

# El neoconstitucionalismo y la ideología en los fallos “Bazterrica y Capalbo”

Lucas Nicolás Iturres<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Antecedentes. Fallo “Colavini”; III.- Análisis de los argumentos en los fallos “Bazterrica” y “Capalbo”; IV.- Una mirada desde la óptica de Carlos Santiago Nino; V.-La óptica del neoconstitucionalismo; VI.- Análisis ideológico según John Thompson; VII.- Consideraciones finales; VIII.- Bibliografía

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo analizar la ideología jurídica del neoconstitucionalismo avizorada principalmente en el fallo “Bazterrica”, y “Capalbo”, para contrastarlos con la óptica del Juez estático presente en la decisión judicial anterior, “Colavini”. Se analizarán los argumentos plasmados en cada sentencia y se enlazará con el pensamiento de Carlos Nino, analizando la ideología argumentativa desde el autor Thompson. Se criticará el planteamiento neoconstitucional y el llamado “gobierno de los jueces”.

**PALABRAS CLAVE:** Neoconstitucionalismo – Estupefacientes – Derecho Penal – Criminología – Gobierno de los jueces.

---

<sup>1</sup> Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ayudante Alumno en Derecho Constitucional, Derecho Penal e Historia del Derecho Argentino. E-Mail: lucas.iturres@mi.unc.edu.ar. Agradezco a la Dra. Romina Verri, que sin su colaboración incansable, el presente trabajo no habría sido posible.

## I.- Introducción

En el presente análisis, nos abocaremos a señalar los argumentos principales en los fallos “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) y “Capalbo” (Fallos: 308:1392). Este último es importante porque, en el primero, Fayt y Caballero remiten a la argumentación esgrimida en “Capalbo”. Retomamos estas decisiones judiciales con el fin de demostrar las primeras apariciones de la óptica del neoconstitucionalismo en nuestra Corte Suprema en la materia de estupefacientes, siendo que gran parte de los argumentos expuestos en “Arriola” (Fallos: 332:1963) aparecen en estas sentencias anteriores.

Comenzaremos señalando un breve comentario sobre la jurisprudencia sentada con anterioridad a las sentencias a analizar, nos referimos al fallo “Colavini”, doctrina judicial que luego será dejada de lado por la Corte Suprema de Justicia en 1986, al dictar el fallo “Bazterrica”.

Proseguiremos con un análisis de los tipos de argumentos esgrimidos para fundamentar la persecución penal de quienes poseen estupefacientes con el fin de utilizarlos para consumo personal, desde la óptica de Carlos Santiago Nino.

Luego nos abocaremos al estudio del neoconstitucionalismo desde la mirada de Alfonso Santiago, y responderemos a la pregunta sobre si la sentencia a analizar posee elementos de dicha corriente y si los jueces han optado por seguir el camino del activismo judicial, e introduciremos una crítica de Jeremy Waldron acerca del carácter democrático de dicha actividad.

Analizaremos, tomando los elementos presentados por John B. Thompson, el discurso ideológico de los magistrados en sus considerandos y argumentaciones y sus características narrativas.

Finalizaremos con algunas reflexiones personales acerca de la oscilación que existió en torno a la posición de la Corte en la temática de la tenencia de estupefacientes para consumo personal con posterioridad al año 1986 y un breve cuestionamiento sobre el contenido democrático de este tipo de decisiones judiciales del Alto Tribunal Federal.

## **II.- Antecedentes. Fallo “Colavini”**

El 28 de marzo de 1978, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la oportunidad de considerar la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771, en el caso “Colavini, Ariel O.” (Fallos: 300:254), la cual castigaba penalmente la tenencia simple de estupefacientes, incluso para consumo personal.

El Alto Tribunal confirma la sentencia condenatoria de la cámara en tanto y en cuanto lo consideran culpable conforme el tipo penal en cuestión. A su vez, construye un argumento tomando las consideraciones del a quo y entendiendo que el artículo 6 de dicha ley no es incompatible con el espíritu del artículo 19 de la Constitución Nacional al entender que las “acciones de peligrosidad deben ser reprimidas”. “La Corte hace suya esta unificación (del proceso de producción-compra-tenencia, como uno solo), no diferenciando la sola tenencia con el tráfico.” (Urquiza, 2015).

Además, la Corte sostuvo en esa oportunidad que la penalización de la tenencia de droga es un medio idóneo para combatir la toxicomanía, fundamentando tal aseveración en la circunstancia de que la tenencia de estupefacientes configura uno de los elementos indispensables del tráfico, y el consumidor una condición indispensable de tal negocio.

A su vez, agregó, que el consumo de droga produce efectos sobre la mentalidad individual del ser humano, que se traducen en acciones antisociales, lo que genera un peligro para la sociedad toda, por lo que se considera lícita toda actividad del Estado dirigida a evitar tal riesgo.

De esta forma se legitima la construcción jurídico-penal del tipo entendiéndolo como un delito de peligro abstracto y riesgo potencial, que amenaza el bien jurídico “salud pública”, categorizando al simple tenedor como un elemento del narcotráfico, y construyendo una especie de enemigo estatal, utilizando las expresiones de “drogadicto”, “delincuente”, “ocioso”, “subversivo”.

## **III.- Análisis de los argumentos en los fallos “Bazterrica y Capalbo”**

En 1986, nuevamente puede discutirse en el seno de la Corte, la cuestión de la tenencia simple de estupefacientes, siendo que Bazterrica fue sentenciado a la pena

de un año de prisión en suspenso y a una multa, por ser encontrado culpable del delito del artículo 6 de la ley 20.771. En síntesis, a Gustavo Mario Bazterrica se lo procesa tras haber encontrado en su domicilio, durante un allanamiento que él consideraba ilegal, 3,6g de marihuana y 0.06g de clorhidrato de cocaína.

Con una composición diferente esta vez, la Corte Suprema modifica la jurisprudencia sentada en el fallo “Colavini”, y generando una votación por mayoría, compuesta por Belluscio, Bacqué y Petracchi (por su voto) y una disidencia formada por José S. Caballero y Carlos Fayt.

Al analizar el fallo Bazterrica, no podemos dejar de mencionar al caso “Capalbo” Alejandro Carlos s/tenencia de estupefacientes”, resolución también del 29 de agosto de 1986. Capalbo fue acusado por un hecho similar, del delito de tenencia de estupefacientes, cuando este circulaba en horas de la noche como pasajero de un taxi, transportando consigo 54 gramos de marihuana. Es en esta oportunidad donde los ministros Caballero y Fayt expresaron su voto en disidencia, al cual se remiten en el fallo Bazterrica.

La decisión de Caballero y Fayt en “Capalbo” es similar, utilizando una semejante línea argumentativa, que lo que se decidiera ocho años antes en “Colavini”. Centralmente, coinciden en concebir a la sola tenencia de estupefacientes con el tráfico de los mismos. Difieren principalmente en el uso del lenguaje y ciertas categorías subjetivas, que, por cuestiones de público conocimiento, no eran concebibles de utilización en la reciente época democrática (vrg. “delincuencia (...) subversiva”, considerando 5, Fallos: 300:254)

**a. “BAZTERRICA”. Voto mayoritario (fundamentos de los ministros Belluscio y Bacqué)**

En el considerando 8, se ataca el argumento de la jurisprudencia sentada en “Colavini”, estableciendo que en la tenencia simple de estupefacientes “(...) no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero (...) La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada entendida (...) como aquéllas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto

es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.”

Este considerando distingue entre la ética pública de la privada, marcando así el ámbito de protección de la libertad de las personas y el límite que tiene el Estado para realizar actividades con el fin de limitar ciertas conductas encuadradas en ese espacio de libertad individual. De la lectura de dicha argumentación, es posible concluir que, respetando el principio de ley y de reserva legal que impone nuestra Carta de Derechos, los poderes constituidos tienen un límite tajante que cumplir, caso contrario los reclamos de inconstitucionalidad serían plausibles.

Posteriormente se analiza la construcción jurídico-penal del artículo 6 de la ley de estupefacientes en el considerando 9: “(...) que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y ‘la seguridad general’. La construcción legal del art. 6 de la ley 20.771, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros ya la comunidad. El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquéllas que pertenecen al campo estrictamente individual”.

De esta manera se quiebra el mandato del artículo 19 de la Carta Magna, en tanto y en cuanto se ataca el simple hecho de poseer estupefacientes para consumo personal, lo cual es interpretado como parte de la esfera privada de la ética. Además, la figura penal reprime actos por generar “perjuicios potenciales y peligros abstractos”, protegiendo el bien jurídico “salud pública”, frente a lo cual entramos en el campo de un adelantamiento punitivo injustificado con el Derecho Penal Liberal.

Se critica que la única vía posible para “corregir” el comportamiento de los “desviados” (toxicómanos en palabras del Tribunal) sea la sanción penal. “(...)la sanción penal per se es insuficiente cuando no va acompañada de una terapia seria y medidas de rehabilitación, capaces de modificar en un sentido positivo el comportamiento de los individuos” (Considerando 10 y 11)

La aplicación de medidas punitivas genera un agravamiento del verdadero conflicto de base, y produce una suma de problemas. Si no se acompaña con terapias y otras medidas, la reclusión o prisión solo podría servir para generar una asunción del rol (en este caso, el rol que impone el sistema penal y penitenciario, el

de delincuente/preso), se asume la etiqueta del sistema en términos de E. Goffman, y se puede facilitar el inicio de carreras criminales según lo describe E. Lamert (Perano, 2018).

Sobre este último punto, el considerando 11, distinguiendo entre el “adicto” y el mero consumidor ocasional, manifiesta que el hecho de generar una “rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. 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”

En el considerando 12, el voto mayoritario considera que, conforme a nuestro artículo 19 de la Constitución, se debe respetar la concepción según la cual “el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan”. Aquí encontramos un rechazo al llamado argumento “perfeccionista” a favor de la penalización de la tenencia de estupefacientes, tema que profundizaremos al tratar las consideraciones realizadas por Carlos S. Nino.

Sobre este punto resulta interesante citar el pensamiento de John Rawls, cuando explica su idea de “¿Cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?” (Rawls, 2006). La respuesta es clara, el Estado debe sentar las bases de juego democrático y constitucional, pero no debe inmiscuirse en las cuestiones que dividen profundamente a los seres humanos, como lo son las cuestiones religiosas por ejemplo. Esto significa que debe abandonar su matriz perfeccionista, asentada desde la Grecia clásica (perfeccionismo cívico), pasando por la era medieval cristiana (perfeccionismo religioso), y no imponer ni construir la ética privada.

#### **b. “BAZTERRICA”. Fundamento del ministro Enrique Santiago Petracchi**

Petracchi incluye, haciendo referencia a la jurisprudencia sentada en “Ponzetti de Balbín”, que el ámbito de autonomía personal se extiende a variados campos, como se podrá observar en el considerando citado. “Que una reflexión acerca de los alcances del artículo 19, de la CN, debe partir de la evidente trascendencia de tal disposición, porque, al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico. (...) “Ponzetti de Balbin c/Ed. Atlántida, S.A.” en el

considerando 8º: se expresó que el art 19: “En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo”. En el mismo considerando se establece que, el derecho a la privacidad comprende: “... aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal...” (considerando 6).

El ministro aclara que la tarea del Estado nunca puede transformarse en artífice de una moral particular a los individuos, puesto que según el esquema liberal estatal, al Estado le es permitido articular ciertos aspectos de la vida para coordinar los esfuerzos tendientes a generar un marco de vida en sociedad común, pero nunca idéntico entre los sujetos. Esto nuevamente se analizará al tratar el pensamiento de Nino aplicable al caso, y coincide estrechamente con lo antes dicho en el considerando 12 del voto mayoritario. “Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada” (considerando 7).

En línea similar a lo establecido en el considerando 8 del voto de Belluscio y Bacqué, se distingue nuevamente entre el ámbito público y privado de la moral, y los límites que el Estado tiene conforme la persecución penal y reglamentación de las conductas en estos espacios. De esta manera, se vuelve a analizar el principio de legalidad y de reserva de ley (considerandos 8 y 9)

A su vez, el considerando 9 destaca que “La protección del ámbito de la privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”

Petracchi refuerza su línea argumentativa al establecer que debe entenderse por acciones privadas de los hombres y que debe hacer el Estado como obligación frente a ellas. “(...) deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. (...) Así el art 19 establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el

derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo igual derecho de los demás” (considerando 12).

Similar a los considerandos 10 y 11 del voto de los anteriores magistrados, Petracchi resalta la importancia de que se utilicen diversas estrategias orientadas a generar una verdadera reinserción social y rehabilitación, y no un mero castigo punitivo, entendiendo que este último facilita el aumento de los procesos de drogadicción, o como se ha señalado ut supra, que comiencen las llamadas carreras criminales. “(...) cuando la adicción persiste, la mera sanción penal fracasó en reducir el comportamiento delictivo de los sujetos y, por el contrario, acentúa los procesos de iniciación o provoca su aumento (...) 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.” (Considerando 16).

Nuevamente, se clarifica el sentido del artículo 19 y los postulados liberales de nuestra Carta Magna, al considerar que el Estado no puede avanzar en la prohibición de conductas específicas por ser considerados por nuestra ética colectiva como reprochables. “(...) Ahora bien, aun si se considerara que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos estándares éticos de nuestra comunidad, no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con prescindencia de los peligros y daños efectivos que produzca. (...) [El Estado debe] 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.” (considerando 17)

Petracchi rechaza el argumento de que quien consume se constituye en un elemento peligroso para cometer futuros delitos. “no existen estudios suficientes que prueben la necesaria vinculación entre el consumo de ciertos estupefacientes en determinadas cantidades y la perpetración de otros delitos” (considerando 19). Estas posiciones, el que fundamenta que la punición del consumidor de estupefacientes se justifica en la peligrosidad de este sujeto para la posterior predisposición a cometer delitos, descansa en el argumento posteriormente



analizado de la “defensa social” que expone Carlos Nino. Aceptar esto significa echar por tierra los postulados y construcciones de un Derecho Penal de Acto que se centra en el hecho, para pasar a un Derecho Penal de autor.

Por último, el magistrado realiza un examen contextual e histórico de la cuestión, teniendo en cuenta que previamente, Argentina se encontraba sumida bajo el control de los regímenes de facto, los cuales calaron hondo en la cultura social del pueblo (como consecuencia, en la cultura jurídica) y en las creencias de lo permitido y prohibido. “En una sociedad como la nuestra en la que, a consecuencia de los extravíos del pasado, se han entronizado hábitos de conducta, modos de pensar y hasta formas de cultura autoritarios, si bien es de urgente necesidad que se enfrente amplia y debidamente el problema de la droga, es de igual urgencia que se lo haga -en el aspecto jurídico- dentro de los límites que la Constitución establece a los órganos estatales para inmiscuirse en la vida de los particulares.” (considerando 25)

**c. “BAZTERRICA”. Disidencia de los ministros Caballero y Fayt (remisión a: “Capalbo, Alejandro Carlos s/tenencia de estupefacientes”)**

Los ministros disidentes remiten a los argumentos del fallo “Capalbo” en el considerando 3. Es de destacar que los ministros fundamentan su voto teniendo en consideración la jurisprudencia sentada en el fallo “Colavini”, utilizando expresiones correlativas (a excepción del adjetivo “subversivo”, teniendo en cuenta el contexto del proceso de reconstrucción democrática en marcha) y recurriendo a él en varias oportunidades.

Afirman que el artículo 19 de la Constitución Nacional permite al Estado intervenir en ciertas áreas a fin de resguardar los intereses de la sociedad. “La extensión de esta área de defensa podrá ser más o menos amplia según la importancia asignada al respectivo bien que se pretende proteger; es así como en algunos casos bastará la mera probabilidad -con base en la experiencia- de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte incriminada por la ley penal.” (considerando 6).

Citando instrumentos internacionales (cons. 8), la postura del Poder Ejecutivo al proponer la ley 20.771 (cons. 9), teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el debate parlamentario de ambas cámaras (cons. 10 y 11), y citando el antecedente judicial “Colavini” (cons. 12), los Ministros manifiestan el espíritu de defensa y protección social buscado por dicho instrumento normativo (la ley 20.771): “ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como

objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda” (Cons. 13).

Es interesante observar como en los anteriores considerandos, los jueces utilizan expresiones lingüísticas para construir un discurso ideológico fuerte, y así generar máscaras y etiquetamientos, como lo son: “mal que azota a todos los pueblos”; “flagelo internacional que afecta a todos los países”; “desmoralización y la destrucción de la juventud argentina” (cuestión abordada al analizar el enfoque de John B. Thompson).

La postura esgrimida por estos jueces encuadra en el llamado argumento de defensa social, posteriormente profundizado. Se entiende que el mero tenedor de estupefacientes, aun para consumo personal, es un potencial riesgo de “expansión del mal”. “(...) la comprobada tendencia del poseedor a compartir el uso -aun mediante captación-, actitud que responde en general a razones de naturaleza psicológica y también de conveniencia, y que de esa manera se facilita el propio abastecimiento; es obvio que esa difusión se desarrolla a partir del presupuesto material de la tenencia. Asimismo, resulta frecuente que quien posee para su consumo sea a la vez un "pasador" por precio, ocasional o habitual, como medio para satisfacer su requerimiento. Y hasta el pequeño distribuidor profesional podría ocultar su condición bajo el disfraz del adicto que tiene para sí. (...) baste pensar en el peligro que crea la mera posibilidad de que el estupefaciente escape, por cualquier motivo ajeno a su voluntad, el ámbito de custodia del tenedor, introduciéndose en la comunidad” (considerando 14).

Terminan destacando que el derecho que toda persona tiene a interponer amparo a fin de resguardar sus derechos y garantías es constitucional, pero “es inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación” (considerando 14). De esta manera queda expuesto un resabio de argumentación “perfeccionista” (la cual será presentada posteriormente al analizar al autor Carlos Nino).

#### **IV.- Una mirada desde la óptica de Carlos Santiago Nino**

En su artículo titulado “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, Carlos Santiago Nino explora tres argumentos que intentan justificar el castigo penal de aquel que posee

drogas con el fin único de su consumo personal. Estos argumentos son el perfeccionista, el paternalista y el argumento de la defensa social.

A pesar de que el argumento de la defensa social es el más fuerte para sustentar la posición de los disidentes Caballero y Fayt en los fallos “Bazterrica” y “Arriola”, existe una utilización residual del argumento perfeccionista, y por otro lado, un rechazo del argumento antes señalado y su crítica por parte de Belluscio, Bacqué y Petracchi.

Comenzando por la argumentación perfeccionista, podemos observar que Caballero y Fayt utilizan esta concepción en el considerando 17 del fallo “Capalbo”, al establecer que es inadmisibles que se acepte una herramienta legal para proteger la propia autodegradación personal. Este argumento entiende que la propia inmoralidad de un acto ya es suficiente para perseguirlo penalmente, haciendo que el derecho se convierta en un orden que busca promover virtudes morales personales más puras. Este argumento es incompatible con nuestro artículo 19 de la Carta Magna en torno a que los ideales de virtud, excelencia humana y elección del proyecto de vida corresponden al ámbito de libertad del individuo mientras que no interfiera con los derechos de terceros.

El voto mayoritario, en el considerando 12, descalifica esta concepción al entender que el Estado debe otorgar libertad para la elección de los ideales de vida humana, sin imponer una ética particular. Carlos Nino es claro al decir que “las funciones de un legislador, que no degeneren en tiránico, no deben confundirse con las de un moralista” (Nino, 2013).

Mientras que el argumento de la defensa social entiende que el castigo penal está dirigido a servir como una fuente de disuasión y de protección para otras personas que no consumen drogas y a la sociedad en su conjunto de la nocividad de que miembros de la sociedad consuman estupefacientes. En esta lógica, Caballero como Fayt fundamentan su posición desde esta óptica, teniendo en cuenta principalmente lo expuesto en “Colavini”. En el considerando 14 de la sentencia “Capalbo” se dice, en líneas generales, que permitir la tenencia de estupefacientes, aun para consumo personal, implica generar un potencial riesgo de “expansión del mal”, ya que quien posee “drogas” puede introducirlas a la sociedad, o bien puede encontrarse en determinados estados psíquicos que le lleven a cometer delitos. A su vez, esta decisión retoma la postura esgrimida en “Colavini”, que entendía, en semejanza, que “la común experiencia que ilustran acerca del influjo que ejerce el consumo de drogas sobre la mentalidad individual

que, a menudo, se traduce en impulsos que determinan la ejecución de acciones antisociales” (cons. 15, fallo Colavini).

Sobre este último argumento, la mayoría, especialmente Petracchi (considerando 19 en Bazterrica), rechazan la justificación del tipo penal en estos términos, y entienden que no existen suficientes demostraciones empíricas de que la persecución del simple tenedor sea una herramienta efectiva para reducir el narcotráfico ni el aumento del consumo. En definitiva, sostener esta concepción es entrar en una lógica de un Derecho Penal de autor, incompatible con el Derecho Penal Liberal y de acto, adelantando el terreno punitivo y generando un estigma en torno a la “peligrosidad”.

## **V.- La óptica del neoconstitucionalismo**

Entrando a analizar la cuestión sobre si la sentencia dictada en la causa “Bazterrica” corresponde o no a la teoría jurídica conocida como “neoconstitucionalismo”, la respuesta es afirmativa.

Al definir esta corriente, no podemos olvidarnos que es un término amplio, de difícil definición, que implica diversos momentos y posturas jurídicas y políticas. Podemos considerar al neoconstitucionalismo, siguiendo a Alfonso Santiago, como un proceso histórico, una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, como así también ideológica, acerca de la función que los jueces deben realizar en una democracia constitucional como la nuestra (Santiago, 2008). Esto, en síntesis, quiere decir que los jueces deben tener un rol “fuerte” en el control de la aplicación de las leyes, aplicando un test que permite verificar, en su caso corregir, al caso concreto, la norma para que sea acorde a los derechos y garantías reconocidos al sujeto por todo el ordenamiento jurídico integralmente.

El neoconstitucionalismo está profundamente interesado en la protección de los derechos humanos. Su meta primordial consiste en afianzar y garantizar la vigencia de los derechos humanos. Es de destacar el importante rol que cumplen los jueces, el derecho se transforma en una realidad “dúctil” y se abandonan las rigideces legalistas. En el neoconstitucionalismo, los jueces adoptan una actitud antiformalista siempre en pos de la protección de los derechos fundamentales de las personas.

El neoconstitucionalismo puede también ser visto como la doctrina o ideología institucional que alienta un modelo de Poder Judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica.

Este activismo judicial, tan característico del neoconstitucionalismo y que encuentra su fundamento en los derechos humanos, se puede apreciar claramente en el voto mayoritario en “Bazterrica”, especialmente en el voto del ministro Petracchi. Guiados por una necesidad de salvaguardar los derechos y la dignidad de la persona procesada, se apartan de la letra de la ley y adoptan una decisión contraria a la misma, y además, declaran su inconstitucionalidad. Tal como dice Santiago, de la soberanía del legislador, se pasa a la palabra final a cargo de los jueces, como guardianes últimos de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional.

Es así como, el Poder Judicial debe controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y garantías constitucionales. En el caso que nos ocupa viene a reivindicar la vigencia efectiva del derecho constitucional reconocido en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, que pone límites a la actividad legislativa del Parlamento, que consiste en establecer que no pueden prohibirse conductas que se desarrollen dentro de la esfera privada de las personas, entendidas estas como aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, ni afecten derechos de terceros.

Así mismo, merece destacar que el propio Santiago encuadra al fallo en examen, “Bazterrica”, como una de las primeras decisiones judiciales de nuestra Corte Suprema en contener elementos del neoconstitucionalismo.

Santiago cita a Zagrebelsky, uno de los expositores del neoconstitucionalismo, quien afirma que “La verdadera democracia es la democracia de los jueces”. “Vengan los jueces a salvar el mundo” (Santiago, 2008).

Nos resulta un tanto polémico decir que la democracia es la de los jueces, en tanto y en cuanto, un órgano como la CSJN es lo menos democrático a nivel de representatividad (más allá que su representatividad escasa se asienta de forma indirecta). Waldron crítica esta cuestión porque “se produce de hecho un menoscabo a la democracia cuando el Parlamento electo de una sociedad está sujeto al poder judicial” (Waldron, 2005). Si bien es cierto que la actividad judicial ha mejorado a la democracia y a salvaguardado los derechos fundamentales, ejerciendo un activismo como en los casos “Brown” o “Rode vs Wade” de la Corte Suprema estadounidense, o en nuestro país casos como “Siri”, “Bazterrica”,

“Arriola” o “ALLIT”, no nos podemos olvidar de aquellos casos en los cuales la cuestión no ha sido “correcta” ni beneficiosa para la democracia ni los derechos, como los fallos de la Corte estadounidense de la conocida era Lochner (1885 a 1930), o casos de nuestro máximo Tribunal, como el reciente fallo conocido como “2x1” que aplicaba el beneficio del derecho procesal penal a condenados por delitos de lesa humanidad (que posteriormente fue revertido por la palabra de nuestro Parlamento).

## **VI.- Análisis ideológico según John Thompson**

Thompson, en su obra, conceptualiza a la ideología y representa a los fenómenos ideológicos como construcciones simbólicas que sirven para sostener y establecer diversas relaciones de dominación. Utiliza el término sostener en el sentido de que la ideología puede servir para mantener y reproducir dichas relaciones de dominación mediante un proceso en donde la producción y recepción de formas simbólicas se dan de modo permanente. Luego, con el vocablo establecer refiere a que puede crear e instituir de manera activa relaciones de dominación. Es por ello que el autor analizado estableció una serie de modos generales a través de los cuales opera la ideología y las distintas estrategias de construcción simbólica con las que podría vincularse.

Conforme a lo establecido en su obra, es de importancia resaltar que en el presente fallo se presenta claramente la utilización por parte de los magistrados de las distintas estrategias típicas de construcción simbólica que hacen al modo en que opera la ideología, según lo vertido por J. Thompson.

Así, respecto de la legitimación, caso en que se procura establecer relaciones de dominación como justas y dignas de apoyo, podemos verificar la utilización de distintas estrategias típicas, particularmente en el considerando 13 de “Capalbo”, al manifestar los ministros Caballero y Fayt “(...) abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda”.

Específicamente, encontramos subsumido en sus dichos la “racionalización”, en tanto refiere a ciertas instituciones sociales tales como la familia y la sociedad, derivándose los efectos perniciosos respecto de ellas a la subsistencia misma de la nación. Por otro lado, podemos verificar que al referirse a los “valores morales”, en cierto modo, está universalizando un conjunto de normas que en definitiva no

puede decirse que abarquen a la sociedad toda. Ello, sin perjuicio, de que puedan identificarse con la moralidad referida, a la mayoría de una Nación. Teniendo en cuenta lo antedicho, podemos concluir que universalizar, sobre la mera base de un apoyo mayoritario a una norma moral, sería excluir al segmento minoritario que no concuerda o se identifica con ella. Respecto de la simulación, podemos conectar los dichos de la minoría (Fayt y Caballero) en el considerando 14. Aquí, refieren a una supuesta “expansión del mal”. “(...) la comprobada tendencia del poseedor a compartir el uso -aun mediante captación-, actitud que responde en general a razones de naturaleza psicológica y también de conveniencia, y que de esa manera se facilita el propio abastecimiento; es obvio que esa difusión se desarrolla a partir del presupuesto material de la tenencia”, que implican el uso de este modo general de operativización de la ideología, en tanto, realiza una representación que desvía la atención de los procesos existentes, en el sentido de que da por hecho que todo poseedor, tiende a compartir el uso por meras cuestiones psicológicas y de conveniencia; aseveraciones que carecen de toda referencia al caso concreto, y se sustentan meramente en formulaciones dogmáticas, en desmedro del imputado. Específicamente, utiliza lo denominado “tropo”, que implica un uso figurado del lenguaje, más precisamente la “metonimia” (el uso de un término que representa un atributo, una característica adjunta o afín a algo para referirse a la cosa misma, aunque no exista una relación necesaria entre el término y aquello a lo que se pueda estar refiriendo uno) al componer el hecho de ser poseedor con el hecho de compartir su uso, como si ello fuese una cualidad intrínseca de la circunstancia de poseer. Poseer y compartir el uso son dos acciones distintas, y unificarlas en desmedro del imputado, sin referenciar a acciones concretas realizadas por el mismo, implica extender el marco acotado de tipicidad, que debe imperar en todo proceso penal.

Es de importancia traer a consideración el sentido en el cual se ha expedido el magistrado Petracchi en el considerando 25 cuando sostiene que “En una sociedad como la nuestra en la que, a consecuencia de los extravíos del pasado, se han entronizado hábitos de conducta, modos de pensar y hasta formas de cultura autoritarios, si bien es de urgente necesidad que se enfrente amplia y debidamente el problema de la droga, es de igual urgencia que se lo haga -en el aspecto jurídico- dentro de los límites que la Constitución establece a los órganos estatales para inmiscuirse en la vida de los particulares.” Es así que, si nos remitimos y analizamos la cita mencionada ut supra, podemos inferir que este miembro del Alto Tribunal se ha valido de una estrategia de “narrativización” para justificar el sentido de su voto en el fallo en cuestión. El uso de tal estrategia es claro ya que

estamos frente a un racconto de los diversos contextos históricos por los cuales ha transitado la sociedad argentina a lo largo del siglo XX, analizando también el presente, e invita a reflexionar acerca de cómo los regímenes de facto han calado dentro del pensamiento colectivo en lo que respecta al consumo de drogas en nuestro país. Estos tradicionalismos que se van generando son a los fines de crear sentimientos de pertenencia a un determinado momento y lugar.

## VII.- Consideraciones finales

Con la decisión tomada en la sentencia “Bazterrica”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revirtió el criterio y la doctrina judicial sentada anteriormente en “Colavini”. Se realzaron los valores democráticos y la idea de un Estado de Derecho Liberal que respeta el ámbito reservado de la libertad individual, y se dejó en claro que el Estado nunca puede imponer una ética individual, ni tampoco aplicar herramientas legales que se inmiscuyan en este campo.

Los nuevos modelos del derecho se han hecho presentes, y aquellas tradicionales justificaciones para la persecución del “enemigo” ya no valieron en un contexto en el cual era fundamental reconstruir las instituciones y la sociedad al amparo de unos principios que eleven la democracia constitucional.

El juego de poder que se presentó en el Alto Tribunal es interesante. El péndulo de estos intereses se vio en todo el recorrido judicial que se da hasta el año 2009 (momento en el cual la CSJN emite la sentencia “Arriola”).

En el año 1990, con una nueva composición en el Tribunal (la llamada “mayoría automática”), se revirtió la doctrina de “Bazterrica” para imponer la doctrina “Montalvo” (Fallos: 313:1333), la cual retomó la otrora argumentación en “Colavini”. En este caso, una Corte compuesta por nueve ministros, solo dos de ellos votan en disidencia, siendo Belluscio y Petracchi, quienes remiten a su fundamentación en “Bazterrica”. La “odisea” judicial sobre la cuestión finaliza en el famoso fallo “Arriola” del 2009. En este caso, se decide la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo (similar al artículo 6 de la ley 20.771), de la ley 23.737 (posterior a la ley 20.771, que queda derogada, pero de notoria semejanza), y en buena medida, se citan las argumentaciones del fallo “Bazterrica”, principalmente la fundamentación vertida por Petracchi.



Consideramos que estas sentencias generan un gran avance en término de derechos, como ya ha sido expuesto, sin embargo, nos preguntamos acerca de la calidad del debate y la decisión en términos democráticos. ¿Es concebible que en una democracia un órgano compuesto por personas con escasas representatividad popular puedan decidir cuestiones de tanto desacuerdo en nuestro pueblo?, ¿es la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad un elemento que mejore nuestra democracia?, ¿no sería mejor comenzar a utilizar herramientas constitucionales que permitan una mayor representatividad?, ¿no debería el Parlamento debatir sobre estas cuestiones?, ¿o debemos dejar que el **gobierno de los jueces** decida nuestro futuro?

### **VIII.- Bibliografía**

- Alegre, M. (2011). Arriola, Bazterrica y la igualdad. Lecciones y Ensayos(89), 121-139.
- Martínez Paz, F. (2004). La construcción del mundo jurídico multidimensional (1era ed.). Advocatus.
- Martínez Paz, F. (s.f.). La Enseñanza del Derecho. Mateo García Ediciones.
- Nino, C. S. (2013). Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas de los hombres". En Una teoría de la justicia para la democracia: Pensar la justicia, hacer la igualdad y defender libertades (1ra ed., págs. 53-80). Siglo Veintiuno.
- Perano, J., Luque, L., & otros. (2018). Manual de Criminología. Teorías criminológicas y (de) construcción del poder punitivo. (1 ed.). Advocatus.
- Rawls, J. (2006). Liberalismo Político. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Santiago, A. (2008). Sistema Jurídico, Teoría Del Derecho Y Rol De Los Jueces: Las Novedades Del Neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 22(17), 131-155.
- Thompson, J. B. (2002). Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas (2da ed.). Universidad Autónoma Metropolitana.
- Urquiza, M. I. (2015). Tenencia De Drogas Y Narcotráfico En La Corte Suprema. Una Lectura Desde El Paradigma De La Complejidad. *Anuario Xvi Centro De Investigaciones Jurídicas Y Sociales*, XVI(16), 185-200.

- Waldron, J. (2005). La concepción constitucional de la democracia. En Derecho y desacuerdos (págs. 337-372). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.