

## **El caso “Arriola” y las fuentes del derecho.**

*The “Arriola” case and the source of law.*

**Ramón Trejo\***

### **Resumen:**

Este es un artículo sobre el desarrollo interpretativo de la sentencia del caso "Arriola", emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El artículo se ha limitado a estudiar las fuentes del caso y, por lo tanto, común a la discusión sobre la legalidad de la tenencia de drogas para consumo personal. Para esta tarea, se utilizó el concepto de *bricolage* formulado por Lévi-Strauss. Del mismo modo, se realiza una consideración especial sobre la interpretación constitucional de los diversos precedentes en esta área. Por último, el artículo concluye resaltando el enfoque utilizado por la Corte Suprema para basar su juicio, señalando la falta de certeza en los criterios interpretativos aplicados al caso criticado.

### **Palabras clave.**

Corte Suprema , Fuentes del derecho , Precedentes , decisión constitucional.

### **Abstract.**

This is an article about the jurisprudential development in relation to the judgment of the case "Arriola", issued by the Supreme Court of Justice of the Nation. The article has been limited to studying the sources of the case and, therefore, common to the discussion on the legality of the possession of drugs for personal consumption. For this task, we used the concept of *bricolage* formulated by Lévi- Strauss. Similarly, special consideration has earned constitutional interpretation of the various precedents in this area. Finally, the article concludes by highlighting the approach used by the Court to base its judgment, just as the lack of certainty in the interpretive criteria applied to the case criticized.

### **Key Words.**

Supreme Court, sources of law, Precedents, Constitutional decisionmaking.

---

\* Ramón Enrique Trejo, Abogado y Magister de la Universidad de Buenos Aires, docente de derecho constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de la Matanza. [rtrejo@derecho.uba.ar](mailto:rtrejo@derecho.uba.ar).

## El caso “Arriola” y las fuentes del derecho.

Ramón Trejo

### Introducción.

El presente trabajo aborda la sentencia recaída en los autos “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”,<sup>1</sup> repasando los argumentos con los que un tribunal, en este caso, el de última instancia en el país, fundamenta su decisión. Este comentario propone una descomposición cromática de aquellas fuentes utilizadas para llevar a cabo la decisión, un repaso por la interpretación utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y un análisis crítico de la política institucional que se desprende de su lectura.<sup>2</sup>

El argumento que se pondrá en discusión al examinar el caso Arriola desde una perspectiva funcionalista, se esfuerza en advertir si existe un criterio que permita determinar cómo la Corte Suprema elige las fuentes que pasan a integrar los principios rectores de sus sentencias. La razón de haber elegido a nuestro Máximo Tribunal para el ejemplo, deriva de la trascendencia que tiene sobre el resto de los tribunales, aunque inclusive esta afirmación merezca una explicación.<sup>3</sup>

Es doctrina inveterada que un tribunal inferior siempre está obligado a seguir el precedente establecido por un tribunal "superior" en la materia, en virtud no sólo de un deber moral, sino por un principio de economía procesal, y además, para evitar generar incentivos al litigio.<sup>4</sup> De ahí que un juez de primera instancia debe verse a sí mismo como el ejecutor simple de los dictados de la Corte Suprema, aunque no todo juez inferior acepta este papel pasivo.<sup>5</sup>

La propuesta, empero, parte de comprender que lo dicho es sólo una aproximación para analizar las posibles maneras de interpretar la CN, o más precisamente, una

---

<sup>1</sup> Fallos 332:1963.

<sup>2</sup> En adelante, las abreviaturas serán: Corte Suprema (Corte Suprema de Justicia de la Nación); CN (Constitución Nacional); CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

<sup>3</sup> Sobre el funcionamiento de los precedentes en nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso, en principio cabe afirmar que su efectivo respeto y funcionamiento es casi caótico. Sobre la obligatoriedad de facto de los precedentes, expresa Sola que “*Los precedentes constitucionales que aunque no fueran formalmente vinculantes, con obligatoriedad de iure, para los demás jueces tienen también el carácter de razonamientos jurídicos con autoridad.*” (Sola: 2001,210).

<sup>4</sup> F. 307:1094 (1985) “Cerámica San Lorenzo”.

<sup>5</sup> En raras ocasiones, un juez simplemente se niega a seguir un precedente de la Corte Suprema que considera fuera de la ley, consciente de que su decisión se enfrentará a la inversión en la apelación, pero sin embargo compromete el ejercicio de su pequeña esfera judicial de acuerdo con sus mejores conocimientos jurídicos y conciencia. Además, los jueces de los tribunales inferiores con más frecuencia anulan la doctrina a través de subterfugios menos visibles, cuando los jueces se preocupan profundamente por una cuestión jurídica particular, pero no están de acuerdo con los precedentes existentes, muchas veces tratan de subvertir la doctrina y liberarse de sus ataduras por la propia interpretación de los precedentes, distinguiendo las tenencias de la corte superior.

interpretación dentro del derecho constitucional, ya que este último cuenta con múltiples recursos y métodos, conformando un *bricolage*.

Cuando nos referimos al término *bricolage*, los hacemos en el sentido que Lévi-Strauss define al término. Un pensamiento donde lo propio “*es expresarse con ayuda de un repertorio cuya composición es heteróclita y que, aunque amplio, no obstante es limitado*”, en el cual, el intérprete debe arreglárselas con lo que tenga al alcance de la mano (Lévi Strauss:1997, 36-37). Es decir que los instrumentos y materiales con los que trabajan los intérpretes del derecho conforman un conjunto –fuentes- que no está relacionado con el proyecto del momento -en este caso una sentencia, la resolución del caso o la interpretación de un *holding*-, “*ni con ningún proyecto particular, sino que es el resultado contingente de todas las ocasiones que se le han ofrecido de renovar o de enriquecer sus existencias, o de conservarlas con los residuos de construcciones y de destrucciones anteriores*” (Lévi Strauss:1997,56). La idea de *bricolage* en el sentido explicado, se transforma prácticamente, en un paradigma para llevar a cabo un análisis de la argumentación llevada a cabo en la sentencia Arriola, dictada por la Corte Suprema. Empezamos utilizando la idea de *bricolage* para explorar ciertas dificultades en la estrategia de interpretar la CN, desde el más alto y racionalizado textualismo hasta cierta forma de originalismo. Al poner el foco en las fuentes citadas, se observa que las herramientas que el intérprete tiene “al alcance de la mano”, muchas de ellas, provienen del derecho constitucional comparado, las cuales son conclusiones de experiencias ajenas a nuestra cultura y que por medio de la argumentación, inscriben a nuestro sistema legal como un participante de la cultura legal mundial.<sup>6</sup>

La materia sobre la cual se inscribe la discusión jurídica del caso, lo excede en muchos aspectos. Si bien nos concentraremos en la forma en la cual la Corte Suprema fundamenta su decisión, la temática referida a la tenencia de estupefacientes para consumo personal y su relación con la esfera de intimidad del individuo, excede el contexto jurídico. Si hay una temática que concentre ingredientes morales, religiosos, políticos, personales, jurídicos y sociales, pocas lo hacen con tanto ahínco como el debate sobre la legalización-prohibición del consumo de drogas y su relación con el libre albedrío que la CN protege.

Bajo el estándar del *bricolage*, la Corte Suprema puede llegar a caer en una trampa argumentativa, encontrándose muchas veces en la situación de esforzar el discurso para

dejar de lado argumentos vertidos en precedentes anteriores. Expresa Lévi-Strauss que el conjunto de los medios del *bricoleur* está particularizado a medias, lo suficiente para que no tenga necesidad del equipo y del saber de todos los cuerpos administrativos citados en el fallo, “*pero no tanto como para que cada elemento sea constreñido a un empleo preciso y determinado*”, utilizables por los futuros intérpretes jurídicos (Lévi-Strauss:1997,37).

Si acentuamos la crítica, veremos que la Corte Suprema en ocasiones pareciera estar dirigiéndose a otra pretérita, interpelando a una antigua composición. Contemplado en acción, es decir, volviendo a aquél conjunto ya constituido de instrumentos que la llevaron a tomar la decisión anterior en la materia, la Corte Suprema desarrolla una visión retrospectiva para hacer y rehacer el inventario de fuentes, estableciendo una suerte de diálogo interno antes de elegir entre las respuestas posibles que el conjunto ofrece al problema para resolverlo (Lévi Strauss:1997,38).

A cada uno de estos elementos, que integran la categoría un poco más heterogénea de fuentes del derecho, se les asigna un significado por el solo hecho de haberse incorporado con rango de fundamento en la sentencia, que de esta manera define el conjunto de recursos que utiliza la Corte Suprema durante el período de la historia en que le toca decidir. De ahí que los futuros intérpretes tendrán que comenzar por inventariar aquel conjunto predeterminado de argumentos vertidos en sentencias anteriores que restringen las soluciones posibles, en un círculo permanente de constante renovación y retroalimentación.

El caso “Arriola”, en este sentido, se transforma en un inventario de conocimientos técnicos, muy rico en fuentes diversas. Si el lector ensaya una lectura flotante, tomando los considerandos sueltos -no encadenados inmediatamente- se podría iniciar una discusión profunda sobre las razones que llevan la Corte Suprema a tomar la decisión.

En este artículo, se irán revisando las fuentes elegidas por la Corte Suprema, a la par de la realización de una pequeña crítica personal, que se incorpora al sólo efecto de remarcar sus puntos salientes.

### **Las fuentes del fallo “Arriola”.<sup>7</sup>**

---

<sup>6</sup> No es exagerada esta afirmación, en la medida que se citan fuentes tanto de tribunales que tienen cierta inscripción dentro de nuestro sistema legal -CIDH- como de otros a los cuales se los incorpora sólo con status de autoridad legal.

<sup>7</sup> Viene a colación en razón de este título, las palabras de Holmes, “*La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia*”, para aclarar que “*...la razón por la cual la práctica del Derecho es una profesión... consiste en el hecho de que en sociedades como la nuestra el imperio de la fuerza pública en determinados*

En materia de las experiencias extranjeras volcadas en el caso “Arriola”, el voto de la mayoría cita al “World Drug Report”, de los años 2002, 2004, 2006, 2007 y 2009 que elabora la Oficina de Drogas y Delito dependiente de las Naciones Unidas.<sup>8</sup> En el mismo sentido, se introducen las conclusiones del Observatorio Interamericano sobre Drogas<sup>9</sup>, del Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa<sup>10</sup> y con el mismo rango de autoridad técnica, la investigación llevada a cabo por el “Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes” dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.<sup>11</sup> A la vez, al remitirse en el considerando al voto del Juez Petracchi en el fallo “Bazterrica”<sup>12</sup> se abre otro abanico de fuentes.<sup>13</sup>

En cuanto a la jurisprudencia extranjera, enfáticamente expresa que los *leading cases* locales citados en los que se debatió la punición de la tenencia de estupefacientes, fueron todos ellos decididos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y que una vez operada ésta con la incorporación de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22 CN, se dio un “acontecimiento histórico” que modificó la política criminal del Estado.<sup>14</sup> Por lo tanto, el principio de autonomía personal, debe ser reexaminado a través de los principios señalados de las sentencias emanadas de la CIDH en los casos “Ximenes Lopes vs. Brasil”<sup>15</sup> y “Fermín Ramírez vs. Guatemala”<sup>16</sup>.

¿Puede el transcurso del tiempo innovar como fuente del derecho? En “Arriola” el paso del tiempo constituye un factor determinante en el giro de la jurisprudencia de la Corte Suprema cuyo quiebre temporal parece ser la reforma constitucional mencionada. En el voto de la mayoría sobrevuela una mirada retrospectiva que determina el cambio de parecer en la decisión actual, pero además, observa el futuro con un tinte desolador frente a la problemática actual del flagelo de la drogadicción. Al hacer referencia al precedente “Bazterrica”, lo presenta como un caso emblemático de los “últimos veinte

---

*casos, ha sido confiada a los jueces, y, de ser necesario, todo el poder del Estado habrá de desplegarse para hacer efectivos sus sentencias y decretos”* en Holmes, O. LA SENDA DEL DERECHO, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pag. 15.

<sup>8</sup> A modo de transgresión, a lo largo del fallo se trata de combatir la estigmatización del consumidor de estupefacientes al calificarlo como delincuente mediante la ley, mientras que la autoridad internacional que emite esos informes, en forma permanente investiga “delitos y drogas”.

<sup>9</sup> Voto del Juez Fayt, consid. 15.

<sup>10</sup> Voto del Juez Petracchi, consid. 27.

<sup>11</sup> Voto del Juez Petracchi, consid. 29.

<sup>12</sup> Fallos 308:1392.

<sup>13</sup> Ver *supra* título §3.

<sup>14</sup> Conf. consid. 16.

<sup>15</sup> Sentencia del 4/07/06, voto del Juez Sergio García Ramírez.

años”, citando los pronunciamientos anteriores que determinaron una jurisprudencia “zigzagueante” por parte de la Corte Suprema. Puntualmente reitera la opinión ya vertida por medio de la cual “...ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas”<sup>17</sup> y prosigue en el considerando posterior expresando que “...han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite que un replanteo del tema dedidendum pueda ser considerado intempestivo”.<sup>18</sup> En razón de “la extensión de ese período”, la Corte afirma que las razones “pragmáticas o utilitaristas” en las que se sustentaba el precedente “Montalvo” han fracasado.<sup>19</sup> Inclusive, realiza una síntesis de la aplicación de este régimen penal desde el dictado del precedente “Bazterrica”, cuyos “resultados deletéreos”, conducen a la Corte Suprema a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional.<sup>20</sup>

La idea originaria de CN aparece vinculada con la de limitación del poder proyectándose en dos sentidos, por un lado la organización del poder y por el otro del reconocimiento de los derechos; de ahí que la importancia de la fórmula de los derechos fundamentales como límites al poder. Así lo remarca la Corte Suprema, al señalar que “...la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y previsión.”<sup>21</sup>

### **Los procesos mayoritarios como fuente.**

Con cita al Profesor Chemerinsky, realiza una afirmación según la cual “...los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias”.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> Sentencia del 20/069/06, caso N°126.

<sup>17</sup> Consid. 13, con remisión al precedente de Fallos 328:566.

<sup>18</sup> Consid. 14.

<sup>19</sup> El rechazo al utilitarismo aparece nuevamente con más fuerza en el considerando 18.

<sup>20</sup> Consid. 30.

<sup>21</sup> Consid. 21.

<sup>22</sup> Consid. 34. En la obra citada, Chemerinsky expone su visión sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana durante la presidencia del *Justice Williams Rehnquist* y se centra en una crítica aguda al principio del mayoritarismo, postulando que no es un principio de autoridad que pueda ser entendida como un punto de partida del análisis constitucional. Inclusive afirma que de la misma manera que la *judicial review* no está expresamente contemplada en la Constitución Norteamericana, mucho menos lo está la regla de la mayoría en la medida que ésta es solo instrumental, con el fin de afirmar la autonomía individual, y defiende la revisión judicial afirmando que esta implementa un sistema contramayoritario, en un

Los términos de la CN y de cómo fue enmarcada, revelan una gran desconfianza de los constituyentes a las mayorías, desconfianza que jugó un rol importante en la construcción de nuestra CN y que, alternadamente, es central en el análisis de las fallas del sistema político.<sup>23</sup>

En referencia a Ronald Dworkin expresa que “...*en efecto, el Estado tienen el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo*” y agrega que “...*éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional*”.<sup>24</sup> La intención de los constituyentes, sean los debates parlamentarios, sean los valores y el entendimiento de la CN por otros sujetos distintos de los constituyentes, actúa como proceso y como tal puede constituirse en fuente de normas totalmente desligadas de la intención de los constituyentes. Para la Corte Suprema -ratificando en este párrafo su tesis originalista- todo ejercicio de la jurisdicción constitucional que se aparta de esa intención es una usurpación de poder y así lo declara al expresar que el “...*Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna*”.<sup>25</sup> La historia como fuente encubre, sin embargo, diversas fuentes sub constitucionales que obedecen a una finalidad totalmente distinta. Si fuera tan clara la intención de los constituyentes y el proceso posterior –es decir, desde la sanción de la CN hasta nuestros días-, la misma podría haberse aplicado, por ejemplo, en las decisiones anteriores en la misma temática, como “Montalvo” o inclusive en “Colavini”. Al observar como el “*espíritu liberal*” ha avanzado o retrocedido de acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema, parecería que la intencionalidad de los constituyentes ofrece una serie de dificultades que tienden a hacer imposible su uso como fuente o al menos, presenta dificultades metodológicas.<sup>26</sup>

---

documento que es inherentemente contramayoritario. Conf. Chemerinsky Erwin Firework: The Vanishing Constitutional, en Harvard Law Review Nº 103, pág 43.

<sup>23</sup> Sistema mayoritario, mayorías y mayoritarismo pueden tener varios significados. Significa generalmente la regla de la mayoría –mas de la mitad-. Pero también puede referirse a mayorías necesarias más grandes tales como los dos tercios, requisitos que emergen de nuestra Constitución en algunos casos. En nuestro trabajo, mayoría significa cualquier cosa menos unanimidad.

<sup>24</sup> Consid. 32.

<sup>25</sup> Consid. 31.

<sup>26</sup> Desde la sensibilidad del significado de las palabras al paso del tiempo, pasando por las contradicciones de los datos históricos hasta la existencia misma de “una” voluntad constituyente elevada muchas veces como canonización de quienes fundamentaron jurídicamente la Constitución, indica que la historia no ofrece de por sí una solución tajante.

De los dos autores citados se puede extraer una unidad de análisis de la sentencia. El fallo expone la necesidad de un cuerpo judicial mucho más activo para lograr la justicia dentro de la vida política (Sustein:2002). En cuanto al otro pilar del constitucionalismo, el consenso, Dworkin (al igual que Rawls) presume que el consenso humano aparece bajo la regla de la razón, donde la fuerza del derecho es la mejor conclusión de lo que la razón puede ofrecer (Farrel:2002). Como los que razonan por excelencia son los jueces, la consecuencia práctica de la teoría de Dworkin es el gobierno de los jueces. En este sentido, la actividad intelectual que despliega el juez desde el planteamiento del problema hasta la solución, constituye el camino hermenéutico sujeto a un método (Balaguer:1997). Esto siempre y cuando el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico sea claro, donde el caso sometido a conocimiento es razonablemente abordable conforme a las normas de dicho ordenamiento, y que existan decisiones judiciales anteriores capaces de contribuir a solventar la que en ese momento se presenta (Raz:1984).

En un giro hacia un neconstitucionalismo alexiano, la Corte Suprema afirma que al criminalizar esta conducta, el “...*Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna*”, en la medida que el sentido original del artículo 19 CN, “...*producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales, garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio*”.<sup>27</sup>

Dichos principios, fueron reforzados por la jerarquización de los tratados internacionales que “*aluden a valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como “bien común”, “orden público”, “utilidad pública” e “intereses nacionales”*”.<sup>28</sup> Aquí reafirma una política anterior, ya que en “Montalvo”, el Estado ya había abandonado una posición utilitarista y, advirtiendo los daños concretos que produce la adicción a las drogas, facultó al juez a imponer un tratamiento terapéutico.<sup>29</sup> Esta referencia clara considera que por debajo de los enunciados constitucionales existe una estructura axiológica de valores objetivos (“ámbito de libertad personal”, “proyecto de vida propio”) en un sentido clásico, de este análisis es imposible no hacer referencia a las dudas planteadas por John Stuart Mill sobre el alcance de la libertad y a la definición de

---

<sup>27</sup> Consid. 32.

<sup>28</sup> Consid. 21.

las fronteras entre libertad y dominio, sea público o privado, aunque, curiosamente, en el fallo se rechaza cualquier posición utilitarista (Mill:1997).

Es conveniente remarcar en este punto, que si la Corte Suprema considera que se deben adoptar medidas preventivas en su resolutorio, es porque no abandonó la idea concreta de mantener la presencia del Estado sobre el individuo, con una finalidad, digámoslo, utilitarista, siendo que en esencia, una máxima indiscutida del utilitarismo milliano es que las acciones “autorreferentes” son moralmente neutras, ergo, el Estado no debería desalentarlas.

### **La redistribución de recursos como fuente.**

La fuente referida a la inconstitucionalidad de la norma involucra un juicio de valor hacia una política criminal llevada a cabo por el Estado, que bien podría interpretarse como un llamado de atención de un poder del Estado hacia una política más humanitaria en materia de narcotráfico, históricamente realizada con las herramientas que provee el derecho penal. No ha cambiado el sujeto seleccionado para la intervención estatal, solo el modo de abordarlo. La Corte Suprema desalienta al derecho penal en razón de que las expectativas que se tenían en torno a la punición han fracasado, proponiendo otro curso de acción, procurando redistribuir las funciones y recursos del Estado en la materia.

¿Y si las expectativas del legislador no eran las que sostiene la Corte Suprema? ¿Cómo se hace para determinar el peso de las estadísticas citadas dentro de la legislación penal? Se presume que el legislador ha considerado la punición de la tenencia al sólo efecto de considerar al consumidor parte de la cadena de tráfico, pero distinta sería la solución si, por ejemplo, la hubieran considerado moralmente reprochable a secas. Contrariamente a lo que sostiene la Corte Suprema, el legislador considera punible una conducta, por caso, la tenencia de estupefacientes, asignándole una sanción distinta, cual es, el tratamiento médico ¿en que difiere esta intervención estatal dentro del señorío humano de la persecución por medio de la enseñanza –pública obviamente-?

Lo cierto es que el legislador al día de la sentencia, no derogó la cláusula penal incriminadora de la tenencia – sólo incorporó la opción por el tratamiento médico-, y atento a la importancia que tiene la misma dentro de la política criminal que lleva a cabo el Estado resaltada en la propia decisión, cabría preguntarse porqué, a pesar de todas las notas negativas que resalta la Corte Suprema, sigue estando allí. En todo caso, lo que se

---

<sup>29</sup> Hubo una considerable actividad legislativa durante el dictado de estas sentencias –las leyes 20.071, 23.737, 23.795, 24.061, 24.112 y 24.424-, con lo cual, aunque no es motivo de este trabajo, demuestra lo

pone de resalto, si es una política criminal la que ha fracasado, es la inconstitucionalidad del plan de acción, no solamente de la punición la que debe declararse inconstitucional. Un debate acerca de la asignación de recursos, es un debate sobre, en todo caso, derecho tributario y no sobre la extensión del derecho penal.

El objetivo –no dicho- sigue siendo utilitarista. Desea, al igual que el legislador, que se disuada el consumo de estupefacientes, y que sea el Estado el encargado de llevar a cabo esta tarea. Su anhelo –presunto- sigue siendo una sociedad sin consumidores de estupefacientes y para ello exhorta a todos los poderes públicos a invadir la esfera de decisión del sujeto mediante información y educación pública. ¿Quién tiene un incentivo para educar a la población acerca de los peligros de las drogas? Como señala Posner, este parece ser sólo un argumento más fuerte en favor de la educación pública que en favor del castigo penal (Posner:1998). Por otro lado, ¿a quién está dirigida esa información y educación? Aquellos grupos marginales a los que hace referencia la sentencia, que son los que cuentan con menor acceso tanto a educación como a información de calidad, serán los menos beneficiados con la medida.

Además, los argumentos para declarar inconstitucional la norma también son utilitaristas. Si la prohibición de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal hubiera sido un éxito y hubiera bajado las estadísticas del consumo, ¿encontrarían justificado invadir la esfera de intimidad del sujeto? La decisión se acerca más que a un debate sobre principios, a un *bricolage* de expectativas frustradas y advertir por donde se deben canalizar las expectativas sociales que a una defensa de la autodeterminación del sujeto. El bien jurídico “salud pública” debe ser enfocado desde otra perspectiva, educacional en la tesis de la Corte Suprema y de allí que deba inmiscuirse dentro de la esfera individual para asegurar su bienestar físico y moral.

Ahora bien, el voto del Juez Fayt expresa que “...*debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades....A su vez, la persecución no se ha dirigido a delitos tales como el lavado de dinero y el ingreso de precursores químicos...*”.<sup>30</sup> En principio, los tribunales no están diseñados para supervisar el complejo proceso de asignación eficaz de los recursos por parte de las agencias del Poder Ejecutivo, y tampoco pueden rectificar de manera sencilla las asignaciones

---

poco pacífico de la temática abordada.

<sup>30</sup> Consid. 28.

erradas del pasado (Holmes & Sustain, 2001:117). Las necesidades sociales que incumben a la problemática de la drogadicción son demasiado amplias para examinarlas en el contexto de un caso, con lo cual la Corte Suprema, en razón de una cuestión de restricción de información, ignora las consecuencias distributivas que potencialmente trae aparejada su decisión.

Determinar si la incriminación penal de la tenencia afecta en el caso concreto el derecho a la intimidad de los dos condenados en el marco del proceso se circunscribe perfectamente al marco de su competencia, pero como canalizar recursos públicos hacia otras necesidades de distinta índole no parece más que una expresión de deseos. Sin embargo, aclara el voto del Juez Zaffaroni que “...*si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto contrario*” y más adelante afirma que el tipo penal “...*importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal...similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos.*”<sup>31</sup>

Hasta aquí, podríamos preguntarnos si es inconstitucional la tenencia de estupefacientes porque afecta la privacidad del artículo 19 CN o porque no coadyuva en la lucha contra el narcotráfico. Además, esta actividad distrae la atención no sólo de la lucha contra el delito de tráfico de estupefacientes, sino que en verdad, de cualquier otro delito, con lo cual la economía del Poder Judicial debería ser debatida dentro de la discusión general del Presupuesto de gastos para la jurisdicción.<sup>32</sup>

### **Los principios como fuente creadora.**

Con mayor énfasis alude al principio *pro homine*, cuya consagración a nivel internacional logra informar a todo el sistema jurídico como pauta hermenéutica, inclusive para, en esta etapa, realizar su propia retrospectiva en torno a las distintas

---

<sup>31</sup> Voto del Juez Zaffaroni, consids. 17 y 19.

<sup>32</sup> La política de recursos comienza con el anteproyecto de presupuesto de gastos es elaborado por el Consejo de la Magistratura, aprobado por la Corte Suprema y remitido al Poder Ejecutivo, donde la Oficina Nacional de Presupuesto realiza una observación general en base a los techos presupuestarios predeterminados. Luego es enviado al Congreso de la Nación para su aprobación. Dicho procedimiento se encuentra previsto en la Ley de Administración Financiera, 24.156 (art. 117).

decisiones tomadas en la materia y afirmar que tal principio resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”.<sup>33</sup>

En toda la decisión sobrevuela la afirmación de un principio antes que de una norma jurídica y no ya sustentado en la normativa local, sino en la construcción de un andamiaje que comienza con los vaivenes de las decisiones “Colavini”, “Bazterrica” y “Montalvo” en lo que se refiere específicamente al *thema decidendum*, reforzada por las decisiones en materia de derechos humanos por la propia Corte Suprema y por tribunales extranjeros, principalmente, de la CIDH.<sup>34</sup> Inclusive, en “Montalvo”, el Juez Petracchi para llegar a su decisión hizo una alusión a los precedentes de la propia Corte Suprema<sup>35</sup>, precedentes de la Suprema Corte Norteamericana<sup>36</sup>, opinión de renombrados juristas<sup>37</sup>, la opinión del Concilio Vaticano II<sup>38</sup>, fallos en lo criminal con referencia a la drogadicción y tenencia de estupefacientes<sup>39</sup>, proyectos legislativos<sup>40</sup> e informes de la Organización Mundial de la Salud y de las Naciones Unidas.<sup>41</sup>

Sin lugar a dudas, el principio que la Corte Suprema se concentra en defender y a raíz del cual se llevan a cabo las distintas argumentaciones, es el de reserva consagrado en el artículo 19 CN recurriendo a lo expresado principalmente en el fallo “Bazterrica” quién resolvió la cuestión “*acertadamente*”<sup>42</sup>, sumado al principio de la dignidad del hombre y acceso a la justicia, que en el caso de los consumidores de drogas “*cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico...*”, ante lo cual “*...no parece irrazonable*

---

<sup>33</sup> Consid. 23.

<sup>34</sup> Ver *infra*, notas 16 y 17.

<sup>35</sup> Fallos 150:419-1928; al dictamen del Procurador General Matienzo, en el t. 128:435 (con cita a la vez al *Justice Samuel Miller*); Fallos 296:15 -1977; Fallos: t. 302:604; "Ponzetti de Balbín c. Ed. Atlántida, S. A.", p. 526, XIX; Fallos, 117:432, 436; Fallos 300:254; Fallos 301:673; Fallos 303:1205; Fallos 304:1678 y Fallos 305:137.

<sup>36</sup> Voto del *Justice Benjamín Cardozo* en "Palko v. Connecticut" (302 U. S. 319-1937);

<sup>37</sup> Rivarola, R. "La Constitución Argentina y sus principios de ética política", ps. 127/128, Rosario, 1944; Sampay, A. "La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional", ps. 12 y sigts., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975

<sup>38</sup> Constitución Pastoral "Gaudium et Spes", parte L, cap. 1º, núm. 17, Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios, t. II, 7ª ed., Madrid, 1967.

<sup>39</sup> "González, Antonio" en octubre de 1930 (Fallos plenarios de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, Boletín Oficial 1970, t. I, p. 60); "Terán de Ibarra, Asunción" (fallos plenarios cit., t. I, p. 62 -Rev. LA LEY, t. 123, p. 240-); "Colavini, Ariel O", sentencia de primera instancia; "Yáñez Álvarez, Manuel", sentencia de primera instancia extensamente fundada del juez Eugenio R. Zaffaroni (julio de 1978); "González y otra", del 26 de febrero de 1979; "Prieto Huanca y Asama de Prieto", caso de tenencia de uso personal de hojas de coca, del 30 de octubre de 1978, sentencia del juez Eugenio R. Zaffaroni; "Sorondo, Roberto", sentencia del 28 de febrero de 1979 del juez Maier; "Martínez Zaracho" sentencia del 2 de abril de 1979, del juez Bonorino Peró.

<sup>40</sup> Consid. 14, donde se explica, de la misma manera que el voto del Juez Lorenzetti en “Arriola” los diversos alcances legislativos.

<sup>41</sup> Consid. 16.

<sup>42</sup> Consid. 10.

*sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.*”<sup>43</sup> Esta afirmación, si bien intuitivamente parece acertada, esconde justamente una visión sesgada que el fallo se encarga de criticar. Deja entrever que la drogadicción, en la idea de la Corte Suprema, es una práctica a la que acuden, por caso, los estratos más bajos de la sociedad, lo cuales quedan rehenes de la marginalidad producto de la penalización del consumo personal de estupefacientes. O que, en todo caso, existe un sector *vulnerable* –o clases de consumidores-, cuya vulnerabilidad frente a la drogadicción se emparenta con una vulnerabilidad económico o social.

Por otro lado, no elabora una teoría plena de la dependencia que causa la drogadicción, y como ella, por si sola, comprime el espacio de libertad consagrado en el artículo 19 CN, reduciendo las posibilidades concretas y reales para que los sujetos puedan *elaborar sus planes de vida* –que sí se había señalado en el caso “Bazterrica”-.<sup>44</sup> Necesariamente, un dependiente necesita ayuda, privada o pública, situación que lo extrae de ese ámbito íntimo de libertad y lo transforma en un ser social.

Esta parece ser la esencia del *bricoleur*. Dentro de los elementos con los que cuenta la Corte Suprema, sobresalen en principio sus propias decisiones pasadas, cuyo proceso de selección se encuentra unido coherentemente en torno a los hechos del caso. Pero además incorpora elementos heteróclitos como leyes, informes, estadísticas, sentencias de tribunales foráneos, doctrina, recurre a principios generales del derecho, es decir, argumentos que va encontrando al alcance de la mano, y a todos ellos les da un rango que le permite afirmar algo que parece ya decidido de antemano. Si bien uno podría afirmar que el universo instrumental se encuentra circunscripto a lo probado en el caso en las instancias inferiores de decisión y al derecho vigente, el conjunto –si bien finito- no está en relación con el proyecto del momento, ni con ninguno en particular, sino que es el resultado contingente de todas las ocasiones que se ha podido renovar el debate sobre tenencia de estupefacientes, renovar la existencia de material de estudio, conservarlas –como el precedente “Bazterrica”- o destruirlas –como el precedente “Montalvo”-.

---

<sup>43</sup> Consid. 19.

<sup>44</sup> Consid. 17, que al referirse a las presiones de los traficantes expresó que “*El condicionamiento absoluto de la voluntad originado por la dependencia patológica, ciertos estados de ansiedad, depresión, excitación, miedo, etc., impiden decidir “libremente”, y el Estado puede y debe interferir en la actividad de terceros que toman ventaja de, o fomentan, o, en definitiva explotan tales estados, impulsando al que los padece a transitar por los caminos irreversibles de ciertas formas de adicción que conducen, sin escalas, a una muerte omnipotente. El castigo al aprovechamiento de los estados de dependencia patológica, e incluso la ayuda a una autolesión se justifica así, sin que puedan equipararse estas situaciones con el tratamiento requerido por la autolesión en sí misma*”.

Sin lugar a dudas, todo el material que ha reunido la Corte Suprema en la sentencia comentada ha sido recogido o conservado por alguna razón en particular, como un instrumento, pero particularizado a medias. Puede ser dejado de lado en el futuro, ya que no se aclara que alcance tienen cada uno de ellos dentro de la sentencia respecto a la decisión que se toma; simplemente se agrega, ya que, en palabras de Lévi-Strauss, “...*para algo han de servir*”.<sup>45</sup> No se necesita saber que alcance ni con que metodología se han llevado a cabo dichos informes y recolectado las estadísticas, ni tampoco se encuentra aclarada la autoridad pública de quienes lo han llevado a cabo, envueltos en un conjunto llamado “fuentes del derecho”.

### **Giro hacia una interpretación exhortativa y consecuencialista.**

En la medida que la Corte Suprema es consciente del peso de sus decisiones como órgano de gobierno judicial, advierte sobre las consecuencias que se deriven de la decisión que toma, y para ello utiliza un vocabulario que podría tildarse de “cotidiano”, al decir “...*que en modo alguno implica “legalizar la droga”*”, en clara alusión al sentido popular de la decisión. Expresa que “...*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*”.<sup>46</sup> Lo curioso sería tratar de observar, *a contrario sensu*, cuando la Corte utiliza un vocabulario no democrático y cómo este giro idiomático integra la decisión, al abandonar el universo del lenguaje jurídico -especial y particular- para remitirse al lenguaje general, llevando esta afirmación a un terreno de vaguedades que le restan significación a la sentencia, dándole por lo menos, más de un sentido posible.<sup>47</sup>

Si bien la alusión parece netamente funcional o descriptiva, el problema de fondo es moral, ya que una teoría de los derechos fundamentales conlleva una discusión que excede el paradigma liberal que ha adoptado el fallo, suponiendo que la única interpretación del art. 19 CN es evitar la intromisión del Estado en la vida de los particulares, es decir, una orden de restricción de los individuos dirigida al Estado para que se abstenga de interferir en la libertad personal de los sujetos, motivo por el cual “...*se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la*

---

<sup>45</sup> Lévi Strauss, oc. cit, pag. 37.

<sup>46</sup> Consid. 27.

*tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos”.*

La solución es aún más compleja en la medida que el examen de constitucionalidad se encuentra bajo una condición presuntiva asentada en tres afirmaciones que cuentan con un atisbo de vaguedad en su formulación, como son “peligro concreto”, “daño a derechos” o “daños a bienes de terceros”. Si se diera alguna de esas condiciones, entonces la criminalización de la tenencia de estupefacientes se encuentra justificada, y los jueces que apliquen en el futuro el *holding* de “Arriola” deberán al momento de fundar su sentencia constatar que no exista, por su caso, un “daño a derechos”.

El principio del artículo 19 CN entonces se asienta en que “a) el Estado no puede establecer una moral; b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad”.<sup>48</sup>

Esta afirmación es una abierta contradicción con el decisorio, que proclama “*Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país*”.<sup>49</sup> Habiendo quedado en claro que cada persona adulta elige su plan de vida, ¿por qué habría necesidad de recibir una educación disuasiva? ¿no es un adulto responsable de la acción que elige llevar a cabo? Declara la Corte Suprema que la intromisión por medio de la sanción penal es inadmisibles con una moral privada –afirmación de sesgo contenido moral por cierto-, a la vez que admite la intromisión del Estado mediante otros medios, como la educación, medidas de salud preventivas e información disuasiva del consumo. Una persona adulta que consume estupefacientes y ha elegido ese plan de vida libremente, es decir, que goza con plenitud la libertad consagrada en el artículo 19 CN, de repente observaría como el Estado emplea recursos públicos y adopta una visión contraria a la moral por él elegida. Se encontraría con que la “moral pública” es diferente -y contraria- a su moral privada, la cual, devendría enfrentada al discurso estatal. De la misma manera, aquellos sectores más vulnerables -sobre los cuales recae la selectividad penal

---

<sup>47</sup> Con esto se quiere hacer referencia a la relación de presuposición que se establece entre el significante y el significado y se da al interior del signo lingüístico, es decir, al proceso contextual que permite la asociación entre los dos niveles.

<sup>48</sup> Voto del Juez Lorenzetti, consid. 13.

que opera en los hechos- con anterioridad a la sentencia, recibían una medida estatal protectora en “Montalvo”<sup>50</sup> –condicionada claro está-, y a costa de la renuncia a esa porción de libertad podían acercarse a un fin tuitivo del Estado.<sup>51</sup> Luego, bajo el paradigma “Arriola”, quedarán con su porción de libertad intacta, pero sometidos a la marginalidad y flagelo que tanto el fallo critica: librados del Estado, sometidos a las drogas. Estos ejemplos contrafácticos, si bien rozan el absurdo, ilustran que la decisión del caso esconde una justificación de contenido liberal fundada en una discusión de principios, quedando en claro que la intromisión penal no es la más indicada, pero que, en definitiva, y por muchos y muy diferentes motivos, es necesario de alguna manera combatir el flagelo de la drogadicción.

En su voto, el Juez Petracchi afirma que “[e]l hecho de que la respuesta estatal no pueda darse en clave punitiva no implica reconocimiento alguno de la legitimidad del uso de estupefacientes, sino que, al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal.”<sup>52</sup> Es decir, para la Corte Suprema, no cabe interferir en el espacio que consagra el artículo 19 CN aplicando una pena, pero si se justifica introducirse en ese espacio de manera preventiva y asistencial. Difiere de su posición en “Bazterrica”, donde había afirmado que “...no podría el derecho positivo prohibir toda acción de la que pudiere predicarse que resulta moralmente ofensiva ya que no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales “desviaciones” morales a los demás.”<sup>53</sup>

Con lo cual, conviene repasar cuanto de artículo 19 contamos ahora de acuerdo a la novedosa valoración, que puede verse en parte relatada en el voto del Juez Lorenzetti.

---

<sup>49</sup> Punto II del resolutorio.

<sup>50</sup> Cabe remarcar que en el voto del Juez Petracchi en “Bazterrica” –consid. 16- había citado la legislación francesa como modelo “donde se ha instrumentado la posibilidad para los jueces de instrucción de obligar a curas de desintoxicación”, con lo cual, si en “Arriola” si hace cesar la doctrina de “Montalvo”, debería precisarle que argumentos del primero siguen en pie.

<sup>51</sup> En realidad, no hay en concreto ningún beneficio, ya que funciona bajo la coacción del Estado, donde cada individuo es mero receptor del tratamiento. En este sentido, si los derechos son irrenunciables, y no están disponibles ni son transables, y mucho menos, si el Estado tiene el monopolio en cuanto a la elección de los individuos sometidos a proceso, deberían ser inconstitucionales por definición. Ver Epstein, D. *Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent*, 102, Harv. L. R. 4 (1988).

<sup>52</sup> Voto del Juez Petracchi, consid. 27.

<sup>53</sup> Voto del Juez Petracchi en “Bazterrica”, consid. 17.

Partiendo de la punición de tenencia de estupefacientes mediante el artículo 6° de la ley 20.771, una restricción a secas del espacio de libertad, consagrada por la decisión “Colavini”, donde la Corte Suprema “...valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero...consideró lícita toda actividad estatal dirigida a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieren derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal.”<sup>54</sup> Luego con la decisión tomada en el caso “Bazterrica”, cambió por completo el criterio y se expandió la libertad personal: la intervención estatal en el ámbito privado, simplemente se eliminó en el *standard* judicial. Luego, con la sanción de la ley 23.737 se reafirmó nuevamente la punición en su artículo 14, segundo párrafo, consagrada constitucional por el fallo “Montalvo”, pero introduciendo la posibilidad de optar el juez por “...someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación.”. Es decir, se incorporó una alternativa simplemente a la sanción, cual es -vale remarcarlo- *someter* a una persona a un tratamiento. Se supone que si alguien se encuentra entre la alternativa entre la prisión o un tratamiento, su decisión no será libremente tomada, y esto es debido a que su acción –tenencia de estupefacientes- es disvaliosa para el Estado. En los términos de amplitud del artículo 19, se volvió a la imposición de una decisión estatal en la esfera privada, achicándose su espectro respecto de “Bazterrica”.

Así llegamos al caso “Arriola” donde lo que cambió, si se quiere, son las vías de hecho, pero no la intervención estatal. Propugna el mismo patrón paternalista de entender que se debe desalentar el consumo de drogas –ilícitas- ya que provocan un daño a la salud, pero lo que cambia es el modo: no hacerlo mediante una sanción penal, sino a través de *medidas de salud preventivas*, no coercitivas como en “Montalvo”, *con información y educación disuasiva*; todo ello sujeto a una condición suspensiva, ya que si se comprobara que la tenencia para consumo trajera aparejado un daño a un derecho, entonces seguiría en pié la constitucionalidad de la punición penal.

### **Una lección sobre interpretación constitucional.**

El artículo 19 CN nunca fue reformado desde su inclusión en el texto constitucional, sin embargo una misma conducta a lo largo del tiempo ha sido calificada de atacarlo en su esencia o de encontrarse alcanza por aquél, y esta interpretación no ha sido estructural,

---

<sup>54</sup> Voto del Juez Lorenzetti, consid. 12.

sino valorativa. Simplemente, el contexto social ha influido en la punición o no –de *factus*, no de *iure*- de una misma conducta. En ese devenir, no aparece una tolerancia al plan de vida elegido por aquél que quiera vivir consumiendo estupefacientes, sino todo lo contrario.

La crítica formulada por Ferrajoli bien puede servir para realizar una observación (Ferrajoli:2011). El artículo 19 CN es un principio antes que una regla y su entendimiento es a través de una práctica social especialmente confinada a los jueces, lo cual le asigna a la fenomenología del derecho como hecho, y no como norma. Si bien pueden llegar a darse algunas antinomias, no existen lagunas en el tema. Los vaivenes legislativos muestran los distintos grados de compromiso de aquellos poderes a los cuales la voluntad popular les ha confiado su representación y que mal que mal, con su intervención renuevan el debate, que no es precisamente eliminar la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y que, en virtud de la teoría de separación de poderes, les impediría a los jueces imponer su arbitrio moral. Aparece sí, en el plano institucional, la preocupación de los jueces sobre la problemática de la drogadicción y termina por zanjar el tema fuera del ámbito del castigo punitivo, anclándolo en otro ámbito estatal. Uno de ellos es la salud pública, entendiendo que se trata de una adicción, de una enfermedad y como tal debe ser abordada.

Si uno sigue la construcción del caso “Arriola”, se podrá observar que aunque se pueda coincidir con la solución puntual y material dada al tema, no deja de ser una solución más a la tríada “Colavini-Bazterrica-Montalvo”, con lo cual habrá que esperar que de tanto en tanto, surja una nueva interpretación constitucional que suceda a “Arriola” (Gerhardt:1991).

### **Conclusión.**

La amplitud de las fuentes utilizadas por la Corte Suprema para decidir el caso “Arriola”, arroja un manto de perplejidad sobre los criterios de selección que determinan su decisión. Podemos afirmar que nos encontramos ante un problema epistemológico vinculado a la falta de una herramienta metodológica que nos permita captar el *holding*, o inclusive, la motivación de la Corte Suprema. Se da por supuesto que los mismos existen como una categoría de principios que determinan el contenido del artículo 19 CN pero a la vez, se carece de elementos que permitan identificar en qué medida ellos influyen para la calificación de inconstitucionalidad.

El problema se presenta cuando la terminología jurídica es oscura, llena de vaguedades y ambigüedades, y sumado a ello la pretensión de positivizar valores y principios en el texto jurídico, obliga a los jueces a remitirse cada vez más a niveles más abstractos. Dentro de ese “limbo” de valores, además se hace referencia a cuestiones que hacen a la redistribución de recursos presupuestarios, ajeno al examen central de inconstitucionalidad. A partir de allí la tutela de los derechos no encuentra protección en las palabras del Derecho, sino en la interpretación moral del juez.

Por qué razón se declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 que incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal, que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, podría ser entonces: a) porque conculca el artículo 19 CN, en la medida que invade la esfera de libertad personal excluida de los órganos estatales; b) porque aumentó en los últimos veinte años el consumo de estupefacientes, con lo cual fracasó la política pública en la materia; c) porque los tribunales distraen su atención de otros delitos más importantes; d) por la reforma constitucional de 1994 y las interpretaciones que de ella se realizaron en materia de derechos humanos, e) porque se debe abordar mediante una educación y salud pública y no desde el derecho penal.

Para finalizar este recorrido, ponemos en duda el valor práctico como precedente de la solución otorgada al caso, dejando planteados los reparos en torno a la coherencia interna de la sentencia comentada.

### **Bibliografía.**

- Alexy, Robert (2007), *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Palestra, Lima,
- Atienza, Manuel (2006), *El derecho como Argumentación. Concepciones de la argumentación*, ed. Ariel, Barcelona.
- Balaguer, Martín. (1997), *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Carbonell, Miguel (2005), “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ins. de Inv. Jurídicas de la UNAM, Trotta, Madrid, p. 183.
- Downs, Anthony (1973) *Teoría Económica de la democracia*, ed. Aguilar, Trad. de Luis García Merino, Madrid, España.
- Dworkin, Ronald (1998) *Imperio de la Justicia*, ed. GEDISA, Barcelona.
- Farrel, M. “John Rawls. Estudios en su Memoria”, en *Rev. de Ciencias Sociales*, Univ. de Valparaíso, N°47, 2002.
- Ferrajoli, Luigi (2011) *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, ed. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, pág 13.

- Ferrajoli, Luigi, (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed Trotta.
- Gargarella, Roberto (1995), *La Justicia Frente al Gobierno*, ed. Miño y Dávila, Bs. As.
- Gerhardt, Michael (1991), “The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory”, en *George Washington Law Review*, N° 60.
- Holmes, Stephen. y Sunstein, Cass (2011) *El Costo de los Derechos*, Ed. Siglo XXI, trad. de S. Mastrangelo, Bs. As.
- Lévi-Strauss, Claude (1997) *El Pensamiento Salvaje*, ed. FCE, Colombia.
- Mill, J. S. *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1997.
- North, Douglas (1996) *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. F.CE, México.
- Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, Ed. FCE, México, 1998, página 237
- Raz, Joseph “Legal Principles and the Limits of Law”, en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Dir. M. Cohen, Ed. Ducworth, 1984, Londres.
- Sola Juan (2001) *Control Judicial de Constitucionalidad*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Sustein, Cass (2002) *Interpretation and Institutions*, U. Chi. Working Paper Series N° 156.