La Corte de 7

Hoy, 1º de septiembre de 2009, hace una semana que la Corte Suprema Argentina (a la que para diferenciarla de sus composiciones anteriores llamamos 'la Corte de 7') ha declarado inconstitucional sancionar penalmente a quien tenga cualquier droga para su propio consumo, siempre que el mismo no dañe a terceros.

Drogarse está mal, ser adicto es pésimo, toda adicción es una enfermedad que anula la voluntad del hombre. Valga tanto para la droga como para el alcohol o el tabaco.
Sin embargo la Corte ha dejado en claro que, según nuestra Constitución Nacional, consumir drogas sin dañar de modo concreto a terceros, es un derecho que no puede ser restringido por el Estado.
Volvemos a recomendar la lectura de las dos obras fundamentales en materia de consumo personal de drogas:
Bidart Campos (La nueva jurisprudencia de la Corte en materia de droga):
http://www.domingorondina.com.ar/2009/08/legalicenla-bidart-campos.html

Carlos Nino (¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?):

http://www.domingorondina.com.ar/2009/08/legalicenla-nino.html

Humo blanco en la Corte

En primer lugar debemos señalar que la Corte de 7 miembros dictó un pronunciamiento unánime. Si bien todos expusieron sus propios argumentos (en especial tras el 9º considerando) hubo acuerdo en un núcleo duro jurisprudencial.
Y eso es muy importante. Principalmente porque venimos con el temor de Bazterrica: que sólo dure 4 años. En este caso, habiendo 7 jueces concordes, debemos presumir que pasarán muchos años hasta que este tema sea revisado en sentido contrario, porque se pueden jubilar/morirse/candidatearse dos o tres de ellos y seguiría habiendo mayoría en el mismo sentido.

Volver con la frente a Bazterrica…

En 1978, en el caso 'Colavini' la Corte Suprema considera por primera vez el tema del consumo personal de drogas, y opta por aceptar la constitucionalidad de su sanción. (http://www.domingorondina.com.ar/2009/08/1978-colavini.html).

En 1986 Gustavo Bazterrica ya era famoso, era el extraordinario músico de “La máquina de hacer pájaros” y de “Los abuelos de la nada”. Pero en esos días su nombre se asoció definitivamente a la historia del consumo de narcóticos porque en una apelación que él promovió la primera Corte de la democracia optó por considerar que era inconstitucional sancionar a quien se drogaba. (http://www.domingorondina.com.ar/2009/08/1986-bazterrica.html).
Inmediatamente dictó también el fallo ‘Capalbo’ donde se ratificó el criterio y los disidentes se explayaron más sobre el tema. (http://www.domingorondina.com.ar/2009/08/1986-capalbo.html).
Sin embargo, sólo cuatro años después, en 1990 la Corte, con una nueva conformación, hace mayoría para volver a criminalizar el consumo. Así lo hace en el fallo ‘Montalvo’, teniendo como principales argumentos que el consumidor sostiene la cadena de narcotráfico, y por ende si no hubiese consumidores no habría narcos; y que los terceros perjudicados por el consumo son los hospitales que deben atender a los adictos y los familiares que sufren al ver su degradación. (http://www.domingorondina.com.ar/2009/08/1990-montalvo.html).
Y ese precedente duró 19 años...
En este caluroso agosto de 2009 la Corte vuelve a declarar inconstitucional que se sancione al consumidor y lo hace insistiendo todo el tiempo en que vuelve a Bazterrica. Eso no parece muy importante, pero tiene que ver con compartir la responsabilidad con aquella primera Corte, con mostrarse como poco innovadores para que no los fustiguen, con remitir a argumentos de aquella Corte y de los estudiosos que escribimos antes defendiendo aquel fallo, etc.

Un cortesano arrepentido

Dos de los ministros de esta Corte de 7 estaban en Bazterrica. Petracchi que votó por la libertad y Fayt que votó por la punición.
En el mismo sentido votaron ambos en Montalvo, cuando la mayoría reinstaló la cárcel para los consumidores.
Esta vez, Fayt vota por eliminar la prisión para los consumidores. Y toda la Corte se ve en la necesidad de explicar por qué, tras 19 años de Montalvo, vuelven atrás sus pasos y retoman el sendero libertario de Bazterrica.
Y se centran en una explicación: cuando Montalvo, dijeron que el consumidor era el final, y el basamento, de la larga cadena del narcotráfico, y que si no se penaba al consumidor mal se podía perseguir a los vendedores. Y que sancionar al consumidor serviría como mecanismo para disminuir el consumo.
Pero ahora, señalan con muchas citas estadísticas y sociológicas, que la droga en

Argentina creció exponencialmente durante estos 19 años. Y que así queda demostrado que el argumento central de Montalvo era falaz, que la realidad demostró que no hay sanción ni amenaza de sanción que sea eficaz para frenar el avance de las drogas.
Y se plantean que resulta imprescindible dejar de tener la cárcel como única respuesta del sistema y empezar a pensar otros mecanismos de combate.

La preocupación mediática de la Corte

El primer sitio de Internet donde apareció el fallo completo fue uno de propiedad de la misma Corte Suprema: el CIJ (Centro de Información Judicial) que se encuentra en http://www.cij.gov.ar/
Sin embargo, quienes lo vimos esa misma siesta casi en tiempo real, nos sorprendimos al ver que en el comunicado de prensa la Corte decía lo que en su fallo no decía.
Se señalaba (y hasta hoy tienen una nota en esos términos http://www.cij.gov.ar/nota-2159-Las-claves-del-fallo-que-limito-el-castigo-por-tenencia-de-marihuana-para-consumo.html) que:
-se limitó el castigo (en verdad se eliminó)
-para quienes tengan marihuana para consumo (en verdad nada se dice sobre marihuana)
-que la clave es no poner en riesgo a terceros (el fallo claramente habla de dañar, que es el paso siguiente al riesgo)
-que el fallo se limita a los adultos (en ninguna parte surge eso, que de por sí es un término confuso)
-que no se 'legaliza' la droga (claro, en un sentido estricto, porque no dictan leyes, pero en verdad cuando la Corte anula una ley está haciendo norma)
¿Por qué ocurre esto? Porque la Corte, y el gobierno, quieren disfrazar un poco los alcances de su sentencia para no recibir tantas críticas de los sectores más conservadores, total, con el tiempo, los jueces irán dándole al fallo el verdadero sentido, que se encuentra en su texto y no en las gacetillas.
Pero el temor a los titulares pesó más, y debemos reconocer que les salió bien ya que la mayoría de los medios aceptaron ese tibio resumen.
Al poco tiempo el sitio de la Corte borró la nota que aún puede verse en archive.org

Y ahora, Arriola

Pobre Arriola, se hizo famoso con un fallo que no lo beneficia, y ni siquiera lo considera más que como ejemplo de lo que la Corte no quiere: liberar a los

vendedores. Era el que les estaba vendiendo a los 5 consumidores que la Corte libera.
También participaban del tráfico Simonetti y Vázquez, a quienes nadie libera.
No en vano la Corte eligió este caso, con un ojo puesto en los medios y otro en el poder político: quiso dejar en claro que liberaba consumidores y encarcelaba narcos.
Pero vayamos a ver un poco lo que la Corte dice en 'Arriola', aunque no a su respecto...

Tirando argumentos jurídicos innovadores

La Corte, para justificar su contradicción a Montalvo, señala dos novedades jurídicas que la habilitarían a cambiar de opinión.
La primera es la reforma constitucional de 1994, que al incorporar nuevos derechos y garantías, en su cuerpo y por remisión, refuerza el criterio de privacidad y de autodeterminación personal.
La segunda son los tratados internacionales, con y sin jerarquía constitucional, donde la Corte encuentra argumentos a favor de la libertad de consumo, y donde –por más que busca- dice que no halla obligaciones del Estado para penar a los consumidores.
El argumento internacionalista sin embargo no es tan novedoso, ya fue analizado en 'Colavini' y fue rechazado. Claro que la reforma de 1994 dejó bien en claro la supremacía de los tratados sobre las leyes.
En ambos casos, parece mentira que en estos 15 años no se hayan dado cuenta...

No sólo marihuana, no sólo cinco personas

Otro aspecto a tener en cuenta es que el fallo 'despenaliza' (término incorrecto que ha ganado espacio en el debate) toda droga, no sólo la marihuana.
Nuestro sistema de control de constitucionalidad (actividad por la cual un poder invalida lo resuelto por otro si ello se oponía a la Constitución) cuando es judicial (hecho por los jueces) es difuso. Cualquier juez tiene derecho a tener su propio criterio sobre un tema constitucional y la Corte no obliga a los inferiores.
Sin embargo, la Corte ha dicho que los jueces tienen el deber moral de seguir sus sentencias, y que para apartarse de sus criterios deben fundar muy detenidamente.
Nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad también tiene efectos 'inter partes', es decir: sólo afecta a quienes participaban del juicio en el que se tomó la decisión.
Sin embargo, los efectos de una sentencia de la Corte se extienden a otros casos,

por razones de economía procesal, ya que ningún juez desconoce que un fallo suyo contrario a un claro criterio de la CSJN dejará de ser revisado, y tarde o temprano, revocado.
Por lo tanto, si bien este caso sólo benefició a cinco personas (Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena) y se vinculaba a marihuana (era lo que tenían estos cinco), sus efectos se extienden a todo el sistema judicial y para todas las drogas.

La hierba de la paz… y el resto

¿Este fallo refiere a la marihuana? De modo directo sí, era lo que tenían los cinco imputados.
Pero la Corte no declara constitucional consumir marihuana e inconstitucional consumir otra droga. La Corte libera todo consumo.
Así de claro lo pone la Corte en su último considerando, el 36º:
"esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros."
Es decir: ni se nombra a la marihuana. Toda droga puede ser constitucionalmente consumida.
Sea marihuana en un asado, cocaína en la oficina, éxtasis en una disco, o paco en una villa.

Piedra libre para cinco

¿El fallo afecta a cinco personas solamente? De modo directo sí, son quienes quedan libres pese a que la ley disponía que vayan presos.
Pero de modo indirecto beneficia a todo consumidor ya que ningún juez puede en adelante disponer la incriminación de un consumidor, porque su fallo será revocado y porque implicaría desconocer al más alto tribunal.
Y si algún juez condena a un consumidor, sólo será cuestión de apelar…

Si alguien compra es porque alguien vende.

La Corte se preocupa en dejar en claro que no permitirá la impunidad de los

traficantes, sino que sólo habilita a los consumidores a drogarse.
Y ese es el primer error del fallo Arriola: ¿cómo legalizamos el consumo sin estar validando de algún modo la venta?
En otra ocasión, sin necesidad de esperar jurisprudencia al respecto, tendremos que plantearnos si no es más razonable regular el tráfico, asegurar condiciones de venta y de calidad, etc.
Porque suena claramente ilógico que permitamos el consumo y neguemos la venta.
Salvo el escaso porcentaje de gente que autocultiva su marihuana, sus hongos, etc., la mayoría compra su droga a un traficante. Y este fallo obvia esa realidad.
Tanto es así que cualquier venta sin habilitación municipal se encuentra en peores condiciones que la venta de estupefacientes para consumo personal de los compradores. Entrar un cigarrillo de marihuana por la frontera sin pagar impuestos será posible, pero entrar cigarrillos de tabaco no...
Este ridículo supuesto nos reafirma en la idea de que más temprano que tarde tendremos que avanzar en mayores controles estatales sobre el tráfico de drogas, como se hace sobre el alcohol y el tabaco.

La Corte toca pito

En el mismo fallo la Corte hace una exhortación a los otros dos poderes (ejecutivo y legislativo) para que hagan algo para evitar el narcotráfico y para evitar que más gente llegue a las drogas.
Dice: *"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..."*
Esta es la otra deuda histórica del Estado: combatir en serio el narcotráfico, dejar de protegerlo mediante complicidades de la dirigencia y de la policía, dejar de financiarse gracias a sus ingresos. Hasta ahora la única respuesta era: cárcel a los consumidores.
Llegó el momento de pensar otras respuestas.
Ya no se podrá decir a los chicos: 'no te drogues porque vas preso', habrá que agudizar el ingenio y gastar tiempo y recursos en enseñarles por qué toda adicción es dañina, por qué la droga resta valor al ser humano.

Privado es igual a no dañar a terceros

El artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina establece *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública,*

ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados."

Históricamente se discutió el alcance de las expresiones 'orden' y 'moral pública' pero tanto la doctrina, encabezada por Nino, como la jurisprudencia, siguiendo a la Corte Interamericana, han aclarado que todo se resume en el daño a terceros.

Porque el 'orden' es un concepto que involucra necesariamente a terceros, y no hay una acción posible de desorden que no los afecte.

Y si una acción ofende la 'moral pública' pero se realiza en la intimidad, o en público pero sin afectar a terceros, no debe ser analizada por el Estado.

Entonces: toda acción que no afecte a terceros es una acción privada. Es una conducta autorreferente, que sólo atañe al que la hace.

El Estado sólo puede intervenir cuando la conducta de un sujeto es intersubjetiva y lesiva, es decir, cuando provoca daños a otros sujetos.

Esta bella regla de oro liberal está desde 1853 en nuestra norma fundamental.

Y acción privada no quiere decir que deba ocurrir en la casa, quiere decir que no afecte de modo concreto a terceros. Puede una persona drogarse en un parque y que siga siendo la suya una acción privada.

Del mismo modo la Corte se preocupa en aclarar que los daños a terceros deben ser concretos. Siguiendo a Nino, la Corte rechaza los daños nimios (gastos médicos), los daños indirectos (la tristeza de las familias), los posibles pero aún no ocurridos (accidentes de tránsito), etc.

¿Cuándo un consumidor causa daño a terceros? Los casos son pocos, sólo podemos señalar que no se podría consumir drogas en un ambiente cerrado si sus emanaciones llegan a terceros que no quieren consumirla. Es el único supuesto que se nos ocurre…

Yerra Argibay cuando en sus fundamentos propios duda sobre si la exhibición de droga hace que la acción deje de ser privada. La privacidad no es un territorio geográfico, es un ámbito de no lesividad.

En resumen: sólo puede sancionarse el consumo de estupefacientes si de un modo real, directo, grave y concreto se afecta a otras personas.

Porque en todas las ramas jurídicas el daño es la medida del derecho. Y como enseña el viejo y remanido dicho popular 'tu libertad termina donde empieza la de los demás', pero hasta entonces hay libertad.

Tengo un proyecto para mi vida: estar todo el día drogado

La Corte, retomando un discurso que inició en Bazterrica, habla ahora del derecho al propio plan de vida.

La libertad que la Constitución Argentina asegura a los individuos tiene su eje en que cada uno elija lo que quiere para sí, siempre que no afecte a otras personas.
Y cada uno debe decidir en su caso qué está bien y qué está mal.
Y citando fallos anteriores, y a Nino y Bidart Campos en las obras que arriba recomendamos, la Corte nos dice:
"La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno."
"Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada"
"La punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable"
En síntesis: podés tener el proyecto para tu vida de ser exitoso, y te esforzarás en estudiar y trabajar para lograrlo. Y el Estado debe respetarte y no impedírtelo.
O podés tener como proyecto convertirte en un ente deforme que esté todo el día alcoholizado, drogado, tirado en una esquina, y el Estado también debe respetarte.
Lo contrario es paternalismo, es perfeccionismo, es fascismo, es creer que el Estado es superior moralmente a los individuos y que por ende sabe lo que es mejor para ellos, aunque a ellos no les guste.
Así pensaban algunos de nuestros iluministas, que comparaban al pueblo con un bebé al que había que limpiar aunque llore. Así piensan algunos políticos de todas las épocas que aseguran saber lo que es mejor para la gente, aunque ella llene las plazas y las urnas rechazando sus ideas.
En nuestro sistema constitucional liberal el individuo es superior al Estado, siempre que no afecte a otros individuos.

Todos contra uno. Uno más fuerte que todos.

La Corte, citando a Dworkin, señala que *"la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo"*.
Es decir: aunque la mayoría de la sociedad no se drogue, aunque la mayoría considere que es malo drogarse, no hay mayoría que pueda avasallar el soberano territorio de la voluntad del individuo.
Nadie puede decirle a un sujeto: esto no te conviene por lo tanto te lo impido.
Si bien las democracias se sostienen sobre el principio de que la mayoría manda, este principio tiene un límite reconocido desde antaño: las mayorías nunca pueden decidir eliminar a las minorías.

Ello, claro está, siempre que la conducta de la minoría no implique daños a terceros, en cuyo caso no podría sostenerse que hay una acción autorreferente.

La dignidad del adicto

La Corte señala también que la dignidad, como principio constitucional que informa todo el ordenamiento, está en juego en estos casos.
Dice que penar al consumidor para así atacar indirectamente al traficante, es un criterio utilitarista que no se condice con la dignidad humana donde el hombre debe ser visto como fin y no como medio de las decisiones.
Si se pudiese probar que poner preso al consumidor lo beneficia, podríamos analizarlo.
Pero si lo ponemos preso para amedrentar a otros, o para evitar que siga comprando, es desconocerlo como sujeto.
Y la cárcel, sumada a la adicción, sólo lleva a situaciones de mayor indignidad humana, no hay dudas al respecto.
Por ende la Corte entiende que la cárcel revictimiza a quien ya es víctima de un tráfico criminal.

Ahora son todos drogadictos

Algunas de las voces que se alzan contra el fallo se quejan de que han quedado habilitados los ciudadanos para robar aprovechando el efecto violento de la droga, o para manejar drogados y atropellar gente por su falta de reflejos…
Son argumentos tan infantiles que ni merecerían ser contestados. Pero allá vamos…
Nada ha cambiado, el consumo existía igual. Que no se sancione el consumo no quiere decir que dejen de sancionarse los crímenes. Al contrario, la habilitación constitucional hace al adicto tan responsable como cualquiera que no lo sea.
La situación es la misma que con el alcohol, el cual también siempre se asoció a los crímenes y a los accidentes de tránsito. Y deben efectuarse controles para evitar que quien no tenga reflejos suficientes siga frente al volante.
Y pueden lícitamente incrementarse las penas para quienes cometan faltas bajo los efectos de cualquier estupefaciente.
Recordemos las sabias palabras de Martín Fierro aconsejando a sus hijos:
“Es siempre, en toda ocasión, / el trago el pior enemigo. / Con cariño se los digo, / recuerdenló con cuidado, / aquel que ofiende embriagado / merece doble castigo.”

Rehabilitación voluntaria

Queda en claro que si consumir no puede ser impedido, la rehabilitación, incluso del adicto, no puede ser obligatoria.
Si quien es adicto quiere curarse, deben asegurársele lugares y procedimientos a su alcance para lograrlo.
Esta es una de las graves responsabilidades del Estado, que ha incumplido históricamente: crear centros públicos de desintoxicación.
Pero debe quedar en claro que a nadie se lo puede obligar a internarse.
La única opción sería declararse insana o inhábil a la persona (como sucede con los alcohólicos) y por una medida de protección de personas obligar a su internación compulsiva.
Pero como regla general ningún consumidor está obligado a curarse.

Papá ¿ya puedo drogarme?

Otro tema que ha quedado en el tintero y que preocupa a la gente es si la Corte habilitó a cualquier persona a drogarse sin importar su edad.
Tanto así que la Corte llama a proteger a los menores mediante la educación pero no dice que se les pueda impedir el consumo.
En principio debemos decir que la edad donde podría drogarse alguien sin necesidad de otro consentimiento es la de 21 años.
Ello porque en nuestro sistema legal, antes de esa edad, se pueden imponer conductas a los menores por parte de sus padres o representantes.
Sin embargo, teniendo en cuenta que la edad de 18 años es según los tratados la que marca el cambio de niño a adulto, bien podría ser esto discutido.
Y más complejo sería el tema si consideramos que el Código Civil entiende que las personas a los 10 años ya comprenden la ilicitud de sus conductas, con lo cual a partir de esa edad podrían estar sabiendo lo que hacen y eligiendo lo incorrecto.
Pero creemos que la única forma de darle cierto orden al problema es mantener el criterio que ya se insinuó durante los 4 años de Bazterrica: la edad en que ya no puede obligarse a rehabilitación ni se puede prohibir el consumo es la de 21 años.
Hasta que bajen la mayoría de edad, lo cual hoy está en trámite…

¿Cuánta droga es consumo personal?

La Corte no dice, no es su competencia, cuánta droga debe considerarse consumo personal y cuánta sería ya tráfico.
En el caso a los cinco liberados se les encontraron de uno a tres cigarrillos de marihuana.
Pero surgirá de las circunstancias de cada causa demostrar que la droga que se

lleva encima es para consumo personal y no para venderla.
Quizás llevás un solo gramo de cocaína, pero no consumís y vas a venderlo. O llevás diez, pero podés demostrar que por tu adicción es una provisión que sólo basta para dos días.
Claro que esto habilita el tráfico hormiga, que puede justificarse como de consumo personal, pero es mejor correr ese riesgo, que con una buena investigación puede conjurarse, que seguir criminalizando a los consumidores.
Pero este es un problema que existe desde antes, porque siempre hubo distintas penas para el consumidor que para el traficante. Y como ya se insinuaba en la jurisprudencia argentina, la cuestión debe ser resuelta en cada caso atendiendo a las circunstancias que lo rodean.

Oíd fumones el grito sagrado: ¡libertad, libertad, libertad!
Si no se puede sancionar a quien no daña a otros ¿por qué me obligan a ponerme el casco en la moto? ¿por qué se impide la eutanasia?

Estas preguntas son muy frecuentes cada vez que tenemos que explicar el tema de las acciones privadas.
Y la verdad es que su respuesta surge clara apenas se analiza lo que ya hemos dicho.
Toda sanción a conductas que sólo afectan al que las realiza, es inconstitucional.
Por eso es ilegítimo y contrario a la Constitución obligar a llevar el casco, o impedir que el enfermo terminal decida poner fin a su vida.
Pero, para que lleguemos a eso, falta mucho camino de libertad por recorrer.

Conclusiones por ahora y para después

La “Corte de 7”, la más mediática y consciente de su poder público, de su rol político, la más negociadora pero autoprotectoria, está haciendo algunos avances importantes en materia de libertades civiles.
Era necesario que dejaran de desconocer la realidad que indica que el avance de las drogas no estaba siendo adecuadamente atacado con el sencillo trámite de encarcelar adictos.
Pero también era necesario que los argentinos empecemos a considerar con madurez nuestros problemas más generalizados, dejando de pensar que corresponden a un sector reducido del que ni nosotros ni nuestros hijos forman parte.
Y, en definitiva, este fallo abre camino para muchos otros, más importantes aún que siguen pendientes.

De nuestra reacción social frente a esta sentencia dependen muchas decisiones trascendentales que están por venir. No tengamos miedo. Somos un pueblo de sobrevivientes y estamos maduros para enfrentarnos a nuestros fantasmas.**NOTAS RELACIONADAS:**

EL FALLO EN CASACION
EL DICTAMEN VILLACAMPA DEL PROCURADOR
EL FALLO ARRIOLA COMPLETO
SOBRE LA INCONSTITUCIONAL OBLIGACIÓN DE USAR CASCOy MANU CHAO diciendo algo al respecto...¡ Clandestino !