

**Universidad Torcuato Di Tella**  
**Escuela de Derecho**

---

**Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)**

**Volumen 20, Número 2, diciembre 2019**

---

A 10 años del fallo Arriola: Derecho, drogas y libertad

Formato de cita recomendado

*A 10 años del fallo Arriola: Derecho, drogas y libertad*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 20 2 (2019)

---

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a [revistajuridica.utdt.edu](http://revistajuridica.utdt.edu)

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con [ratj@utdt.edu](mailto:ratj@utdt.edu)

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

---

## A 10 años del fallo Arriola: Derecho, drogas y libertad

---

El siguiente texto es una desgrabación del evento “*A 10 años del fallo Arriola: Derecho, drogas y libertad*”, llevado a cabo en la Universidad Torcuato Di Tella el día 13 de noviembre de 2019 con la exposición de Hernán Gullco, María Luisa Piqué, y Leandro Halperín, y moderado por Eduardo Rivera López.

- **Eduardo Rivera López:** En conmemoración de los 10 años del fallo Arriola, que es el último de una serie de fallos relacionados con la tenencia de estupefacientes, tenemos tres invitados de lujo que van a exponer en orden. Antes de la exposición de cada uno, voy a comentarles brevemente algunos datos de sus biografías.

El primero que va a referirse al tema es el profesor y Dr. Hernán Gullco, que es profesor *full time* de la Universidad Torcuato Di Tella y es director de la Maestría y Especialización en Derecho Penal de nuestra universidad. Hernán obtuvo su título de Master of Law in Comparative Law en la Universidad de Miami y su título de Dr. de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue asistente de los asesores presidenciales Drs. Carlos Nino y Jaime Malamud Goti durante la presidencia de Raúl Alfonsín; Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los jueces Jorge Bacqué y Enrique Petracchi. Actualmente es presidente de la Asociación por los Derechos Civiles.

- **Hernán Gullco:** Gracias, Eduardo. El tema del cual quiero hablar es la aplicación de Arriola en el ámbito carcelario. Han habido varias decisiones judiciales y varios dictámenes del Ministerio Público, sobre la cuestión de si la doctrina Arriola aplica al contexto carcelario, esto es, si a un interno en la cárcel le encuentran droga, ¿el artículo 19 de la Constitución Nacional tutela esa conducta en los términos de la doctrina desarrollada en el caso Arriola?

Previo a hablar de eso, quiero hacer una breve reseña de la jurisprudencia que mencionó Eduardo de la Corte Suprema en materia de estupefacientes. Como ustedes saben, el primer caso importante en este tema es Bazterrica en 1986, cuando la Corte, de manera un tanto abstracta y genérica resolvió que el delito de tenencia de estupefacientes de la vieja Ley de Estupefacientes violaba el artículo 19 de la Constitución. Los términos eran tan genéricos que uno podría entender que la Corte consideró que castigar la tenencia para el consumo era inconstitucional de forma lisa y llana, pero poco después de Bazterrica la Corte empezó a resolver una serie de casos donde decidía si Bazterrica era aplicable o no. En muchos casos, la Corte decía que el

precedente no era aplicable, afirmando que los hechos eran diferentes a Bazterrica y por lo tanto no podía aplicarse. Como Bazterrica no tiene ninguna mención de hechos, es imposible saber si esos precedentes se apartaban o no del caso mencionado porque es imposible comparar un hecho con otro cuando el hecho del caso no existe. El caso Bazterrica puede ser considerado, más que como una sentencia judicial, un artículo de una revista jurídica. Sacar decisiones de esa naturaleza es lo peor que puede hacer un tribunal.

Como ustedes saben, la doctrina Bazterrica fue dejada de lado por el caso Montalvo y después, en el año 2009, la Corte dictó el caso Arriola. En Arriola, si bien el principio teórico de Bazterrica es más o menos el mismo, la Corte considera que castigar la tenencia para consumo viola, en algunos casos, el artículo 19 de la Constitución, y agregó también la violación del artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero la gran diferencia que tiene con Bazterrica es que en Arriola hay un análisis muy detallado de los hechos del caso a los fines de dejar fijada una doctrina vinculada con los hechos, que es lo que se conoce en la doctrina estadounidense como el *holding*. Es decir, el *holding* es la decisión, la doctrina vinculada con los hechos. ¿Cuáles eran los hechos de Arriola? Bueno, eran jóvenes que habían sido encontrados en una esquina de una calle en la ciudad de Rosario que tenían droga en los bolsillos, cantidades no muy grandes de marihuana. Entonces, para preguntarse si Arriola es aplicable a casos posteriores, hay que preguntarse – por lo menos usando la doctrina clásica del precedente – si los hechos de los casos nuevos son suficientemente parecidos a Arriola para justificar su aplicación.

Un ejemplo muy interesante sobre la discusión de si Arriola era aplicable, no en el contexto carcelario sino en un caso de gente en libertad, es el caso Gianni, un caso resuelto por la Cámara Federal de Córdoba, en donde una persona es detenida por la policía en la ciudad de Marcos Juárez, provincia de Córdoba, de noche y en invierno mientras fumaba un compuesto químico con varios ingredientes. La pregunta es si Arriola se aplica o no se aplica a este supuesto. La disidencia dijo que no porque en Arriola la Corte hizo mucho hincapié en que los imputados no estaban haciendo exhibición pública de la droga, y acá hay exhibición pública por lo tanto no se aplica. En cambio, la mayoría de la Cámara Federal de Córdoba hace una relación más amplia y dice que no importa que estuviera haciendo exhibición pública porque en realidad era de noche, en invierno, los únicos que lo vieron eran los de la Comisión Policial y, por lo tanto, se puede entender que la conducta no afecta el derecho de terceros.

Entonces, la cuestión ahora que se plantea en la tenencia de estupefacientes en las cárceles es hasta qué punto la doctrina de Arriola resulta aplicable. Acá ustedes van a tener dos posiciones. La posición, digamos, amplia o garantista que considera que Arriola es aplicable y la que dice que no lo es. La posición protectora del artículo 19 de la Constitución Nacional o que hace una

interpretación amplia del mismo aparece primero en el dictamen de la procuradora Gils Carbó del 2015; luego lo van a encontrar en un fallo de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso C.L.A.; y también lo van a encontrar en varios dictámenes del fiscal Javier De Luca ante la Cámara Federal de Casación Penal, quien considera que Arriola es aplicable en esos supuestos.

La posición contraria es la que, recientemente, enuncia el procurador a cargo – porque todavía no se nombró un procurador en reemplazo de la Dra. Gils Carbó – el Dr. Casal, que presentó un dictamen hace un mes más o menos en donde considera que no es aplicable Arriola a los supuestos en que una persona se encontrara en la cárcel con droga en su poder.

Ahora, ¿cuáles son los argumentos de la posición amplia? La posición amplia sostiene que Arriola está bien, que el derecho a tener estupefacientes no es absoluto y va a depender de si se afecta o no los derechos de terceros, pero en estos casos ni las autoridades carcelarias ni el Ministerio Público han demostrado de qué manera se afecta concretamente el derecho de terceros y de ninguna manera puede considerarse que una persona, por el mero hecho de estar encarcelado, haya perdido su derecho de autonomía, tal como fue denunciado en el caso Arriola. Por lo tanto, frente a la falta de la prueba de una afectación concreta de los derechos, Arriola se aplica y estas personas no pueden ser condenadas por delitos de tenencia de estupefacientes para el consumo. Agregando, algo que es bastante curioso, que ante la posibilidad de que a los internos que se les encuentren drogas en su poder se les puedan aplicar sanciones disciplinarias. Entonces, condena penal no, pero sanciones administrativas disciplinarias sí.

La posición restrictiva empieza diciendo que el delito de tenencia de estupefacientes para consumo es un delito de peligro abstracto. Es decir, que el legislador presume que determinada conducta es peligrosa sin más y por lo tanto, dado que el legislador dijo que la tenencia de estupefacientes para consumo es peligrosa, si se encuentra estupefacientes a las personas se los puede condenar sin ningún problema. Y, por otro lado, dice que los casos carcelarios son algo completamente diferente al contexto en donde una persona está en libertad, y que además, permitir que una persona tenga estupefacientes en un ámbito carcelario viola la obligación del Estado de asegurar la resocialización de las personas condenadas, obligación que se encuentra en el artículo 5.6 de la Convención Americana. Y que son muy diferentes los casos donde el imputado o interno tiene la droga en su poder y lo están viendo, lo que cae en la excepción que la Corte Suprema sostuvo en donde una persona que tiene droga en su poder hace exhibición pública de ella, por ejemplo en el Monumento a la bandera en Rosario, entonces puede ser condenado válidamente sin violar el artículo 19.

El dictamen de Casal agrega que hay que distinguir claramente entre lo público y lo privado. Es decir, si la conducta se hace en la calle a la luz pública o en vista de terceros, no es una

conducta privada en los términos del artículo 19 de la Constitución sino que es una conducta pública y por lo tanto puede ser sometida a represión penal.

Yo quería decir que no me deja contento ninguna de las fundamentaciones, ni la posición amplia ni la posición restrictiva. Criticando a la posición garantista yo diría lo siguiente: en un ámbito carcelario como lo es el de Argentina, la privacidad es sumamente limitada. Los internos generalmente no tienen sus propias celdas, están en pabellones en el cual se encuentran de 50 a 100 personas. Entonces, la pregunta es, ¿es lo mismo que una persona tenga estupefacientes en sus bolsillos caminando por las calles de Rosario o en su casa que en un ámbito carcelario donde normalmente la gente no es necesariamente muy tranquila sin necesidad de que tomen ningún tipo de estupefacientes?

Esa cuestión no la contesta la posición garantista. En realidad, me parece que reconocer que una persona por estar presa no pierde su derecho a la autonomía es correcto, pero de allí saltar a la conclusión sin más de que eso hace que su conducta esté protegida por el artículo 19 de la Constitución es dudoso. Parece ser un salto lógico, pero esto no significa negar el derecho a la autonomía, sino sostener que quizás en el ámbito carcelario el derecho a la autonomía tiene un alcance diferente al que podría tener una persona que no está privada de su libertad.

Luego, en uno de los dictámenes se sostiene que el hecho de que la conducta esté exteriorizada no le quita la protección del artículo 19 de la Constitución; sin embargo, eso se tiene que hacer cargo de Arriola, porque Arriola hace mucho énfasis en que la conducta no estaba siendo exteriorizada ya que la droga estaba en los bolsillos. Entonces, si uno quiere extender la doctrina de Arriola al caso de una persona que está, por ejemplo, consumiendo estupefacientes en presencia de los otros internos, tiene que hacer algún intento de explicación de por qué está extendiendo el precedente a un supuesto hecho que aparentemente no estaba previsto en la doctrina original.

Por último, el principal defecto que tiene tanto la posición del dictamen del fiscal de Casación y el fallo de la Cámara de Casación en el caso C.L.A. es que no se puede castigar penalmente pero ello no impide a las autoridades carcelarias aplicar sanciones disciplinarias. ¿Por qué? Si en realidad, si son sanciones, no importa que sean penales o de tipo administrativo. Hay ya jurisprudencia bastante consolidada que sostiene que los principios constitucionales del derecho penal son aplicables también a aquellos que, para el derecho interno, no es derecho penal en sentido estricto, pero son normas con carácter sancionatorio. La Corte Interamericana ha aplicado el principio de legalidad del artículo 9 de la Convención aún a sanciones en materia laboral. Entonces, es un tanto arriesgado decir que no se puede aplicar sanciones penales sino administrativas porque es algo diferente. Era algo diferente bajo una concepción tradicional que decía que todas las garantías son para el derecho penal, pero para el derecho infraccional,

derecho sancionatorio administrativo, hay algo diferente. Ya no es algo diferente. Entonces, es muy poco fundada la conclusión de que no hay problema porque lo que no se puede aplicar es una condena penal pero sí una sanción administrativa. El principio del daño es aplicable tanto para sanciones penales como para sanciones administrativas. Hay que explicar por qué hacen esa diferencia tan tajante.

Después, la posición restrictiva también tiene serios problemas. En primer lugar, cuando dicen que no hay ningún problema con los delitos de peligro abstracto no dan cuenta que la idea misma del delito de peligro abstracto va en contra del principio básico del control de constitucionalidad a partir de *Marbury v. Madison*, porque si el concepto de daño está en la Constitución el intérprete final que ve si hay daño o no ante terceros son los jueces, no el legislador. Por lo tanto, el concepto mismo del delito de peligro abstracto tiene serios problemas constitucionales a partir del artículo 19 de la Constitución. Lo cual no tiene nada de asombroso porque en realidad estas categorías de delito peligro concreto y abstracto fueron elaboradas por la dogmática penal alemana en un país que no tenía concepto alguno del control de constitucionalidad ni de supremacía de la constitución. Pero, trasladado a nuestro sistema judicialista de origen estadounidense, es muy difícil sostener la idea de delito de peligro abstracto. El procurador trata de justificar diciendo que el Código Penal está lleno de delitos abstractos. Es cierto, pero el hecho de que haya muchos delitos no quiere decir que sean todos constitucionales; puede ser que haya muchos delitos de peligro abstracto y sean todos inconstitucionales. Es cierto que Arriola, salvo un voto, no lo dice expresamente, pero surge necesariamente de ahí que van a ser los jueces los que van a tener la decisión final de si una conducta produce daños a terceros o no, porque son ellos los intérpretes finales del artículo 19 de la Constitución y no el legislador.

Por último, la distinción que hace el procurador entre público y privado es errónea. Ya lo explicó Nino en un artículo de 1979: que una conducta se haga a la luz del día en la calle y en la vida pública no le quita necesariamente la protección del artículo 19 de la Constitución. Por ejemplo, si yo voy con un violín por la calle es una conducta protegida por el artículo 19 aunque sea pública. Por otro lado, si yo asesino a alguien y lo corto en pedacitos, lo entierro en el sótano y no lo ve nadie, no es una conducta privada. Por lo tanto, público y privado no está determinado necesariamente por dónde se realiza la conducta.

Por lo tanto, yo diría lo siguiente: es necesario una mejor fundamentación de esta cuestión. Acá hay un tema muy interesante. Además de la falta de privacidad que existe en el contexto carcelario, las drogas pueden producir efectos nocivos. Uno podría decir que un interno que fuma marihuana no produce daño a terceros. Pero, ¿qué pasa si el fumar el cigarro de marihuana produce adicción? La adicción a la marihuana y a otros estupefacientes puede provocar síntomas parecidos a la paranoia, puede provocar delirios a la persona y eso en un ámbito

carcelario puede ser muy peligroso. Entonces, la pregunta es, ¿quién es el encargado de determinar eso? ¿Es el fiscal quien tiene que dar todos esos argumentos destinados a demostrar por qué en el caso en concreto la conducta puede afectar el hecho de un tercero?, ¿lo tienen que hacer los jueces de oficio? Porque parece algo demasiado *light* decir, como dice la posición garantista, que no se advierte o no han demostrado que esta conducta afecte el derecho de terceros. Pero ¿qué quiere decir que afecte el derecho de terceros? La droga es algo peligroso en determinados contextos, por eso nadie puede manejar drogado, nadie puede realizar determinadas conductas drogado y por eso está sometido a sanciones penales o contravencionales, por ejemplo, la persona que maneja bajo la influencia de los estupefacientes. Alguien puede decir que es muy diferente manejar bajo los efectos de estupefaciente que quienes están en la cárcel bajo los efectos de estupefacientes. ¿Es así? Uno podría argumentar que una cárcel es un contexto potencialmente peligroso y eso quizás debió haber sido tenido en cuenta.

En síntesis, Arriola es un fallo importante. El concepto de daño es un principio muy importante, pero en realidad sirve para resolver los casos obvios. Es decir, un caso obvio sería la persona adulta que vive solo y tiene estupefacientes en su casa, eso claramente está amparado por el 19 de la Constitución. Otro que mata a alguien no está amparado por el artículo 19. Ahora, entre ellos, hay un montón de claroscuros en los que es muy difícil resolver la cuestión. Yo diría que hasta el momento los tribunales argentinos o los funcionarios del Ministerio Público que han tenido que hablar sobre el tema no han dado la fundamentación que la complejidad del caso requiere. Muchas gracias.

- **Eduardo Rivera López:** Muchas gracias, Hernán. En segundo lugar, va a tomar la palabra Leandro Halperín, legislador de la ciudad de Buenos Aires, abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires, quien se desempeñó como asesor de gabinete de la Secretaría de Política Criminal y de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. También como Subsecretario de Vinculación ciudadana con la seguridad de la Ciudad, y dirigió el programa de UBA XXII que es el programa de la UBA para la enseñanza universitaria en las cárceles.

- **Leandro Halperín:** Muchas gracias. Fuerte el inicio. Me parece que Arriola plantea diversos debates. Coincido con algunas de las premisas expuesta hasta ahora, con otras no, expondré las mías y si luego hay lugar para el debate me gustaría darlo. Lo cierto es que la utilización de la cárcel debiera limitar solo un derecho, que es el de la libertad ambulatoria, para el resto de los mismos no hay ley que prevea su restricción, con la obvia excepción de las cuestiones accesorias que conllevan a la pérdida de la libertad. Por lo tanto, hay un debate interesante al respecto y pendiente en nuestra sociedad que es el de las reglas que deben regir tras los muros

de las prisiones argentinas, pero este no es el tema principal de mi intervención en esta oportunidad.

Se cumplen 20 años del fallo Arriola y en homenaje a esa resolución judicial quiero traer a este encuentro un análisis crítico de la legitimidad que tiene el Estado cuando resuelve amenazar con utilizar la cárcel, y en ocasiones la usa, para con quienes decidan ser consumidores de cannabis. Si bien son diversos los fundamentos esgrimidos por quienes sostienen la intervención del sistema penal, me centraré en un análisis desde un enfoque de derechos fundado en los límites que debe tener la intervención estatal, aún cuando los fines puedan ser “loables”.

Previamente corresponde señalar dos cuestiones; la primera es que, del avance en las investigaciones científicas, no surge con evidencia suficiente que la marihuana provoque mayor adicción o daño que otras drogas legales como el tabaco o el alcohol, aunque sí hay pruebas que demuestran lo contrario. Tampoco está demostrado que sea droga de inicio, salvo por el mercado ilegal que comparte con otras sustancias de mayor peligro para la salud, ni que su uso o abuso de lugar a comportamientos antisociales, llamados delitos. La segunda cuestión es que aún si algunas de estas circunstancias en ocasiones ocurriesen, (si por el uso del cannabis se generase una dependencia psicológica, si el daño que provoque a su salud sea más grave que el conocido, o que al encontrarse bajo los efectos psicoactivos alguien cometiese un delito), en ningún caso podríamos justificar que se establezca un nexo causal que amerite la utilización de la última ratio del ordenamiento jurídico para prevenir o sancionar con la cárcel, a quienes decidan consumir marihuana y mucho menos como una forma de protegerlos. La respuesta elegida pareciera ignorar que la mayoría de los consumidores no caen en esos estereotipos, que la sanción elegida es ineficaz para prevenir porque el consumo aumenta y que fundamentalmente es violatoria de derechos fundamentales.

El Estado tiene como finalidad garantizar el acceso a los derechos que la Constitución y las leyes que la reglamentan establecen. La sanción penal es un límite a los mismos, y aunque es un recurso posible, está reservado a lo más graves conflictos que se produzcan en nuestra sociedad; debe fundarse en una amenaza real y concreta o en la producción de un daño a alguno o varios de los llamados “bienes jurídicos”, y no en la hipotética posibilidad que en algún caso pueda suceder.

No intentaré justificar comportamientos que puedan ser lesivos para quienes los producen, nadie puede recomendar que alguna persona haga algo que le va a hacer mal: no fumen, no tomen alcohol, no consuman drogas prohibidas porque hacen daño, tampoco las legales sin prescripción médica; no debe negarse el mal que producen, la marihuana en ocasiones también hace daño. Pero estoy convencido de que no es el derecho penal la órbita estatal que debe

intervenir. Las leyes que establecen derechos y reglamentan su ejercicio son la meta de las políticas públicas y a su vez demarcan los márgenes que tiene la acción estatal para alcanzarlos.

La Corte Suprema de Justicia señaló, en reiteradas oportunidades, que el Estado no tiene autoridad para utilizar la amenaza -o uso- de la sanción penal con quienes no afecten o amenacen derechos de terceros, ni siquiera en ocasión de dañarse a sí mismos. Resalta, y no pone en tela de juicio, la necesaria y obligatoria intervención de políticas públicas para prevenir y reducir daños a la salud, potenciales u ocurridos, inclusive aquellos que sean autoinfligidos; pero cuestiona, por vez primera en el fallo Bazterrica de 1986, en ocasión del análisis de la ley 20.771, de fines de 1974, como en el fallo Arriola sobre la ley 23.737 del año 1989, la constitucionalidad del uso del derecho penal para sancionar consumidores de sustancias prohibidas. En ambas oportunidades, el máximo tribunal de justicia de la Nación, ratifica la falta de autorización legal para utilizar la amenaza de privación de libertad en estos casos y ratifica la prevalencia del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Nuestro ordenamiento jurídico es un sistema de resolución de conflictos, está basado en valores comunes e intereses colectivos, tiene reglas y sanciones diversas para su infracción que debieran guardar relación con la dimensión del daño causado, la responsabilidad por lo hecho y la solución buscada. Según la intensidad de los conflictos es la esfera jurídica de intervención, reservándose para la “última ratio”, la resolución de los problemas más graves, aquellos que la ley llama delitos. Lo que define a un conflicto como de última ratio, no es el hecho en sí mismo, es la respuesta estatal para quien lo produjo que es la más grave que la democracia le puede aplicar a un individuo: la pérdida de la libertad. No hablamos de una simple amenaza del Estado, la consecuencia no es una sanción administrativa o pecuniaria, es ir a la cárcel. Y la cárcel es el espacio destinado a alojar a quienes hayan producido -o intentado producir- un daño grave a terceros.

Sin perjuicio de la finalidad que nuestra Constitución le da a la prisión, sabemos que de la cárcel es improbable volver mejor, castiga pero no resocializa ni brinda estímulos positivos. Del encierro salen como salen, las consecuencias las padecemos todos y les tenemos miedo porque sabemos cómo se vive y se muere en las prisiones argentinas. En la cárcel, el Estado hace lo mismo que en el medio libre reprocha, se convierte en delincuente o en cómplice de los delitos que ante los funcionarios públicos ocurren a diario, en cualquier momento y lugar. Sin ir más lejos, la droga que le encuentran a los presos, algún funcionario la vende o la deja entrar para vender. Por lo tanto y a todas luces, resulta ser cuanto menos un desacierto profundo, el uso de la prisión como respuesta y prevención al consumo de marihuana.

En 1984, con la vuelta de la democracia, se presentaba un escenario alentador: en aquellos tiempos suponíamos que *los sueños se hacen a mano* y, como decía alguna frase de entonces,

*sin pedir permiso*, que todo estaba a nuestro alcance y que éramos verdaderamente libres. La misión del Estado era entonces, y lo es ahora, asegurar los beneficios de esa libertad. Bazterrica se apoya en esta premisa cuando aclara que el Estado no puede utilizar a los ciudadanos como instrumentos para alcanzar sus fines. Para profundizar en las causas que llevaron a este análisis, resulta interesante ir al debate legislativo para conocer la motivación de la ley 20.771, impulsada por López Rega durante el gobierno de Isabel Martínez de Perón; sus fundamentos eran los de “proteger a la juventud de los desastres que la droga producía” y que, para proteger a la juventud y para proteger la salud pública había que combatir la venta de droga, y que para perseguirla mejor se les había ocurrido una idea “ingeniosa”: encarcelar al consumidor, con el supuesto de que, si no había consumidores, iban a terminar con las drogas. Pero esto no sucedió. La verdad es que no sucedió. A la avanzada por sobre el derecho a la autonomía de la voluntad, la continuó el fracaso absoluto de los objetivos declamados.

A pesar de la doctrina que sentó el fallo Bazterrica, a fines de 1989 finaliza el gobierno de Alfonsín y con él gran parte de los sueños que se hacen a mano y sin pedir permiso. El partido justicialista, con el Dr. Carlos Menem como candidato, gana las elecciones y una de las primeras diez leyes que el nuevo presidente envió al Congreso de la Nación fue la que una vez sancionada tuvo el número 23.737, conocida como la “Ley de Drogas” y vigente hasta el día de hoy. Sus objetivos fueron renovados y ampliados con relación a su predecesora del año '74. Nuevamente se amenaza penalmente al usuario con el objetivo de combatir las drogas, además se suma el anhelo perfeccionista de alcanzar el ideal del joven sano, argumentando que la juventud estaba en peligro y que era necesaria su protección. Con este argumento se avanza negativamente y se propone al tenedor de lo prohibido la opción de reconocerse enfermo y someterse a un tratamiento bajo la siempre latente amenaza de, en caso contrario, caer en el sistema penal. Los usuarios seguían siendo un instrumento en vez de un fin en sí mismo, con el agravante de la incorporación de un objetivo contrario a lo que el preámbulo de nuestra Constitución declaró al señalar como obligatorio el objetivo de “asegurar los beneficios de la libertad”; buscaban una sociedad con gente perfecta.

Lo cierto es que tanto la concepción utilitarista de los individuos, que es la que rechaza Bazterrica en la 20.771, como la concepción perfeccionista que es la que se aborda luego en Arriola cuando se declara inconstitucional la ley 27.737, no solo han resultado ineficaces porque la droga siguió vendiéndose, porque cada vez más jóvenes consumen, porque las adicciones producen cada vez más estragos, porque el narcotráfico controla el territorio, porque la salud pública empeoró, porque no se protegió, porque el Estado pierde la guerra contra las drogas y le cede a sus dueños el control de determinadas porciones del territorio y que dañan a nuestra juventud; sino que además la perdió porque viola derechos fundamentales. El Estado no tiene autorización a decidir de qué manera tenemos que vivir nuestra vida; si quiere que seamos más sanos, si quiere que seamos mejores, si quiere que no nos enfermemos, si quiere que no

produzcamos conflictos, lo recomendable y lo que se establece en Arriola, es que utilicen el sistema de salud y el sistema educativo, que previenen muchísimos más consumos que las policías, los jueces y las cárceles.

Finalmente, la propuesta es utilizar el “principio de la igualdad democrática”, lo que nos parece mucho más responsable que el del perfeccionismo o el utilitarista. Tenemos derecho a ser iguales ante la ley y a vivir como queramos hacerlo; el Estado no tiene derecho a decidir por nosotros ni a entrometerse en nuestros planes siempre que no produzcamos, ni amenacemos con producir conflictos. Mientras tanto, que nos oriente, que nos eduque, que reduzca daños potenciales y seguros; pero que no utilice el derecho penal para imponer determinados modelos de vida. Si el Estado nos quiere, que nos trate con cariño, que nos trate con amor. Y, en democracia, que nos trate con cariño y que nos trate con amor es que prioricen, a la hora de elegir políticas públicas, la salud y la educación antes que la policía, los jueces y la prisión. Muchas gracias.

- **Eduardo Rivera López:** Gracias, Leandro. Por último, María Luisa Piqué, es fiscal de la Procuración General de la Nación, se desempeña en el área de asistencia sobre políticas de género del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara Nacional en lo Correccional, tiene especialización en derecho penal de la Universidad Torcuato Di Tella y obtuvo su Master in Law en la Georgetown University.

- **María Luisa Piqué:** Muchas gracias por la invitación. Creo que a 10 años del fallo Arriola una de sus principales deudas es que no rindió todo lo que debería haber rendido desde el punto de vista al menos en términos de política criminal, porque si nos atenemos a las estadísticas, tanto hasta diciembre del 2018 como a partir de diciembre de 2018 (hago esta diferenciación porque a partir de este año se desfederalizó este delito para lo que es la ciudad de Buenos Aires, al igual que varias provincias que se hicieron cargo a la persecución de este delito) por una parte no hay prácticamente condenas, por lo que si lo que buscó el legislador era perseguir al consumidor para evitar el consumo, que de por sí es una muy mala política pública, es un fracaso. Además, las estadísticas demuestran que todavía sigue habiendo mucha intervención policial en jóvenes que están en la calle a propósito de estos delitos. Son casos que terminan en la nada, terminan archivados, a veces por criterios de oportunidad, o a veces terminan con un sobreseimiento citando a Arriola, pero igual es una actividad policial que persigue, estigmatiza e interrumpe la libertad e intimidad de un montón de personas, sobre todo jóvenes y personas que viven en determinados lugares, porque no es ninguna novedad que el poder punitivo es altamente selectivo, y no opera con la misma fuerza respecto de todas las personas.

Solo para decir algunas estadísticas, la PROCUNAR, que es la Procuraduría de Narcocriminalidad, indicó que en 2018 hubo 22.321 causas iniciadas por extracción de la ley

27.737 en el fuero federal, o sea que incluía la Ciudad de Buenos Aires y algunas provincias que todavía no se desfederalizaron, de las cuales 37% fueron por tenencia para consumo personal. Estamos hablando de un número alto de casos que se inician en personas que son demoradas, que se les sacan los antecedentes, que tienen que estar horas en la comisaría, quizás hasta que tienen que defenderse en una indagatoria, y después son hechos que terminan en la nada.

Después, en lo que es la Ciudad de Buenos Aires en estos últimos seis meses, el Subsecretario de la Justicia Porteña, de enero a julio de este año, informó que la policía demoró a 9.038 de personas por tenencia por droga, de las cuales terminaron procesadas 1.754 por tenencia simple y para comercialización, por lo cual estamos hablando de más o menos 6 mil personas que fueron demoradas pero que después sus casos fueron archivados porque era para consumo personal. Fíjense la cantidad de personas que vieron mermados sus derechos y que tuvieron que sufrir esta actividad estatal por algo que en Arriola se dijo que el legislador se había excedido en los límites del artículo 19 de la Constitución.

Lo que a mí más me llama la atención y lo que quería conversar en este espacio era que los argumentos de Arriola tampoco rindieron lo suficiente para abarcar situaciones que, desde mi punto de vista, son equiparables porque también son acciones que están protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Yo me voy a referir específicamente al aborto, o a la criminalización del aborto en términos del artículo 86 del Código Penal. Porque para mí si los jueces y las juezas se tomaran en serio la argumentación de la Corte en Arriola y, por vía de Arriola, el voto de Petracchi en Bazterrica, deberían declarar la inconstitucionalidad de la figura del aborto propio cuanto menos o como mínimo hasta la semana 14 de gestación. Esto es un poco lo que quiero explicar: por qué me parece que podemos extrapolar estas argumentaciones y por qué, en algún punto, hay algo en el aborto, que todos sabemos las resistencias que genera, que hacen que los jueces y las juezas puedan aplicar Arriola muchas veces pero no den el paso de aplicar esta misma argumentación en los casos de la criminalización del aborto.

Uno de los principales argumentos que podemos extrapolar es nada más y nada menos que el concepto de acción privada que la mayoría de Arriola, que es una mayoría formada por Highton y Maqueda (Arriola tiene un poco este problema que tienen varios de estos fallos que es que cada juez escribe una especie de paper y a veces es difícil saber cuál es la doctrina específica de la Corte, lo que es muy característico sobre todo de la Corte en esta época de Arriola), Maqueda y Highton dicen expresamente que hay que apartarse de Montalvo y hay que volver al concepto de acción privada que sostiene Petracchi en su voto en Bazterrica. También lo dice Petracchi, incluso Fayt y Lorenzetti mencionan el voto de Petracchi, y podemos pensar que en eso los jueces y las juezas de la Corte coinciden. En esto sabemos que básicamente Petracchi basa su concepto de acción privada muy influido en Carlos Nino, en donde dice que las acciones son

privadas en tanto no lesionen la moral intersubjetiva, y las cuestiones vinculadas con la moral autorreferente o la moral privada no pueden ser objeto de punición o de intervención estatal.

Ahí tenemos esta discusión: el aborto al menos hasta la semana 14 de gestación, ¿lesiona una moral autorreferente o una moral intersubjetiva? En esto me baso mucho en los trabajos de Marcelo Alegre al explicar cómo los abortos tempranos no afectan el orden ni la moral pública ni tampoco producen afectación a terceros. En primer lugar, no afectan al orden, siendo muy discutible qué significa orden, sobre todo porque la Constitución habla de orden y moral público, pero es claro que no afectan el orden en sentido literal. Además, es una práctica con la que nuestra sociedad convive desde hace décadas y no parece haber revueltas o afectaciones serias al orden por el hecho de que cientos de miles de mujeres se practican abortos todos los años en Argentina, de acuerdo con algunas cifras que si tengo tiempo voy a mencionar.

Tampoco afectan a la moral pública, entendida como moral crítica intersubjetiva. Esto es importante y también es importante hacer hincapié que el artículo 19 habla de moral pública, mientras el proyecto hablaba de moral y orden público y ese orden público se cambió de lugar y eso tiene que querer decir algo en nuestra Constitución.

Tampoco hay afectación a terceros. Este es el punto quizás de mayor desacuerdo y esto se vio mucho en el debate del año pasado en el Congreso Nacional, pero al menos hasta las primeras 14 semanas es claro que no hay un tercero entendido como persona o como individuo. La destrucción de un feto o un embrión puede ser un daño pero eso no quiere decir que haya un daño a terceros. Esto quiere decir que este embrión o feto no tiene un derecho incondicional a que ese embarazo se continúe. Sabemos por las investigaciones científicas que bien pueden haber sido reconocidas por quienes redactaron el artículo 86 del Código Penal en 1921, en donde en esa época las mujeres no solo no integrábamos el Congreso sino que tampoco votábamos, por lo que tenemos una ley que afecta directamente nuestro propio cuerpo, nuestra autonomía y libertad que está votada en 1921. Hoy la ciencia ya nos ha demostrado que un feto, un embrión, hasta la semana 14 tiene un desarrollo insuficiente del aparato nervioso y no tiene aquellos rasgos que hacen de la vida humana algo valiosa, como la conciencia, la capacitación de experimentar dolor o placer. En esto es también muy importante un fallo relativamente reciente de la Corte Interamericana que es Artavia Murillo que habla del valor incremental de la vida humana a medida que se desarrolla el embarazo.

Tampoco podemos considerar un daño a terceros el del “padre frustrado”. Un varón que quiere ser padre puede sentir algún tipo de daño si una mujer decide no continuar con ese embarazo. Pero esto no solo implicaría darle al varón un poder de veto sobre el cuerpo de la mujer sino un punto que es muy importante para distinguir qué tipo de daño protege la Constitución que también ya fue desarrollado por Carlos Nino, quien habla de que no es posible computar daños

demasiado indirectos en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido. Entonces, tenemos que cotejar cuán central es para la mujer esa decisión vis a vis cuál puede llegar a ser el daño del padre frustrado. Este es uno de los argumentos.

Otro de los argumentos que me parece muy importante que se desarrolla en Arriola es que la Corte hace mucho hincapié en que el paso del tiempo entre la sanción de una y otra ley, y entre Montalvo y el momento en que se dicta el fallo Arriola, demostró que la criminalización era una mala política criminal y no tenía ningún efecto. Esto mismo también lo podemos trasladar al aborto donde no hay condenas prácticamente por aborto propio, si bien en esto las estadísticas son muy complicadas porque cada poder judicial tiene distintas estadísticas y no tenemos un registro unificado. Eso no quiere decir que entonces el artículo 86 del Código Penal está derogado por desuetudo, porque es lo mismo que lo que pasa con la tenencia de drogas para consumo: el hecho de que siga estando en el Código Penal sigue provocando un montón de lesiones a los derechos de personas que pretenden realizar esa conducta o, en el caso de la tenencia, esa tenencia, porque ni siquiera es una conducta. Entonces estamos entrando en un derecho penal “simbólico”, simbólico en el sentido en que no hay condena pero el poder punitivo sigue operando y controlando la actividad de las personas que pretenden involucrarse en esas actividades.

Zaffaroni incluso habla en Arriola de cómo la tenencia de drogas para consumo sigue interfiriendo en la libertad de un montón de personas jóvenes y se siguen invirtiendo recursos policiales y judiciales que terminan en la nada. Algo muy parecido podemos pensar en el caso de las mujeres que por la criminalización tienen que acudir a la clandestinidad con los muchísimos males que esto significa.

Para terminar, hay un argumento de Arriola que me parece muy interesante. Tanto la mayoría como Fayt, más escuetamente, hablan de qué significa para una persona, para un usuario, y, sobre todo, para alguien que tenga una relación problemática con el estupefaciente, ser criminalizado, ser perseguido por la policía, sometido a interrogatorio, a los antecedentes. Se habla de una revictimización. Podemos pensar entonces qué pasa con las mujeres. Ni que hablar de qué pasa con las mujeres que además han sido víctimas de un delito sexual. Se supone que si ese embarazo es producto de la violencia sexual esto estaría amparado por el aborto no punible que tiene un montón de dificultades en su acceso; la Corte en el fallo F.A.L., con posterioridad, no declaró la inconstitucionalidad del aborto pero al menos trató de facilitar el acceso al aborto no punible, tampoco con demasiado éxito al menos en algunas provincias.

Al menos estos tres argumentos de Arriola me parece que no han sido lo suficientemente explotados y que la propia Corte no ha ido al punto de traspolarlos a la discusión del aborto y



me parece que quizás tiene que ver con la sensibilidad que genera la cuestión del aborto que es algo que tenemos que empezar a desandar. Muchas gracias.

- **Eduardo Rivera López:** Muchas gracias, María Luisa. Bueno, tenemos unos minutos para debatir. Vamos a abrir a preguntas pero si quieren previamente decir algo ustedes.

- **Hernán Gullco:** Yo quiero agregar que el objeto de mi charla no fue discutir si es bueno o malo que haya una ley que castigue la tenencia de estupefacientes, o que castigue con penas muy altas otras conductas, eso creo que no es objeto de este debate o por lo menos no me pareció que lo fuera. Tampoco discutir si sería bueno que la Corte Suprema hubiera declarado la inconstitucionalidad de manera lisa y llana por el delito de tenencia para consumo. Es posible que en Bazterrica lo haya hecho pero inmediatamente después, de 1986 a 1990, que fue el periodo en donde rigió Bazterrica, la Corte rápidamente hizo marcha atrás y empezó a distinguir entre la tenencia que afectaba derechos de terceros y tenencia que no afectaba. Si quieren ver la reseña muy completa de eso pueden ver el voto concurrente de la jueza Argibay en el caso Arriola en donde describe ese fluctuar de la Corte Suprema.

El objetivo de lo que yo he querido exponer es hasta qué punto el caso Arriola dictado en condiciones fácticas muy específicas es directamente aplicable a un contexto diferente como lo es el carcelario. En el marco de esta charla, me pareció importante ver qué aplicación concreta tenía el caso en este contexto diferente.

- **Leandro Halperín:** Respeto muchísimo tu capacidad y valoro tu excelencia académica y no fue mi intención polemizar. O sí, porque está bueno. Pero lo que creo es que nos invitaron a hablar sobre el fallo Arriola. Y en él se hace alusión a si el derecho penal es constitucionalmente apto para perseguir la tenencia para consumo, o no lo es. Y el debate tiene que ver sobre las libertades individuales, el uso del sistema penal y cómo se conjuga el uso de uno con otros, en cualquier lugar y también en una cárcel.

Lo que pasa es que me entusiasmé con el tema de la cárcel porque es mi pasión lo que pasa ahí dentro y yo creo que la verdad que se metan con el consumo de marihuana en una cárcel es de una hipocresía importante en relación a lo que el Estado hace en una cárcel. Considero que si en las cárceles se autorizase el uso de marihuana se matarían mucho menos. Yo no digo ojalá fumen marihuana, pero entre todo lo que consumen en las cárceles que les da el Estado preferiría que elijan marihuana. Con el nivel de violencia que hay en esos lugares yo les recomendaría fumar marihuana, aunque sea ilegal, ahí adentro casi todo es ilegal y lo hace el Estado.

- **Eduardo Rivera López:** ¿Preguntas?

- **Pregunta del público:** Buenas tardes. Me parece que hay una tendencia a encontrar con más facilidad personalidades conflictivas en una cárcel, por algo fueron condenados. Mi pregunta es si estaríamos criminalizando o haciendo derecho penal de autor si asumimos que habría posibilidad de daño a terceros teniendo en cuenta que – sin animarme a hacer categorizaciones tan firmes – generalmente las personas que salen de la cárcel tienen una personalidad conflictiva, entonces constitucionalmente de qué manera podría decirse que hay una posibilidad de daños a terceros más alta en esta hipótesis que en la simple tenencia frente a los daños a terceros.

- **Hernán Gullco:** Yo creo que a cualquiera de nosotros si nos meten en una cárcel argentina vamos a desarrollar rápidamente impulsos fuertemente agresivos, no es un problema de personalidad sino del contexto, que es espantoso. El contexto mismo es el que promueve estos comportamientos agresivos con independencia de las características personales, hay internos agresivos y otros no. Quizás un interno condenado por delitos económicos no es agresivo, pero ahí adentro va a desarrollar ciertas actitudes agresivas para sobrevivir. No es que estés haciendo derecho penal de autor.

- **Leandro Halperín:** Hay un debate que parece se omite. El que lesiona a alguien, el Código Penal lo tipifica con el delito de lesiones. El que roba a alguien, el Código Penal lo tipifica con el delito de robo. Si matas a alguien, ya está el delito de homicidio. Entonces, si vos te drogas y matas lo que te sancionan no es que te drogaste, sino que mataste. Y, en el caso de la marihuana, no produce efectos violentos; produce exactamente los efectos contrarios, es sedativo, es relajante, no solo no está demostrado que es una sustancia que favorece el conflicto, en ningún contexto, sino que lo que está demostrado es exactamente lo contrario. Desfavorece los conflictos, por lo menos los violentos. Pero fundamentalmente no se pueden usar los consumos problemáticos, no se pueden sancionar, por las acciones que algunos consumidores de algunas sustancias realizan y que entran en conflicto con el derecho penal. Porque esas conductas están sancionadas, se haya consumido algo antes o no, ¿se comprende?

- **Hernán Gullco:** Hay algo que me gustaría aclarar que, si bien los delitos de peligro abstracto tienen problemas constitucionales, los delitos de peligro concreto no los tienen. No es necesario que haya un daño concreto para que una conducta no esté protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Si yo a una persona le encuentro una bomba atómica en la casa no es necesario que estalle la bomba para poder sancionar, hay un delito de tenencia de explosivos que sería aplicable y no es necesario aplicar el concepto del delito de peligro abstracto, puedo probar en el caso en concreto que esta conducta es peligrosa y puede provocar daños a terceros. Salvo que uno quiera decir que todos los delitos de peligro del Código Penal son inconstitucionales, el pronóstico de que una conducta puede provocar daños aunque todavía no

los haya provocado me parece perfectamente constitucional. El problema es cuando hay una presunción, sin admitir prueba en contrario, de que tal conducta es peligrosa. Eso sí tiene serios problemas constitucionales.

- **Pregunta del público:** Dra. Piqué, me surge una duda desde el punto de vista de la estrategia legal con el argumento que usted ha desarrollado. ¿No se corre riesgo de que un juez diga que tiene que hacer un control constitucional de oficio y no sólo condenar por aborto sino también por homicidio basándose en la vida por nacer? Más considerando que el caso F.A.L. llega a la Corte porque la persona que apela es la representante de menores y le terminan fallando en contra, ¿no podría pasar algo así?

- **María Luisa Piqué:** Por un lado, se puede pensar que a la Corte no se le puede pedir más, ya bastante con que sacó el fallo F.A.L. estando abstracto. Quizás la Corte no tuvo la oportunidad porque no tuvo ningún caso de una mujer condenada por aborto propio; de hecho, al menos hasta 2016, el Registro Nacional de Reincidencia entre 2011 y 2016 informó 46 condenas por aborto pero ninguna era por aborto propio. Eran abortos sin consentimiento de la mujer, había algunas de aborto propio pero eran contra varones, seguramente contra médicos o quien provocara el servicio. En cuanto a la estrategia, las estrategias son varias y cada una se va amoldando al contexto.

Cuando el año pasado fue la discusión del aborto en el Congreso, esta argumentación fue la que tuvo menos utilización si ustedes escuchan a los oradores y oradoras a favor de la legalización. Este argumento no fue tan utilizado, hubo mucha más argumentación en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el cuerpo de las mujeres, la igualdad, la no discriminación. El riesgo que vos decís puede pasar siempre, y en tanto exista la criminalización es mayor el riesgo de que haya jueces que se inmiscuyan en esta actividad en contra de lo que dice el artículo 19: que es una actividad exenta de la autoridad de los magistrados. En tanto no está exenta, los jueces se meten. Incluso lo que vos decís ha pasado, en el caso famoso de Tucumán, de Belén, en donde se la persiguió por homicidio y ha pasado en casos así, pasa de hecho. Va a pasar en tanto no sea una actividad que esté, como dice el artículo 19 de la Constitución, exenta de la autoridad de los magistrados. Ahora, una vez que la conducta cayó bajo la autoridad de los magistrados es donde podemos exigir a los jueces y juezas que se tomen Arriola en serio y lo extrapolen a la discusión sobre aborto y consideren que al menos hasta la semana 14 es una actividad protegida, y esto recientemente lo hizo un juez de la Cámara de la Casación, el juez Magariños, con una argumentación bastante más profunda que Arriola en donde aplica esta argumentación al aborto.

- **Hernán Gullco:** Me gustaría preguntarle a María en este sentido: el juez Magariños no toma como punto de corte la semana 14 sino la viabilidad. Mientras que el nacimiento no sea viable,



está amparado por el artículo 19 la conducta de la mujer. Eso me parece que empuja mucho más lejos, ¿es así?

- **María Luisa Piqué:** Sí, es verdad, puede llegar hasta más allá de la semana veinte. En ese caso, no se sabría exactamente, porque es un caso complicado, acá quien había practicado el aborto era el padre que era el que había producido el embarazo. No estaba condenado por violación, sino por estupro, en una interpretación del consentimiento que ya no tiene que ver con Magariños sino con cómo había condenado el caso el Tribunal Oral, a un padre que había tenido relaciones sexuales con una hija de 14 años y la había dejado embarazada. Hay mucha discusión que es otro tema sobre cómo vamos a concebir el consentimiento. Tenía esta particularidad. La chica no sabía de cuánto estaba embarazada. Pero bueno, Magariños cita el artículo de Alegre y yo creo que el piso de las 14 semanas es seguro. Si tomamos el criterio de viabilidad lo podemos extender hasta más allá de la veinte.

- **Eduardo Rivera López:** ¿Qué pasa con el Poder Legislativo? Estamos discutiendo hace años un fallo que sirve para el caso en concreto y cuál es la extensión de ese fallo, si es para todas las tenencias o no, pero todo esto tendría que motivar a los legislativos y al Congreso Nacional a hacer algo, es decir, a legislar; por lo pronto a derogar la norma inconstitucional o reemplazarla por otra constitucional. ¿Por qué no está ocurriendo nada de eso?

- **Leandro Halperín:** En mi caso soy legislador de la Ciudad pero no le esquivo al tema. Una de las cosas en Arriola, y es muy importante, es lo que dice Fayt que, entre otras cosas, señala que votó lo contrario en Bazterrica y reconoce que se equivocó, y explica por qué considera un desacierto su voto anterior y en Arriola lo hace a favor de la autonomía de la voluntad. El legislador está en deuda, porque este tema lo tiene que resolver el Poder Legislativo. Las resoluciones que dieron hasta hoy son malas desde todos los puntos de vista. Desde la utilización del individuo fue mala, desde el perfeccionismo fue mala, desde la política criminal fue mala, desde una perspectiva de derechos es mala también y desde donde lo quieran ver está mal. Entonces, el legislador tiene que hacer algo y no lo hace. Si bien hubo muchos proyectos, inclusive un proyecto muy interesante -durante el kirchnerismo- que era multipartidario, impulsado por Victoria Donda, Ricardo Gil Lavedra y Diana Conti, y que zanjaba este tema, fue frenado por el Poder Ejecutivo de entonces y durante los cuatro años de Cambiemos tampoco hubo avances al respecto.

Es de esperar que lleguemos a consensos razonables que eviten estos debates antiguos, situaciones que la mayor parte del mundo ya resolvió hace mucho tiempo. A los consumidores no se los persigue con el derecho penal en casi ningún país del mundo. Considero que muchos de los que legislan sobre estos conflictos ignoran sobre la cuestión y le tienen miedo a la gente y a su reacción. Alguien mata a alguien, se drogó y todos los drogadictos son asesinos. Bueno,

también dijeron que todos los jóvenes eran asesinos, que los negros, que los latinos. La verdad no hay estadísticas científicas que avalen ninguna hipótesis que vinculen delito con droga. Y si hay algún consumo de algo que claramente está demostrado que es utilizado en muchísimos de los delitos más violentos es el alcohol, y es legal. Y la mayoría de los que están en contra de la legalización de la marihuana tienen botellas de vino carísimas en su casa de a montones o de whiskies con etiquetas azules, negras, y nadie dice nada. Entonces, creo que el legislador ignora y legisla con prejuicio, y que en gran parte por ello está en deuda. Hay proyectos y ojalá lo resuelvan.

- **María Luisa Piqué:** Hernán, cuando vos decís que no te convence lo que dice el dictamen del fiscal De Luca de que no se puede criminalizar la tenencia de droga en el contexto carcelario por Arriola, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, a mí me parece que puede llegar a tener un sentido porque por ejemplo, en una cárcel, tener un celular y subir fotos a Facebook puede dar lugar a una sanción disciplinaria ya que hay reglamentos que lo prohíben y no es un delito. Entonces, ¿por qué no se podría decir que no se los va a perseguir penalmente pero si tienen marihuana en un espacio común esto puede ser una sanción disciplinaria? Yo entiendo lo que vos decís que a las sanciones disciplinarias se les aplican las mismas garantías del derecho penal, pero me parece que acá puede tener sentido esa diferenciación. Como por ejemplo podría pasar fuera de la cárcel en donde quien fume marihuana en la puerta de una escuela o en un hospital sea sancionado administrativamente pero que eso no constituya un delito.

- **Hernán Gullco:** Para empezar, tener un celular en la cárcel no es delito porque no está tipificado como delito. La pregunta es, ¿qué pasaría si el legislador decidiera castigarlo? ¿Sería violatorio del artículo 19 de la Constitución? ¿Sería equiparable a tener elementos punzantes en la cárcel o sería algo completamente diferente amparado por el artículo 19? La cuestión no se plantea porque al legislador no se le ocurrió, y espero que no se le ocurra.

El punto es que lo que no se puede hacer ahora es hacer esa cosa tajante de decir que la Constitución no permite criminalizar esto desde el punto de vista penal, pero que desde el punto de vista disciplinario es algo diferente. Hay que explicar por qué es algo diferente, teniendo en cuenta que hay una evolución muy fuerte de la jurisprudencia en terminar esas clasificaciones de delitos e infracciones; lo que hay que ver es si en el caso en concreto se violaron derechos de la Constitución o de tratados de Derechos Humanos, con independencia del rótulo que le ponga el legislador. Ha sido muy tradicional en la Argentina rechazar planteos diciendo que acá no se aplica la Convención Americana porque dice delito y el legislador a esto no lo llamó delito. La aplicación de la Constitución no puede depender de qué nombre le puso el legislador a una sanción. Por ahí uno puede decir que las infracciones administrativas son diferentes porque tienen menor contenido estigmatizante, etc. Pero deberían justificarlo, tendrían que dar un argumento mejor.

- **Pregunta del público:** Pregunta para María Luisa respecto a cómo extrapolar Arriola. El argumento me parece fantástico de extrapolar Arriola a los casos de la interrupción voluntaria del embarazo, pero después hay casos como Belén y casos específicos que se dan en la justicia del interior de la República Argentina y me queda esa duda de decir cómo exhortamos a los jueces y a las juezas del interior de la Argentina a aplicar Arriola, teniendo en cuenta que nuestro sistema de justicia es bastante particular. Eso por un lado y después una segunda pregunta que tiene que ver con la interpretación judicial: teniendo en cuenta los argumentos de Arriola y todo lo que generó Arriola, si, para los tres, no creen que hay que reeducar a los jueces y las juezas en el proceso de interpretación judicial.

- **María Luisa Piqué:** Cómo exhortar a los jueces y las juezas no lo sé. Con la sanción de la ley Micaela y al menos para la justicia federal, que no suele intervenir en estos casos, ahora de forma muy marginal y transitoria en la Ciudad de Buenos Aires, también tienen los candidatos y candidatas que tener una certificación. La Corte Federal, a través de la Oficina de la Mujer que creó Carmen Argibay, hizo un trabajo muy importante en todo el país, no solo en la justicia federal. Y hoy en día vemos decisiones donde se cita a Belén do Pará, en donde pueden tener muchos problemas y limitaciones pero que hubo un avance notorio en difundir ciertos principios constitucionales, y por supuesto que cuando la Corte sacó F.A.L., por un lado, a muchas nos quedó un sabor a poco porque estamos discutiendo una norma de 1921 y deberíamos estar interpretando otra cosa, pero a la vez, la Corte en F.A.L. también avanzó muchísimo y nos dio mucha argumentación para después ir difundiendo, aplicando y litigando. De la única manera es incidiendo. Creo que el debate del año pasado, más allá del resultado, posicionó mucho el tema e hizo que muchas personas tomaran una postura pública y que hoy en día ya no sea tabú hablar de aborto, ni siquiera en las redes sociales. Creo que esas son las formas en las que se va evolucionando. Sin duda la Corte tiene un poder de autoridad muy fuerte y por eso le exigimos tanto a la Corte, por cómo es el control de constitucionalidad en el sistema le tenemos que exigir a cada juez y cada jueza de la República Argentina.

- **Hernán Gullco:** La mayoría de los jueces argentinos no saben mucho de derecho constitucional. Lo que no se entiende es que las cuestiones constitucionales no vienen en paquetes prolijos separados, suelen aparecer mezcladas con cualquier proceso, cuestiones penales, civiles, comerciales. El gran déficit, no solo de los jueces sino también de los abogados, es no ver la cuestión constitucional en un caso que aparentemente tiene una menor importancia. Es descubrir eso. Es usar el argumento de derecho común pero que además esté el argumento constitucional. Porque los recursos de la Corte fracasan y entonces el argumento es que los abogados no saben hacer Recursos Extraordinarios, pero la realidad es que hacer un REF es una pavada, el defecto serio es no saber entrelazar argumentos de derecho común con argumentos constitucionales. Y eso es un déficit de los jueces y de los abogados argentinos, y es muy

curioso en un país que tiene control difuso desde 1863 que todavía no lo hayan aprendido, algo tiene que estar fallando en la educación jurídica.

- **Pregunta del público:** Mi pregunta es sobre el alcance del control judicial en la materia. Dr. Gullco, usted sugirió que la última palabra sobre la noción de daño la tiene el juez. Un punto importante de la teoría de Nino que se nombró muchas veces sobre el artículo 19 de la Constitución es que lo que debe juzgar a su juicio el juez son las razones por las que el legislador dictó la norma y no si la acción es efectivamente perjudicial. Puede ser que la acción no sea perjudicial para terceros pero que si la razón por la que el legislador la prohibió es que sea perjudicial para terceros entonces esa norma es constitucionalmente válida. Yo creo que eso es una posición atractiva y correcta, y creo que delega más autoridad al poder legislativo y menos al judicial que tiene que controlar las razones por las que el legislador prohibió la norma y no si las razones son perjudiciales. Entonces, creo que en la norma que prohíbe la interrupción voluntaria del embarazo, si la razón por la que el legislador prohibió la interrupción voluntaria del embarazo es perjudicial para terceros, aunque esté equivocado, porque efectivamente el feto no tiene personalidad relevante, si la razón por la que el legislador la prohíbe es porque creía que era una acción perjudicial para terceros, entonces no estaría en los jueces modificar esa norma.

- **Hernán Gullco:** No coincido con esa postura. Me parece que el concepto de daño es la condición necesaria pero no suficiente para el castigo. Una vez que vos determinas si hay daño o no – sobre cómo definís daño hay muchas polémicas al respecto – a continuación tenés que ver si la norma es proporcional o razonable. Un ejemplo típico es la libertad de expresión. Vos con una expresión podés dañar a un tercero pero, sin embargo, como se considera que la libertad de expresión es muy importante la valoras más que el derecho al honor. El daño es la condición mínima para que el Estado pueda ejercer sus facultades represivas pero es una condición necesaria pero no suficiente. Después tiene que cumplir con otros requisitos adicionales y entra a jugar lo que se entiende por el principio de razonabilidad.

- **María Luisa Piqué:** También se puede usar daño para esconder otras razones. Detrás de la criminalización del aborto hay una concepción perfeccionista que ve valiosa la función materna de las mujeres, donde se valora más o mejor ser madre que no lo ser. Además, Nino dice que no cualquier daño es válido. Nino primero dice que el daño tiene que tener relación directa con la actividad ilegal que se está haciendo, y segundo dice que hay que ver también cuán central es para la persona esa acción versus cuánta entidad tiene el daño para quien lo sufre, porque que yo no profese una determinada religión le puede generar un daño a mi abuelo, a mi mamá, pero eso no alcanza para que sea entonces una decisión criminalizable. Entonces, también en el concepto de daño me parece que hay mucho. El legislador no puede decir que eso produce un daño y cualquier daño supera el filtro.



- **Hernán Gullco:** Una nota escéptica: a la Suprema Corte de Canadá le plantearon la posibilidad de constitucionalizar el principio de daño y contestó que no está en la Constitución de Canadá y aunque lo estuviera no serviría de nada porque es completamente indeterminado. No soy tan escéptico como la Corte de Canadá, pero estos casos nos están indicando que el concepto no tiene esa nitidez que muchos creen.

Fin de la desgrabación. Agradecemos a nuestros tres expositores por brindarnos su tiempo y sus pensamientos a 10 años del fallo Arriola, y a quienes asistieron al debate y aportaron con sus preguntas.