las estrategias simbólicas de nominalización<sup>10</sup> y contexto catástrofe<sup>11</sup>:

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

---

<sup>10</sup> La cosificación, como modo de operar simbólico de la ideología, se manifiesta mediante diversas estrategias. Una de ellas es la nominalización, mediante ellas, las personas y sus acciones son consideradas como objetos, sustantivándose. También los procesos se representan como cosas, sin tener en cuenta ningún actor o protagonista. En este sentido, se omiten referencias socio-históricas, diacrónicas y sincrónicas. El espacio se torna indefinido y el tiempo un continuum del presente, que se eterniza.

Cfr. THOMPSON, JOHN (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

Cfr. VANDIJK, TEUN:

- 2003. *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.
- 2006. a. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.
- 2006. b. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.

<sup>11</sup> Cfr. VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE:

- (1992). *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1997). *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.
- (1999). “Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico”, en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 1999:55-104*, Gedisa, Barcelona.
- (2007). “Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso”, en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 2007: 148-187*. Disponible en: [www.dissoc.org](http://www.dissoc.org) (10/1/2012).

La primera categoría que expresa la Corte en este considerando, para caracterizar el proceso (producción-compra-tenencia) es la de **“calamidad social”**, inmediatamente a través de tropos, la compara con: *“las guerras que asuelan a la humanidad”* y con *“las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban”*. Seguidamente formula una nueva categoría, la de **“plaga”** con consecuencias en *“la práctica aniquilación de los individuos”* y en *“su gravitación en la moral y la economía de los pueblos”*. Esta última consecuencia se puede advertir en: *“la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.”* Se advierten simbolismos de simulación<sup>12</sup>, como el uso figurado del lenguaje para diferenciar la oposición temporal antes/ahora; la unificación de un amplio nosotros en *“la humanidad”* o en *“nuestra civilización”*, para oponerlo al enemigo que se explicita en la nominalización *“delincuencia común y subversiva”*. No se trata aquí sólo de convocar a un exponencial y unido nosotros; sino también y concomitantemente, de expurgar al enemigo interior: aquellos que quieren subvertir el orden social.

En el considerando 6º) agrega la categoría **“mal”**, continuando con las estrategias de sustitución y expurgación del otro, las que permiten construir un enemigo al que se lo va retratando progresivamente como maligno, dañino, amenazador, peligroso. En el siguiente considerando se agrega la categoría de **“azote”**; y en el considerando 9º), la expresión **“vicio”** reafirma la fuerte lectura moral y a la vez política que realiza la Corte. En el considerando 13º) el Alto tribunal diferencia y fragmenta la unificación producción-compra-tenencia, expresando la categoría **“tenedor de la droga prohibida”**. No sólo se manifiesta el poder simbólico a través de lo que se dice, sino también a través de lo que se calla, de lo que no se nombra porque es prohibido. Por último, en el considerando 15º) la expresión **“riesgo potencial”** refuerza las anteriores categorías y antecede a la explicitación del criterio juzgador del Máximo Tribunal en este caso: *“es lícita toda actividad estatal enderezada a evitarlo”*. Lo triste es que los considerados desviados en ese período, a los que se quería “enderezar”, sufrieron los efectos de “la licitud de la actividad estatal”.

El modelo jurídico dominante en este fallo es el positivista o unidimensional, modelo aristocrático y decimonónico, que se centra en la norma y se aleja de la ética y de la realidad social; que concentra el poder en el Estado y en su producción, como es el caso de las sentencias

---

<sup>12</sup> *“Las relaciones de dominación se pueden establecer y sostener al ocultarse, negarse o disimularse, o al representarse de una manera que desvíe la atención o que oculte las relaciones o procesos existentes.”* THOMPSON, JOHN (2002), op. cit., p. 94.

judiciales, era vivido como un dispensador de certezas que se reproducían socialmente en forma dogmática<sup>13</sup>.

### 3. Bazterrica (1986).

Ocho años más tarde, la Corte resuelve un caso con características similares. Se trata de “Bazterrica, Gustavo M. s/ tenencia de estupefacientes”<sup>14</sup>. La sentencia es de contenido heterogéneo. Los ministros que elaboraron el voto mayoritario fueron Augusto César Belluscio<sup>15</sup> y Jorge Antonio Bacqué<sup>16</sup>. Enrique Petracchi<sup>17</sup> apoya el voto mayoritario, pero vota bajo la modalidad “según su voto”, ya que difiere en los fundamentos, conformando así una minoría nómica implícita. El presidente de la Corte, José Severo Caballero<sup>18</sup>, y Carlos Santiago Fayt<sup>19</sup> votan en disidencia.<sup>20</sup>

A diferencia del fallo de 1978, aquí la mayoría de los ministros del Alto Tribunal, no considera la tenencia como parte de un proceso que comienza con la producción de la droga. En los considerandos 10º) y 11º) caracteriza a los tenedores de droga.

En el considerando 10º) último párrafo *in fine*, se refiere al “**comportamiento desviado de los sujetos**”, con lo cual implícitamente los considera “sujetos desviados”.

En el siguiente considerando del voto de la mayoría caracteriza al tenedor de estupefacientes como “**drogado**”, “**sujeto**”, “**individuo (...) estigmatizado como delincuente**”, “**adicto**”. En este sentido, en el segundo párrafo de este considerando, *in fine*, se afirma:

---

<sup>13</sup> “El positivismo jurídico, al separar el ser del deber ser impide el conocimiento de la vida real del derecho y dentro de ésta, la interacción entre la jurisprudencia y la doctrina donde el conocimiento y la voluntad colaboran íntimamente para satisfacer a la vez, en la medida de lo posible, las necesidades de seguridad y de equidad.” VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE (1992). Op. cit., p. 187.

<sup>14</sup> Fallos, 308: 1412.

En la misma fecha, la Corte resuelve en el mismo sentido, otro caso con características similares. Se trata de “Capalbo, Alejandro Carlos”. Fallos, 308: 1392.

<sup>15</sup> Ingresó a la Corte en 1983, tenía 53 años. Renunció en el año 2004.

<sup>16</sup> Asumió como ministro en 1983, tenía 63 años. Renunció en 1990.

<sup>17</sup> Comenzó en 1983, tenía 48 años. Falleció en funciones en el año 2014.

<sup>18</sup> Ingresó al Alto Tribunal en 1983, tenía 66 años. Renunció en 1990.

<sup>19</sup> Asumió en la Corte en 1983, tenía 65 años. Aún continúa en funciones. Presentó su renuncia a efectivizarse a partir del 11/12/2015.

<sup>20</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, confirmó la sentencia de primera instancia por la que se condena a Gustavo M. Bazterrica, a la pena de un año de prisión en suspenso, \$a200 de multa y costas, como autor del delito de tenencia de estupefacientes. La defensa dedujo recurso extraordinario por considerar que el art. 6º de la ley 20.771, que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal, vulnera el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional. La Corte por mayoría, en trece considerandos, formula su voto; declarando la inconstitucionalidad del referido art. 6º de la ley 20.771.

“11º (...) Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. (...)”<sup>21</sup>

El voto del ministro Petracchi ordena su voto en veintisiete considerandos. Distingue la problemática de la droga de los simples tenedores. Al fenómeno de la droga lo caracteriza en el considerando 5º), tercer párrafo, como: **“problema temible”** y **“lacra”**. Asimismo, diferencia a los **“adictos”** de los **“simples tenedores de estupefacientes para uso personal”**, en el considerando 16º), último párrafo:

“16º (...) Según surge de lo reseñado, parece ser que, con relación a los adictos y simples tenedores de estupefacientes para uso personal, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede representarles un ulterior estigma que facilite su adhesión a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas en lugar de fortalecer su readaptación a la vida productiva. En tales condiciones, la sanción penal per se es inútil y, por lo mismo, irrazonable.”<sup>22</sup>

Se advierte la influencia del enfoque de la reacción social postulado por Edwin Lemert (1912-1996), Howard Saul Becker (n. 1928), entre otros. Estos autores muestran el poder que tienen las agencias de control social ante un primer acto desviado, sus repercusiones serían tales que la persona comenzaría a considerarse desviado y continuaría realizando cada vez más ese acto. Asimismo, están presentes las ideas de Erving Goffman (1922-1982) acerca del estigma<sup>23</sup>; para quien, el individuo estigmatizado presenta a los otros un yo precario, sujeto al abuso y al descrédito. En este sentido, se define a sí mismo

---

<sup>21</sup> Llama la atención el tomo profético en el discurso de la mayoría; lo cual muestra no sólo cuál sería el futuro del Sr. Bazterrica en el caso de que se lo condenase; sino también como se auto-representa la Corte. No le bastó el acto de poder de sentenciar, debía profetizar.

“La eficacia de todos los actos de magia social, de los que la sanción jurídica representa la forma canónica, no puede operar sino en la medida en que la fuerza propiamente simbólica de la legitimación, o mejor, de naturalización (lo natural siendo lo que no presenta cuestión acerca de su legitimidad) recubre y redobla la fuerza histórica inmanente que la autoridad y la autorización de esos actos refuerza o libera.” BOURDIEU, PIERRE y GUNTHER TEUBNER (2000). *La fuerza del derecho*. Estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, p. 200.

<sup>22</sup> Se aclara que en la transcripción anterior, lo que aparece en letra normal, en el original está en bastardilla. Esta bastardilla opera como un tónico del argumento vertido. Asimismo, para fortalecer dicho argumento, el juez se vale también de la estrategia de racionalización, no sólo para persuadir, sino para mostrar que es digno de apoyo y legitimación.

<sup>23</sup> “En la actualidad, la palabra (estigma) es ampliamente utilizada con un sentido bastante parecido al original (signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quien los presentaba), pero con ella se designa preferentemente al mal en sí mismo y no a sus manifestaciones corporales.” GOFFMAN, ERVING (2006). *Estigma. La identidad deteriorada*. Amorrortu, Buenos Aires, p. 11.



como igual a cualquier persona; pero al mismo tiempo, tanto por él mismo como por los otros, es definido como un individuo marginal.

Más adelante, el ministro Petracchi, en el considerando 18º) utiliza las expresiones “*consumidor*” y “*simples consumidores*”, para referirse al o a los tenedores de droga para uso personal.

A diferencia del voto de la mayoría y el de Petracchi, la minoría integrada por Caballero y Fayt integra su voto en diecinueve considerandos. En forma similar al fallo Colavini, considera el proceso elaboración-comercialización-tenencia de la droga. En los considerandos 8º), 9º), 11º) y 18º) denomina a este proceso respectivamente como “*mal que afecta a todos los pueblos*”, “*flagelo social*”<sup>24</sup>, “*uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana*”<sup>25</sup>, “*problema temible y desgarrador*”. Remarco que tanto la primera como la penúltima categorías ya estaban presentes en el texto de 1978, Colavini.

Asimismo, en el considerando 18º) primer párrafo *in fine*, la minoría afirma:

“18º) (...) *En otras palabras, la tenencia voluntaria de sustancias estupefacientes, cualquiera sea su finalidad, constituye una manera de mantener el riesgo creado por aquél que las elaboró o introdujo.*”<sup>26</sup>

Más adelante, en el segundo párrafo del mismo considerando los ministros expresan:

“18º) (...) *Sobre este aspecto corresponde poner nuevamente el acento en que no se pena el consumo como hábito que pueda revelar una personalidad débil o dependiente porque este acto mismo queda reservado a la esfera de intimidad del art. 19 de la Const. Nacional, ni tampoco se lo pena por la autolesión en que el consumo pueda en definitiva resultar. Las figuras de la ley 20.771 no tutelan la integridad personal, sino la salud pública*”.

El peligro al que se refieren enfáticamente se racionaliza mediante la tutela de la salud pública. Esta minoría estaba conformada por el presidente de la Corte, que representaba a la Corte misma; pese a ello, queda arrinconado en la disidencia. La pugna de poder entre los ministros es fuerte así como la individualidad de Petracchi, que pese a compartir la decisión mayoritaria vota solo. Las concepciones de lo permitido y prohibido corresponden a la afinidad con diversos modelos jurídicos. Indudablemente, la minoría muestra cercanía con el modelo jurídico unidimensional, como también ocurrió en Colavini, años atrás.

---

<sup>24</sup> Este tropo ya aparece en el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañara el proyecto elaborado sobre la materia y que luego fuera sancionado con modificaciones por el Congreso en 1974, como ley 20.771.

<sup>25</sup> Este tropo ya figura en las discusiones parlamentarias de la ley 20.771, según Diario de Sesiones, septiembre 26-27 de 1974, p. 2438.

<sup>26</sup> El uso simbólico de la unidad contribuye a mantener la tensión del riesgo en un permanente contexto catástrofe.



La mayoría eligió modelos de mayor apertura a otras dimensiones. Los jueces Belluscio y Bacqué, que redactaron el voto de la mayoría, refleja ideas características del modelo jurídico tridimensional, el cual considera al derecho como una unidad inescindible entre hecho, norma y valor, estudiados pluridisciplinariamente por la sociología jurídica, la ciencia jurídica y la filosofía jurídica. En cambio, Petracchi muestra mayor apertura y su voto es más cercano al modelo jurídico multidimensional. Para este modelo el derecho es entendido como fenómeno jurídico y como mundo jurídico multidimensionales, estudiado interdisciplinariamente.

#### **4. Montalvo (1990).**

El 11 de diciembre de 1990, la Corte se pronuncia en “Montalvo, Ernesto Alfredo p. s. a. inf. ley 20.771”<sup>27</sup>, en un fallo dividido. Cabe aclarar que la conformación del Máximo Tribunal había cambiado, ya que ese mismo año se había ampliado el número de integrantes a nueve ministros.

La mayoría estaba conformada por Ricardo Levene (h)<sup>28</sup>, Mariano Augusto Cavagna Martínez<sup>29</sup>, Rodolfo C. Barra<sup>30</sup>, Julio S. Nazareno<sup>31</sup>, Julio Oyhanarte<sup>32</sup>, Eduardo Moliné O'Connor<sup>33</sup> y Carlos Santiago Fayt. Este último ministro, si bien apoyó la decisión mayoritaria, votó solo bajo la modalidad de “según su voto”. Hubo dos disidencias, las de Augusto César Belluscio y de Enrique Santiago Petracchi.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> *Fallos*, 313: 1333.

<sup>28</sup> Ingresó a la Corte durante la primera presidencia de Menem, en 1990; tenía 76 años. Renunció en 1995.

<sup>29</sup> Comenzó en 1990, tenía 54 años. Renunció en 1993.

<sup>30</sup> Asumió en 1990, tenía 42 años. Renunció en 1993.

<sup>31</sup> Era el presidente de la Corte durante el período menemista. Ingresó al Alto tribunal en 1990, tenía 58 años. Renunció en 2004.

<sup>32</sup> Comenzó en 1990, tenía 69 años. Renunció al año siguiente, en 1991.

<sup>33</sup> Asumió en 1990, tenía 52 años. Fue destituido por juicio político en el año 2004.

<sup>34</sup> El 8 de julio de 1986, el procesado junto a otra persona, fue llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 gramos de marihuana, hecho que reconoció al prestar declaración indagatoria. En primera instancia, Montalvo fue condenado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional y un mil australes de multa, por considerársele autor del delito de tenencia de estupefacientes, en los términos del art. 6° de la ley 20.771. La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, ante la vigencia de la ley 23.737, pendiente la apelación del procesado, modificó la tipificación legal de la conducta a él atribuida, por aplicación del art. 2° del Cód. Penal y la subsumió en el art. 14, segunda parte de la ley 23.737, al tiempo que disminuyó la pena, que fijó en tres meses de prisión de ejecución en suspenso. Asimismo, señaló que no correspondía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, por haber sido virtualmente desconocida por el Poder Legislativo, al incriminar la ley 23.737 la tenencia de estupefacientes en general y para uso personal en el art. 14, primera y segunda parte, respectivamente. La defensa interpuso recurso extraordinario.

La mayoría de los integrantes del Máximo Tribunal, en veintisiete considerandos, rechaza la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y del art. 14, segunda parte, de la ley 23.737 y confirma la sentencia apelada. Retoma el criterio de Colavini<sup>35</sup>, por el que se considera el proceso fabricación-comercialización-tenencia como una unidad. Las calificaciones que utiliza para nombrar al tenedor de droga para uso personal, son similares a las usadas en 1978:

- En el considerando 6° de voto mayoritario se refiere a “***uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana***”, expresiones ya vertidas en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, el 19 de septiembre de 1974, en la p. 2871. Cabe reflexionar acerca del alcance de volcar en una sentencia de la Corte, lo que se dijo en el calor de una discusión parlamentaria, en un lenguaje político, no judicial; además que aquello dicho en 1974, se reproduce en 1990, en un contexto completamente diverso tanto social como jurídico.<sup>36</sup> En 1974, no fue dicho para sentenciar a alguien en concreto, ahora sí.

- La mayoría, en el considerando 16°) afirma:

*“16) Que, por tanto, no es la cantidad lo que debe ponderarse, sino la naturaleza y efectos de los estupefacientes, máxime que el legislador no pudo dejar de tener en cuenta que, por lo general, el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento, y después, al ser detenido, declara que la droga es para uso personal y así la relación entre el tenedor y el traficante se consolida y hasta lo hace aparecer como ‘víctima del mal’ cuando ello es sólo parcialmente cierto. Se advierte así que la teoría de la ‘insignificancia’ –sostenida a veces por doctrinarios y sustento de algunos pronunciamientos*

---

<sup>35</sup> En el considerando 6° del voto mayoritario de Montalvo, para retomar el criterio establecido en Colavini, en 1978, se refiere a otros fallos en los que se adoptó un criterio similar. Estos son:

- Roldán (Fallos, 301: 673), sentencia del año 1979. Se establece que el alcance del art.6° de la ley 20.771, diciendo que “*su letra y espíritu trascienden los límites del derecho a la intimidad, por lo que es lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal, salvo obviamente, las destinadas a un empleo legítimo justificado por la medicina*”.
- Valerio (Fallos, 302: 1205), del año 1981. La Corte “*sostuvo que el art. 6° de la ley 20.771, en cuanto sanciona una conducta de las denominadas de ‘peligro abstracto’, encuentra su fundamento constitucional en que, una vez determinada por los poderes públicos la potencialidad dañosa de determinadas sustancias respecto de la salud pública, su tenencia constituye una acción que trasciende la intimidad, susceptible de ser castigada*”.
- Jury (Fallos, 304: 1678), sentencia del año 1982.
- Maldonado (Fallos, 305: 137), sentencia del año 1983.

<sup>36</sup> Llama poderosamente la atención que luego de una declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema en cuanto intérprete último de la Constitución Nacional, se dictara una nueva ley con contenidos similares a la anterior.

*judiciales- atenta contra el verdadero fin querido por el legislador: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante.”*

En este considerando transcripto se pueden apreciar categorías construidas para rotular a los poseedores de droga para uso personal: **“el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante”** y **“flagelo de la droga”**. Esta última expresión ya aparecía en el voto minoritario de Bazterrica, como se mostró *ut supra*. Asimismo, puede advertirse que en forma velada descalifica a la Corte anterior al referirse a la llamada teoría de la insignificancia y considerarla *“sustento de algunos pronunciamientos judiciales”*.

- En el considerando 22º) se reproducen textos extraídos del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, correspondientes al debate previo a la sanción de la ley 23.737. En la parte final de este considerando se reproduce:

*“22) (...) ‘son tremendas las consecuencias de esta plaga tanto en lo que se refiere a la práctica aniquilación del individuo como a su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducidas en la delincuencia común y subversiva, la incapacidad para realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia que es la base fundamental de nuestra civilización... Hay quienes piensan que somos libres de envenenarnos como nos place y que por consiguiente todo esfuerzo que haga la sociedad para impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado contra la libertad individual. Se trata de una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo sino que al hacerlo así causa perjuicio a quienes lo rodean’ (Diario de Sesiones del 8de marzo de 1989, p. 7781).”*

Aquí, las expresiones para referirse al poseedor de droga para uso personal son: **“esta plaga”**, **“toxicómano”**, **“vicio”**. La primera y última ya aparecen en Colavini. En particular “toxicómano está asociado a “vicio”, y por ello veladamente a considerárselo vicioso. Lo que llama poderosamente la atención es la alusión a la *“delincuencia común y subversiva”* como consecuencia de la “plaga” de la droga. Textualmente estaba en Colavini, pero en 1978, en pleno período militar tiene un impacto significativamente diverso a decirlo en un recinto legislativo en 1989, en plena efervescencia democrática y que además se cite en 1990 por una Corte democrática, que hace suyas estas palabras.

El ministro Fayt, apoya a la mayoría con fundamentos que remite a sus votos disidentes en los fallos Bazterrica y Capalbo. Belluscio vota en disidencia y también remite a su voto mayoritario en el caso Bazterrica.

Petracchi vota en disidencia, pero mantiene sus argumentos ya vertidos en Bazterrica y Capalbo, pero realiza nuevas precisiones para contestar a la mayoría en este caso; como podemos advertir en el considerando 8º) de su voto disidente:

“8) (...) la reiterada alegación –por parte de los partidarios de la incriminación de la mera tenencia de droga para uso personal- sobre las características ‘peligrosas’ que presentaría el drogadicto, hace necesario subrayar un doble orden de consideraciones sobre el punto: a) que es aventurado calificar como ‘drogadicta’ a una persona que se le encuentra una cantidad de estupefacientes destinada al uso personal; b) que no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución, establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales, como lo sería, obviamente, la calidad de drogadicto. Un derecho penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino a la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas.”

Considero claves las precisiones vertidas por Petracchi, ya que no puede considerarse drogadicto al simple tenedor de droga para uso personal. Asimismo, surge el interrogante: la Corte, al construir todas las categorías que vengo mostrando, ¿juzga por los hechos o por las características personales atribuidas a los poseedores de droga para uso personal?

El modelo jurídico unidimensional aparece en los contenidos de los votos de los ministros que redactaron el voto mayoritario, pero también en Fayt que apoyó este voto mediante la modalidad “según su voto”. En cambio, Belluscio, al remitir a al voto mayoritario de Bazterrica, remarca su afinidad al modelo jurídico tridimensional. Petracchi, al disentir y remitir a su voto en Bazterrica y al mismo tiempo realizar precisiones como las que transcribí *ut supra*, muestra una profunda cercanía al modelo jurídico multidimensional al mostrar especialmente fidelidad al núcleo no negociable plasmado en los principios básicos de la Constitución.

## **5. La reforma constitucional de 1994 y el neoconstitucionalismo.**

Con la reforma constitucional de 1994, nuestra Constitución aumentó en grado considerable la apertura que ya tenía con el artículo 33; otorgando jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos en el artículo 75, inciso 22. De esta forma, los derechos constitucionales adquirieron mayor relevancia y un desarrollo mayor al contenido en la primera parte del texto constitucional. Esta apertura constitucional, coincide con los presupuestos del neoconstitucionalismo, actualmente de expansión global.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> A modo de aproximación al fenómeno jurídico del neoconstitucionalismo, puede caracterizarse como “(...) un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional.” SANTIAGO, ALFONSO. 2008. *Neoconstitucionalismo*. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, p. 4. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (10/7/2015).

En relación con estas ideas, el neoconstitucionalismo propuso abandonar la interpretación de las normas constitucionales como programáticas para empezar a concebirlas como preceptivas, deduciéndose del texto constitucional en su totalidad, principios implícitos. Los derechos fundamentales pasaron a tener un papel central, extendiéndolos al ordenamiento jurídico y a la vida cotidiana a través de diversidad de relaciones. El Estado de derecho dejó de estar centrado en la ley, para pasar a centrarse en la constitución, eje de todo el ordenamiento jurídico y del Estado, que ahora es entendido como Estado constitucional de derecho. Todo ello fue impactando en el papel de la magistratura, que fue acrecentando su importancia y protagonismo. En manos de los jueces, el derecho se fue volviendo anti-formalista y maleable.<sup>38</sup>

Asimismo, los jueces de los tribunales constitucionales o de la Corte Suprema, como en Argentina, en sus fallos, comenzaron a formular recomendaciones, a fijar plazos para adecuaciones constitucionales, entre otras acciones, para coordinar el accionar judicial con los otros poderes del Estado. Fruto del activismo judicial, a estas sentencias, más flexibles que las tradicionales, se las denominó aditivas y exhortativas. En síntesis, la propia concepción del papel y protagonismo en materia de protección de derechos, por parte del Máximo Tribunal mutó; incrementándose la responsabilidad de interpretación, la que ahora debe expresarse en un lenguaje asequible al público y no sólo a los juristas.

Sin embargo, la heterogeneidad teórica y práctica de este movimiento presenta ciertos riesgos, debido a su impronta individualista y relativista, reflejada tanto en la literatura jurídica como en su instrumentación por parte de los jueces. En relación al último aspecto, entre las hipótesis de riesgo podría darse la posibilidad de llevar al debate judicial cuestiones legislativas, propias de los poderes políticos. En este sentido, hace más de

---

Este movimiento comenzó después de la Segunda Guerra Mundial, en Europa, a medida que comenzaron a funcionar tribunales constitucionales. Los ordenamientos jurídicos de los países del viejo mundo se transformaron poco a poco, constitucionalizándose. Dicho proceso, incorporó a la literatura jurídica, la idea de la interconexión necesaria entre derecho y moral; por lo que, la obediencia a la constitución y al ordenamiento constitucionalizado, pasó a ser considerado un deber moral.

La cultura jurídica basada en normas y en deberes jurídicos se transformó, concentrándose en el afianzamiento, garantía y vigencia plena de los derechos.

cincuenta años, la Corte Suprema estableció límites ante cualquier eventualidad de extralimitación.<sup>39</sup>

## **6. Arriola (2009).**

El 25 de agosto de 2009, la Corte dicta sentencia en “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”<sup>40</sup>. El fallo fue firmado por todos los ministros de la Corte, pero sólo fue redactado por dos: Elena Highton de Nolasco<sup>41</sup> y por Juan Carlos Maqueda<sup>42</sup>. Ricardo Lorenzetti<sup>43</sup>, Carlos Santiago Fayt, Enrique Petracchi, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>44</sup> y Carmen María Argibay<sup>45</sup> votaron individualmente, dando cada uno fundamentos por separado, bajo la modalidad “según su voto”. La decisión es aparentemente homogénea, pero con minorías encubiertas; todo ello muestra las dificultades al procurar consensuar la sentencia.<sup>46</sup>

La Corte Suprema, en decisión rubricada por todos su integrantes, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley N° 23.737 que tipifica el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que consideró que conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, al invadir la esfera de la intimidad y libertad personal, excluida de la autoridad de los órganos estatales. Decidió afianzar la respuesta constitucional dada en Bazterrica, veintitrés años atrás. Respecto de Montalvo, respuesta dada por el Alto Tribunal en 1990, consideró que las razones pragmáticas o

---

<sup>39</sup> En 1962, en el caso “Rendón”, la Corte afirmaba: *“El remedio a la posibilidad genérica de que la función legislativa se aparte de las exigencias del bien común, debe buscarse en los comicios y no en los estrados de la Corte Suprema, pues la Constitución Nacional no encomienda a ella la satisfacción del bienestar general, en los términos del art. 67 inc. 16 y 28.” Fallos, 251: 53.*

<sup>40</sup> Fallos, 332: 1963.

<sup>41</sup> Ingresó a la Corte en 2004, tenía 61 años; continúa hasta el presente.

<sup>42</sup> Comenzó en sus funciones en 2002, tenía 52 años; continúa hasta el presente.

<sup>43</sup> Asumió como ministro en 2004, tenía 49 años; continúa hasta el presente. En 2009 presidía la Corte y aun lo hace.

<sup>44</sup> Comenzó en 2004, tenía 63 años. Renunció a fines de 2014.

<sup>45</sup> Ingresó al Alto Tribunal en 2004, tenía 66 años. Falleció en 2014.

<sup>46</sup> En primera instancia se condena a Sebastián Eduardo Arriola<sup>46</sup> como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a la pena de seis años de prisión, multa de \$600 e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, imponiéndole la medida de seguridad curativa prevista en el art. 16 de la ley 23.737. La defensa interpuso recurso de casación, el que fue rechazado por la Cámara Nacional de Casación Penal, la que a su vez, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por la defensa.<sup>46</sup> Lo anterior, dio lugar a la interposición del recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Sebastián Arriola.

utilitaristas en que se sustentaba, habían fracasado. La actividad criminal, lejos de haber disminuido, se había acrecentado notablemente; todo ello pese a haber interpretado los derechos individuales restrictivamente.<sup>47</sup>

El considerando 23º) aplica el principio *pro homine* o pro persona, que se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por los tratados de derechos humanos con rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994:

*“23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio ‘pro homine’. De acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio ‘pro homine’ resulta más compatible con la posición de la Corte en ‘Bazterrica’ que en ‘Montalvo’, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.”*

Continúa el despliegue de estrategias de legitimación. En este sentido, cabe señalar que la expresión “*pro homine*”, no sólo aparece entrecomillada, sino subrayada en dos oportunidades. El doble refuerzo visual fortalece, jerarquiza y legitima la aplicación de este principio. Asimismo, la Corte especifica la regla de utilización de éste; e inmediatamente lo explica a través de un ejemplo, facilitando la comprensión y resolviendo la posible incerteza respecto al criterio de aplicación del mismo. Al final del párrafo, la expresión auto-inmunizante “*no hay dudas*”, procura cerrar la diferencia de criterios al resolver casos semejantes, décadas atrás.

Las categorías “**consumidores de droga**”, “**adictos**” “**víctimas más visibles**”, aparecen en el considerando 19º) segundo párrafo:

*“19) (...) No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduce en una revictimización”.*

Obsérvese que aquí aparece nuevamente la expresión “**flagelo**”, expresión constante en todos los fallos anteriores. Sin embargo, aquí no es para etiquetar al poseedor de droga para uso personal, sino para referirse a “**las bandas criminales del narcotráfico**”. Además, estas bandas victimizan tanto al poseedor como a sus familias, en especial cuando éstos “*se*

---

<sup>47</sup> Cfr. considerando 14º), segundo párrafo.



***transforman en adictos***". De modo que tampoco equipara al poseedor con el adicto e incluye a sus familias en la victimización. Y si el Estado castiga al consumidor (tenedor o adicto), lo re-victimiza. La nominalización del verbo victimizar acentúa todavía más la expresión re-victimización.

Sin embargo, aún permanece flotando en el ambiente el temor de que si se despenaliza la tenencia para uso personal, podría favorecer el consumo. La aclaración entrecomillada y subrayada, que realiza la Corte en el considerando 27º) así lo muestra:

*"27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica "legalizar la droga". No está de más aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (Ordoñez-Solís David, "Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación", en *European Journal of legal Studies*, vol. 1 EJLS, n° 2)."*<sup>48</sup>

Entre los demás ministros, quienes votaron con la modalidad "según su voto", se destacan los votos de Fayt y Zaffaroni. Respecto del primero, en treinta considerandos presentó sus fundamentos; destacándose el quinto párrafo del considerando 18º):

*"18) (...) Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su dignidad. Ello por cuanto –como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito- el acusado debe atravesar un iter necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el*

---

<sup>48</sup> Estas ideas se refuerzan asimismo, en el considerando 36º), segundo párrafo *in fine*: "36) (...) II. Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de estado contra el tráfico ilícito de estupefaciente y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país (...)."

La sentencia es exhortativa, acorde a los parámetros del neoconstitucionalismo y del papel activo que adjudica a los jueces.

*"De este modo, la primera exigencia que se le plantea al juez, a quien ejerce el poder judicial, es que entienda lo que dice y, ya en segundo lugar, se le demanda que explique la razón de ser de las dediciones judiciales, pues en nuestra época, también es necesario que se acepten los mandatos y se requiere, por tanto, que se argumente por qué la decisión se adopta en un sentido determinado. Al respecto puede sostenerse como un signo de nuestro tiempo, tal como indican Viola y Zaccaria, que 'el derecho es una tarea que consiste en inocular razonabilidad al ejercicio de la autoridad'."* ORDÓÑEZ-SOLÍS, DAVID (2007). "Los jueces europeos en una sociedad global: poder, lenguaje y argumentación", en *European Journal of Legal Studies; Judging Judges: Autumn/Winter 2007; Vol.1, EJLS, No.2*. Disponible en:

[http://ec.europa.eu/spain/pdf/team\\_europe/articulo\\_team\\_europe\\_ordonez\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/spain/pdf/team_europe/articulo_team_europe_ordonez_es.pdf) (28/9/2015).

*encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro.”<sup>49</sup>*

En este párrafo se advierte una fuerte coincidencia con el voto de Petracchi de 1986. Asimismo, se destacan los tropos respecto del estigma, reforzado al final por la expresión metafórica **“mácula”**.<sup>50</sup> Un aspecto del estigma consiste en la situación vital de estigmatizado, como lo señalara Erving Goffman, que al tener conciencia de su inferioridad convive con la inseguridad y por lo tanto con la ansiedad de ignorar en qué categoría será ubicado por los otros debido a su estigma.<sup>51</sup> Asimismo, el estigma presenta la característica de propagación hacia las personas más cercanas al estigmatizado; lo cual explicaría por qué estos vínculos tienden a evitarse y en caso de existir, a no perdurar.

Respecto del voto de Zaffaroni, ordenado en veintitrés considerandos, destaca un par de cuestiones clave:

- *“18) Que el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que había alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que en la práctica prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo.”*

Es de destacar el modo en que nominaliza y cosifica la norma: **“instrumento de poder punitivo”, “habilitación de poder punitivo”**; así como el hecho de reconocer que la mayoría de este tipo de causas prescriben.

- *“21) Que, asimismo, el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza del acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en el que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso.”*

---

<sup>49</sup> Estas ideas se refuerzan en el primer párrafo del considerando 20º: *“(…) es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de la causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión.”*

<sup>50</sup> La metáfora **“mácula”** hace referencia tanto a la visión actual (mal en sí mismo) del estigma como a la antigua (signos corporales con los cuales se procuraba exhibir algo considerado malo y poco habitual en el status moral de quien los tenía).

<sup>51</sup> *“El temor a que los demás puedan faltarle el respeto a una persona por algo que ésta exhibe significa que se sentirá siempre insegura en su contacto con otra gente; y esta inseguridad proviene no de fuente misteriosas y en cierta medida desconocidas, como sucede con la mayor parte de nuestra ansiedad, sino de algo que ese individuo sabe que no puede arreglar.”* GOFFMAN, ERVING, op. cit., p. 24.

Este aspecto no había sido tratado en ninguno de los fallos anteriores ni en ninguno de los votos de los demás ministros en este caso. La idea de incriminar al “*usuario*” era la de evitar el tráfico; en cambio aquí se señala que incriminando al “*usuario*” se obstaculiza la persecución penal del tráfico.

En este fallo el péndulo de lo prohibido / permitido se oscila en un sentido similar al de Bazterrica; como también, Arriola agrega un elemento clave a esta problemática y es lo que acabamos de señalar respecto de la relación consumidor o usuario y tráfico de estupefacientes. Asimismo, el modelo predominante en la argumentación es el modelo jurídico multidimensional y las ideas del neoconstitucionalismo.

## **7. Reflexiones finales.**

A lo largo de más de tres décadas, el péndulo entre lo permitido y lo prohibido osciló entre criminalizar la tenencia de droga para uso personal, en un primer momento; con lo cual se sentenció por ser parte del tráfico y por la peligrosidad que esto último entrañara; recurriéndose a etiquetas de alta carga simbólica. En un segundo momento, la permisión estuvo dada por desincriminar la simple tenencia de drogas para uso personal; marcando el proceso de estigmatización al que era sometida la persona a la que se criminalizaba, la que llevaba la marca de su status criminal en su lenguaje, en su apariencia, en sus modales, convirtiéndola en ciudadano de segunda clase. La siguiente oscilación trajo los argumentos de la década de los setenta a los noventa, del caso Colavini al caso Montalvo, oscureciéndolos e ideologizándolos todavía más. Y en el último movimiento pendular, la desincriminación predomina hasta el presente a través del caso Arriola, en 2009. Concomitantemente a lo anterior, en cada movimiento entre lo permitido y lo prohibido, triunfaba uno u otro modelo jurídico opacando o desvelando la argumentación vertida en cada decisión a la que se contraponía.

Podemos afirmar que después de la reforma constitucional de 1994, la fuerza expansiva de la democracia ha llegado plenamente a los estrados judiciales y a las sentencias de los jueces. En este sentido, el Alto Tribunal se ha configurado como un “*foro de principios*” como expresara Ronald Dworkin (1931-2013).<sup>52</sup> Al mismo tiempo, se proyectan las ideas procedentes del neoconstitucionalismo, por ejemplo en el cambio del

---

<sup>52</sup> DWORKIN, RONALD. 2012. *Una cuestión de principios*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, pp. 100-102.

papel de los jueces de la Corte: una actitud de mayor cercanía con los problemas a tratar y con las personas concretas que los sufren; no solamente desde una actitud democrática, sino que procura recoger los resultados de las investigaciones, escuchar posturas contrapuestas, aun cuando su posición se encontrare ya definida frente a un determinado conflicto. Se destacan entre otros aspectos también, en el caso Arriola, la afirmación de que el principio *pro homine* informa todo el derecho de los derechos humanos; una actitud predominantemente anti-formalista afín al neoconstitucionalismo.

Sin embargo, la recurrencia a una gran cantidad de recursos argumentativos de todo tipo, muestra que los acuerdos consensuales fueron difíciles de lograr y cuando se consiguieron, el grado de complejidad es tan alto que nos hace dudar cuando leemos que la sentencia fue unánime y sólo hubo diferencias de fundamentos en la modalidad “según su voto”.

Quisiera acercar esta reflexión de Gustavo Zagrebelsky (n. 1943), quien fue juez y presidente del Tribunal Constitucional italiano:

*“(…) la obligación de alimentar el deseo de Constitución y de saciarnos, aunque alcanza a todos, se refiere en primer lugar a los jueces constitucionales. ¿Cómo? Obviamente, a través de la jurisprudencia, una jurisprudencia que no se contemple a sí misma, que sepa hablar con claridad y en general, que no tema proclamar netamente los principios esenciales que la sostienen y argumentar su importancia en la vida civil, para convertirse así en fuerza viva de la historia y de la cultura constitucional”.*<sup>53</sup>

Éste es también nuestro más ferviente anhelo.

## 8. Bibliografía.

- BECKER, HOWARD (1971). *Sociological Work*. Allen Lane, London.
- BOURDIEU, PIERRE y GUNTHER TEUBNER (2000). *La fuerza del derecho*. Estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
- DWORKIN, RONALD (2012). *Una cuestión de principios*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires
- GOFFMAN, ERVING (2006). *Estigma. La identidad deteriorada*. Amorrortu, Buenos Aires.

---

<sup>53</sup> ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Mínima Trotta, Madrid, pp. 107-108.

- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO (1995). *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación.
- ORDÓÑEZ-SOLÍS, DAVID (2007). “Los jueces europeos en una sociedad global: poder, lenguaje y argumentación”, en *European Journal of Legal Studies; Judging Judges: Autumn/Winter 2007; Vol.1, EJLS, No.2*. Disponible en: [http://ec.europa.eu/spain/pdf/team\\_europe/articulo\\_team\\_europe\\_ordonez\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/spain/pdf/team_europe/articulo_team_europe_ordonez_es.pdf) (28/9/20915).
- SANTIAGO, ALFONSO (2008). *Neoconstitucionalismo*. Conferencia dictada en sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (10/7/2015).
- THOMPSON, JOHN (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.
- VAN DIJK, TEUN (2003). *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.
- VAN DIJK, TEUN (2006) a. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.
- VAN DIJK, TEUN (2006) b. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.
- VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE (1992). *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. - (1997). *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.
- VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE (1999). “Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico”, en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 1999:55-104*, Gedisa, Barcelona.
- VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE (2007). “Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso”, en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 2007: 148-187*. Disponible en: [www.dissoc.org](http://www.dissoc.org) (10/1/2012).

- ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Mínima Trotta, Madrid.

**Documentos.**

- Colección *Fallos*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: [www.csjn.gov.ar/](http://www.csjn.gov.ar/)
- Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.