

[Tweet](#)

y llegó a viejo...
--------------------

Bazterrica (1986)

Fallos 308:1392

29 de Agosto de 1986

Fallo de la Corte Suprema

Considerando:

1º) Contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, que confirmó la de primera instancia que había condenado a Gustavo M. Bazterrica a la pena de 1 año de prisión en suspenso, \$A 200 de multa y costas, como autor del delito de tenencia de estupefacientes, la defensa dedujo el recurso extraordinario de fs. 112 que fue parcialmente concedido por el a quo a fs. 128.

2º) Que, en la parte en que el recurso fue otorgado el apelante sostiene la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771, que al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal vulnera el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

3º) Que, para sustentar dicho argumento, se expresa que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es una conducta privada que queda al amparo del art. 19 de la Constitución Nacional y que no basta la posibilidad potencial de que ella trascienda de esa esfera para incriminarla, sino que es menester la existencia concreta de peligro para la salud pública. Afirma que, de lo contrario, se sancionaría por la peligrosidad del autor y no por su hecho, lo que importaría abandonar el principio de culpabilidad en el que se asienta el derecho penal vigente.

4º) Que el art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Tales limitaciones genéricamente definidas en aquella norma, son precisadas por obra del legislador. En materia penal, como la que aquí se trata, es éste el que crea los instrumentos adecuados para resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes.

5º) Que el accionar del legislador en el sentido indicado no puede exceder, pues, el campo de las acciones de los hombres que ofendan a la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros.

6º) Que este tribunal ha valorado la magnitud del problema de la drogadicción en Fallos, t. 300, p. 254 (Rev. LA LEY, t. 1978-B, p. 447), en que destacó la deletérea influencia de la

creciente difusión actual de toxicomanía en el mundo entero. Al subsistir las razones que informan tal apreciación, es menester realizar un análisis del tema ahora planteado, en términos que incluyan la consideración de todos los aspectos de tan compleja realidad.

7º) Que también este tribunal y con ese fundamento, ha considerado lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (Fallos, t. 301, p. 673; t. 303, p. 1205; t. 304, p. 1678 -Rev. LA LEY, t. 1980-C, p. 353; t. 1981-D, p. 320; t. 1983-C, p. 605, fallo 36.422-S- y t. 305, p. 137).

8º) Que sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, 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, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas 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.

9º) Que no está probado -aunque sí reiteradamente afirmado dogmáticamente- que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6º de la ley 20.771, al prever un 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 y a 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 aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción. Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse “de acuerdo a los datos de la común experiencia” no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros.

10) Que, en otro orden de ideas, no se encuentra aprobado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio eficiente para el

problema que plantean las drogas. Por el contrario, tal tesis es discutida en la actualidad, por quienes sostienen que las causas de la adicción son de origen múltiple y que la sola forma de atacarla es mediante la corrección de las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea. Quienes se inclinan hacia esta tesis no creen que la incriminación del toxicómano ayude a su tratamiento y, por el contrario se inclinan por sistemas que impongan los tratamientos de desintoxicación como los que han sido adoptados por algunos países europeos. En tal sentido debe tenerse presente la opinión del Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud que en su informe 18 sostuvo que “los datos clínicos no son suficientes para probar o desaprobar las diversas modalidades de tratamiento obligatorio; lo que así parece indudable es que pese a la considerable experiencia adquirida, la detención obligatoria no resulta por sí beneficiosa”. Asimismo, el grupo de Estudio de la Organización Mundial de la Salud sobre la Juventud y Drogas llegó a la conclusión de que en la mayor parte de los casos no parece ser indicado el encarcelamiento por la posesión de pequeñas cantidades de drogas causantes de dependencia, destinadas a uso personal. También el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente consideró que las personas implicadas en delitos leves requerían medidas de tratamiento y no de castigo severo, ya que podrían ser a veces más adecuadas y efectivas formas no penales de control. Con respecto a los delitos leves, el Congreso estimó que el uso indebido de drogas forma parte del problema general de la salud pública e hizo hincapié en la adopción de medidas de tratamiento y reinserción social de los toxicómanos. Las sanciones penales y la política penal en modo alguno debiera impedir la aplicación de tales medidas de tratamiento y reinserción, sino que han de limitarse a garantizar su aplicación cuando fuera pertinente. Por su parte el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social, entre las conclusiones de un estudio comparativo de un grupo de sujetos de experimentación y control realizado en Argentina, Costa Rica, Estados Unidos de América (estado de Nueva York), Japón, Jordania, Italia, Malasia y Singapur, dijo, sobre la correlación entre uso indebido de drogas y criminalidad que los datos parecen sugerir que, cuando la adicción persiste, la mera sanción penal no sólo fracasa en tratar de reducir el comportamiento delictivo de los sujetos, sino que -por el contrario- parece iniciarlos o causar su aumento. A la luz de las opiniones mencionadas, puede decirse que en el caso de los adictos y de los simples tenedores, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede representar para tales sujetos un ulterior estigma que facilita adherirse a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas, en vez de fortalecer la readaptación a la vida productiva. En dichas condiciones 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. Además, nuestro país se encuentra vinculado por la convención única sobre estupefacientes, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas reunida el 30 de marzo de 1961 y aprobada por dec.-ley 7672/63, art. 7º, cuyo art. 38 obliga a las partes contratantes a considerar las medidas que pueden adoptarse

para el tratamiento médico, el cuidado y la rehabilitación de los toxicómanos y si sus recursos económicos lo permiten a establecer servicios adecuados para su tratamiento. Por eso es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento desviado de los sujetos.

11) Que es necesario, en definitiva, comprender, pese a todos los prejuicios, que se puede atender al drogado, que el camino de un individuo a la adicción es paulatino, no es abrupto, ni se produce de un día para el otro. El sujeto puede un día probar la droga, comenzar luego a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica -y en algunos casos física- de ella. Frente a estas distintas situaciones o etapas, las diferentes respuestas que debe proporcionar el Estado tienen una gran influencia sobre el individuo. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable 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. La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratados que tienen los adictos.

12) Que en este marco -médico-psicológico-, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan, y que es suficiente por sí misma para invalidar el art. 6º de la ley 20771, cuya inconstitucionalidad se declara, en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal. Por ello, y oído el Procurador General, se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí declarado. José S. Caballero (en disidencia). - Augusto C. Belluscio. - Carlos S. Fayt (en disidencia). - Enrique S. Petracchi (según su voto). - Jorge A. Bacqué.

Voto del doctor Petracchi

1º) Sobre la base de lo previsto en el art. 6º de la ley 20771, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la sentencia dictada en primera instancia, que condenó a Gustavo M. Bazterrica a la pena de 1 año de prisión en suspenso y multa por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes. Contra tal pronunciamiento el apelante dedujo recurso extraordinario, sosteniendo que dicha norma viola la garantía establecida en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, especialmente en atención a la exigua cantidad de sustancia hallada en poder del procesado

(3,6 grs., de marihuana y 0,06 grs. de clorhidrato de cocaína, v. considerando primero de la sentencia de primera instancia). Se agravia también la defensa en cuanto a la supuesta ilegalidad del allanamiento realizado en el domicilio del Bazterrica que, según afirma, lesiona la garantía de la inviolabilidad del domicilio, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional.

2º) Que la impugnación del procedimiento policial que dio origen a la causa, carece del mínimo fundamento exigible para habilitar la vía extraordinaria, ya que sólo hace una breve referencia al tema, por lo que cabe declarar inadmisibile el recurso al respecto.

3º) Que, en consecuencia, queda a resolución del tribunal la restante cuestión señalada, relativa a determinar si la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, establecida por el art. 6º de la ley 20771, se ha producido dentro del margen de competencia legislativa delimitado por el art. 19 de la Constitución Nacional, o si invade la privacidad que ese precepto protege de la intervención de los órganos estatales, supuesto este último que llevaría a declarar la inconstitucionalidad de la prohibición aludida. Del contexto de los agravios en que el apelante sustenta su tesis de inconstitucionalidad se desprenden, fundamentalmente, dos argumentos. El primero de ellos estriba en que no se cumple, respecto de la norma legal impugnada, el requisito establecido por el citado art. 19 consistente en que las acciones privadas sólo puede ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto para terceros. El segundo radica en que consecuentemente, al no mediar tal peligro concreto, la sanción tendría por única base la peligrosidad del autor y no la acción realizada por éste, o sea que el tipo penal construido por el art. 6º de la ley 20.771 no sigue las pautas exigidas en la materia por el ordenamiento constitucional, al configurar como delito a las presuntas características nocivas de una personalidad determinada.

4º) Que la decisión remite, pues, al examen de los límites de la restricción que el art. 19 de la ley fundamental impone a los órganos estatales para la regulación de ciertas conductas, que allí se designan como "acciones privadas de los hombres", lo que llevaría a establecer si el art. 6º de la ley 20.771 se adecua o no a ese principio constitucional. Para tales finalidades convendrá tomar en cuenta los argumentos que desde la sanción de dicha ley se han sostenido en nuestra doctrina y jurisprudencia, tanto en favor como en contra de la legitimidad de la prohibición impugnada.

5º) Que, sin embargo, antes de abordar los puntos referidos, resulta indispensable dejar sentado que ellos deberán ser vistos en el marco del contexto general en el que se inscribe el caso a resolver. Dicho marco está determinado primordialmente por dos circunstancias, una de ellas podría ser considerada como externa al conflicto "sub examine" y, la otra, configurada por la naturaleza del conflicto mismo. La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro

en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos. El segundo aspecto del marco general sobre el que se emplaza la cuestión a resolver proviene de que los hechos que se juzgan se vinculan directa o indirectamente con un problema temible: el tráfico y consumo de estupefacientes. La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas. Una de dichas consecuencias es la de que la diseminación y desborde del tráfico y consumo de estupefacientes ha adquirido un volumen tal y tan descomunal, que ha facilitado la conformación de un negocio económico administrado por consorcios internacionales que cuentan a veces con recursos que superan las posibilidades de los propios Estados. Es desgarrador además, el problema de las drogas desde el punto de vista individual, pues una creciente cantidad de víctimas de la acción y narcodependencia ven sus vidas limitadas en múltiples sentidos, se encuentran con su salud física y psicológica seriamente afectada y, por tanto, su existencia, sumamente empobrecida. En el tratamiento de cada uno de los aspectos propuestos, se volverán a hacer consideraciones particulares sobre ambos rasgos del contexto en el que debe resolverse el presente caso.

6º) Que una reflexión acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional debe partir de la evidente trascendencia de tal disposición -característica distintiva de nuestra Carta Magna- 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. Esta Corte ha efectuado recientemente algunas precisiones al expedirse "in re": "Ponzetti de Balbín c. Ed. Atlántida, S. A.". Así, en el consid. 8º de uno de los votos concurrentes 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 estableció que, en rigor, el derecho a la privacidad comprende: "...aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal..." y se concluyó afirmando que "...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas...". Conviene destacar que, en todos los votos -que componen el fallo-, quedó firmemente asentado que es "...fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Carta Magna..."; que es un "derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre". Se trata, en suma, de una cláusula constitucional que esta Corte ha considerado decisiva para la existencia de una sociedad libre y que comprende entre las acciones privadas de los hombres, como quedó expuesto 'al transcribir parte del aludido consid. 8º, lo atinente a la salud e integridad física y psicológica de las personas. Luego, esas reflexiones son

vinculantes para elaborar la decisión sobre la juridicidad o antijuridicidad de la tenencia y consumo de estupefacientes, toda vez que estos hechos se relacionan indudablemente con la salud pública -bien jurídico tutelado por las normas penales- y la salud individual que forma parte, según se ha señalado, de la privacidad protegida por el art. 19 de la Constitución.

7º) Que este último precepto está tomado -en redacción que pertenece al primer Rector de la Universidad de Buenos Aires, Presbítero Antonio Sáenz (conf. Sampay, Arturo, "La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional", ps. 12 y sigts., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975)-, del art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La prescripción de tal norma expresa la base misma de la libertad moderna o sea la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen en virtud de la libre creencia del sujeto en los valores que los determinan. Existen antiguos precedentes de esta Corte Suprema que, si bien han sido influidos por el individualismo de la época en que se dictaron, se aproximan al significado que ha venido a cobrar la norma constitucional en examen. Entre ello se cuenta el registrado en Fallos, t. 150, p. 419, del año 1928. Los distinguidos magistrados que, a la sazón, componían el tribunal expresaron: "...el fuero interno de la conciencia queda reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados (art. 19, Constitución Nacional)". Por consiguiente "los deberes que impone el imperativo interior de la conciencia humana no han podido, pues, por sí solos, constituir la base de la ley impositiva aludida". El Procurador general Matienzo, en el t. 128, p. 435, de los fallos de este tribunal cita la sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU. en la que el juez Miller dijo: "Es necesario reconocer que existen, derechos privados en todos los gobiernos libres fuera del control del Estado. El gobierno que no reconozca tales derechos, que mantenga las vidas, la libertad y la propiedad de los ciudadanos sujetas en todo tiempo a la absoluta disposición e ilimitada revisión aun de los más democráticos depositarios del poder es al fin y al cabo, nada más que un despotismo" (ps. 441 y 442). Importantes intérpretes de nuestra Constitución sostienen doctrinas análogas. Al respecto, Sampay manifiesta que el citado art. 19 "... resuelve, conforme los principios de la filosofía clásica antes enunciados, que sólo los actos externos materia de la virtud de justicia caen bajo la potestad legislativa del Estado..." y agrega "...Orden es la disposición de las partes en el interior de un todo, consecuentemente, para que el orden social no sea ofendido, el legislador debe reglar la actividad externa de los sujetos enderezada a cambiar bienes de uso humano, de modo que cada uno actúe respetando los derechos de los otros... Si se considera que el adjetivo 'publicus', esto es, 'populicus', denota la calidad de pertenecer a un 'populus', es decir, a una muchedumbre de hombres organizada en orden, resulta lógico inferir que la expresión constitucional 'moral pública' significa la parte de la moral que regla las acciones referentes al orden de la comunidad, y sabemos que la justicia es la virtud que causa y conserva ese orden, por lo que Aristóteles afirma que 'la justicia es cosa de la polis porque la justicia es el orden político... No perjudicar a un tercero' es la definición de acción justa dada por

Aristóteles y que Ulpiano, según ya quedó advertido, recogió en su definición del derecho con la tajante locución: 'alterum non laedere'... En conclusión, establecido que el art. 19 de la Constitución Nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera 'acciones privadas de los hombres' no sólo a las acciones interiores, sino también a las exteriores, que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes, lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia..." (Sampay A. op. cit., ps. 37/38). Esto quiere decir que no se pueden sancionar penalmente acciones que sólo se refieran a la moral individual, y que es requisito para la intervención de la ley penal, que se afecten bienes jurídicos privados o colectivos, incluidos en el orden de la justicia, según el sentido aristotélico. Tal interpretación coincide, por lo demás, con el proceso legislativo constitucional en el cual, al tratarse la redacción del art. 19, el General Pedro Ferré propuso que la fórmula dijese "a la moral y al orden público", lo que fue corregido al momento de la sanción por la actual fórmula "al orden y a la moral pública" (Sampay, A., op. cit., ps. 19/20). El propio Ferré aceptó que su propuesta inicial implicaba un grave error filosófico-jurídico que desnaturalizaba el espíritu de su propuesta. 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. Lo expuesto conduce al tribunal a aseverar que no son punibles las acciones de los hombres que constituyan actos en su esfera privada, siempre que no afecten el orden y la moral públicos. Queda pendiente, por supuesto, la cuestión de los criterios para calificar las acciones que afecten el orden y la moral públicos.

8º) Que, en lo atinente a dichos criterios, debe tenerse en cuenta que decisiones más actuales de esta Corte, como la de Fallos, t. 296, p. 15, reiterada en Fallos, t. 302, p. 604, no parecen compatibles con los principios aludidos, esenciales para la libertad del hombre a que nuestra tradición aspiró. En efecto, en la doctrina sustentada en estos pronunciamientos parece sostenerse que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19, parte 1ª, de la Constitución, sería sólo el del fuero íntimo, en cuanto no se reflejare en acciones privadas, de proyección comunitaria. Si esto se acepta, no habría límites para la intromisión de los órganos estatales en las acciones y la intimidad de las personas que se tradujeran en conductas que pudieran juzgarse dotadas de "proyección comunitaria". De este modo, la disposición constitucional sólo consagraría una especie de libertad interior pero negaría toda libertad exterior, definición de aquella cláusula sólo sustentable en la ficción de que pueda dividirse a los individuos según su interioridad o su comportamiento externo, como si fueran elementos independientes en su origen y desarrollo. Tal interpretación podría llevar poco menos que a la anulación del resguardo impuesto por el art. 19 de la Constitución. Por otro lado, la conexión entre la conciencia subjetiva y los factores objetivos que sirven de contexto para su desarrollo es perfectamente accesible debido a los adelantos de la ciencia y los

avances de los medios técnicos de invasión y manipulación de la conciencia individual. Como se dijo en uno de los votos concurrentes en el ya aludido caso “Ponzetti de Balbín”; “En la época del ‘lavado de cerebro’ adquieren su mayor valor los severos principios limitativos de la actividad estatal, que una lectura humanista y fiel al sentido básico de la norma halla sin esfuerzo en el art. 19 de la Constitución Nacional”.

9º) Que debe además, tenerse en cuenta que ese principio se inscribe en un conjunto de disposiciones de la Carta Magna tendientes a consagrar lo que en el pronunciamiento de la Corte Suprema de los EE. UU. emitido en el caso “Palko v. Connecticut” (302 U. S. 319-1937) el juez Cardozo denominaba “un esquema de ordenada libertad”, que está conformado por los derechos básicos de los individuos. Por ello, es inviolable la defensa en juicio de la persona o de los derechos y también es inviolable el domicilio, los papeles privados y la correspondencia, es decir, aspectos de la privacidad de cada habitante (art. 18) y, por tanto, quedan proscriptas las facultades extraordinarias “por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quedan a merced de gobiernos o persona alguna” (art. 29), derechos éstos que al ser enumerados no implican excluir todos los que no se enumeran, “pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33). Se constituye así una trama de ubicación de los individuos en la sociedad en la que se entrelazan derechos explícitos o implícitos y en la cual la libertad individual está protegida de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido, desde que el art. 28 de la ley fundamental, según ha establecido este tribunal, impide al legislador “obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener” (Fallos, t. 117, ps. 432, 436). Nuestra doctrina también ha intentado trazar el “esquema de ordenada libertad” que consagra y proclama la Constitución. Así surge de la tesis de Rodolfo Rivarola al decir: “... Estas libertades, las políticas y las civiles, no se llaman así en la Constitución. La palabra libertad se encuentra en ella solamente en el preámbulo, como uno de los objetos de la Constitución: asegurar los beneficios de la libertad. Luego reaparece el concepto en el art. 14, ‘profesar libremente su culto’; ‘los esclavos quedan libres’, etc. (art. 15) y se repite en el art. 20 para los extranjeros: ‘ejercer libremente su culto’. En el art. 19, sin mencionar la palabra, esta implícito el concepto con mayor energía; ‘Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados’. La reserva o invocación a Dios, no disminuirá para los no creyentes, la energía de esta declaración, por que aun suprimida, se leerá siempre que aquellas acciones están exentas de la autoridad de los magistrados. Su complemento o corolario es que ‘nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe’. (“La Constitución Argentina y sus principios de ética política”, ps. 127/128, Rosario, 1944). La idea de la autonomía de la conciencia la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere “que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido

y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...” (Constitución pastoral “Gaudium et Spes”, parte L, cap. 1º, núm. 17, Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios, t. II, 7ª ed., Madrid, 1967). Esta es una convicción en la que se hallan convocadas las esencias del personalismo cristiano y del judío y de las demás concepciones humanistas y respetuosas de la libertad con vigencia entre nosotros. Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el “derecho a ser dejado a solas”, fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado -no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma, las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva. “Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentre en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual”. El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado. Como se dijo ya en uno de los votos concurrentes en autos “Ponzetti de Balbín”: “La protección material del ámbito de 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”. Cabe agregar a esta idea que a medida que la vida social se complica por incidencia de los progresos tecnológicos, por el amplio espectro abarcado por los medios modernos de comunicación, por la concentración de grandes poblaciones en los polos de desarrollo económico y por el aumento de las múltiples presiones que este crecimiento de la sociedad trae aparejados, deben extremarse los recaudos para la protección de la privacidad frente al riesgo de que la tendencia al desinterés por la persona, que estos procesos pueden implicar, conlleve la frustración de la esfera de la libertad necesaria para programar y proyectar una vida satisfactoria, especialmente en un contexto social que por múltiples vías opone trabas a la realización individual.

10) Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenece. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los

demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria. Es pues, una alta prioridad en el Estado democrático, asegurar la vigencia de la disposición constitucional en el sentido de garantizar el ámbito de exclusión aludido, procurando su eficacia tanto frente a la intromisión estatal como frente a la acción de los particulares. La consagración constitucional del derecho a la privacidad está además complementada por idéntica protección establecida en el art. 11, incs. 2º y 3º del Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido incorporado a nuestro orden jurídico por la correspondiente ratificación legislativa de dicho Pacto.

11) Que la garantía del art. 19 de la Constitución Nacional, en los términos en que se ha venido acotando establece la existencia de una esfera privada de acción de los hombres en la que no puede inmiscuirse ni el Estado ni ninguna de las formas en que los particulares se organizan como factores de poder. El poco flexible límite que circunscribe el campo de inmunidad de acciones privadas lo constituye el orden y la moral públicos y los derechos de terceros. El alcance de tal límite resulta precisado por obra del legislador, pero, su intervención en ese sentido, no puede ir más allá de las acciones de los hombres que ofendan a la moral pública, que interfieran con el orden público o que afecten derechos de terceros, esto es, no puede el legislador abarcar las acciones de los hombres que no interfieran con normas de la moral colectiva ni estén dirigidas a perturbar derechos de terceros. Esto significa, si no se pretende convertir al art. 19 de la Constitución Nacional en una mera tautología, que las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, es decir, por su inclusión en una norma jurídica. Tampoco dejan de ser privadas las acciones de alguien por el hecho contingente de que haya otras personas realizando la misma conducta. Si se sostuviere cualquiera de estas dos tesis, como parece surgir, por ejemplo, de las argumentaciones que para el caso de la tenencia de estupefacientes efectúa parte de la doctrina en favor de la prohibición, se estaría afirmando que la primera parte del art. 19 no tiene otro alcance que el de su parte segunda, es decir, que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. El art. 19 establece en su segunda parte, el principio del imperio de la ley según el cual es estado sólo puede limitar los derechos individuales en virtud de normas de carácter legal. En su primera parte, determina, ampliando al principio formal antedicho, que la ley ni puede mandar ni puede prohibir nada en relación a las acciones privadas de los hombres integrantes de la esfera de las conductas libradas a las decisiones individuales de conciencia.

12) Que estas prescripciones de la cláusula constitucional obligan a distinguir entre acciones privadas y las que no lo son, y entre ética privada y moral pública. Por cierto, no puede concebirse a las acciones privadas como las que se hacen en privado, puesto que muchos delitos contemplados en nuestra legislación podrían ser ejecutados en privado. Por consiguiente, tal distinción está vinculada a la diferenciación entre moral pública y ética privada, de modo que 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. Hay así una serie de acciones sólo referidas a una "moral privada", que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, las cuales no interfieran el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás. De esta manera el art. 19 de la Constitución Nacional 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, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás. A este respecto, cabe recordar que, como se afirmó en uno de los votos concurrentes en el caso "Ponzetti de Balbín" (consid. 19), el derecho a la autodeterminación de la conciencia requiere la tutela material del ámbito de privacidad. Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, queda, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales.

13) Que de acuerdo a la secuencia de exposición antes anunciada, corresponde considerar los alcances y sentido del art. 6º de la ley 20.771, que preceptúa: "Será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa de 100 a 5000 pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieren destinados a uso personal". Esto parece significar la incriminación de toda tenencia de estupefacientes, cualquiera sea el modo en que se accedió a los mismos y cualquiera la finalidad para la que se los tuviere, incluido el mero consumo personal en cualquier circunstancia y cantidad en que ese consumo se realice.

14) Que entre los antecedentes de la legislación en examen, cabe reseñar que en nuestro país la ley 11.331 modificó el art. 204 del Cód. Penal, incriminando la posesión y tenencia de drogas no justificadas en razón legítima. Durante la vigencia de esa legislación se dictó el fallo plenario en el caso "González, Antonio" en octubre de 1930 (Fallos plenarios de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, Boletín Oficial 1970, t. I, p. 60) en el que se resolvió, con votos divididos, que el uso personal de alcaloides no constituía una razón legítima de su tenencia. En ese pronunciamiento la minoría integrada por los jueces Ortiz de Rosas, Coll y Luna Olmos, sostuvo que si bien el uso personal no constituye una legítima razón para la tenencia de drogas, la ley no está dirigida a quienes la poseen con ese objeto exclusivo, ya que lo contrario implicaría una restricción a la libertad personal consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional, Mucho más tarde, en 1966, otro fallo plenario, "Terán de Ibarra, Asunción" (fallos plenarios cit., t. I, p. 62), mantuvo la doctrina, también en votación dividida, sosteniendo que la mera tenencia de drogas, aun para uso personal, constituye un peligro para los bienes que el derecho busca proteger. La disidencia minoritaria

se remitió a los argumentos de la decisión anterior. El Proyecto Peco (1942) sólo reprime la tenencia de sustancias estupefacientes enderezada “a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro” (art. 230; Exposición de Motivos, p. 399). El Proyecto de 1960 excluyó de punición “la tenencia de una dosis para uso personal” (art. 262 y su nota). La ley 17.567 sancionada en el año 1968 derogó la reforma al Código Penal de la ley 11.331, modificando nuevamente este cuerpo legal por la introducción del párr. 3º del art. 204 que sancionaba al “que sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal; sustancias estupefacientes...”. La Exposición de Motivos de esta ley vinculaba la tenencia en dosis correspondientes al mero consumo individual con las acciones de la esfera de libertad consagrada en el art. 19 de la Constitución. El Anteproyecto de la Policía Federal de 1967 castiga a quien poseyere, llevare consigo o tuviere en depósito drogas toxicomanógenas, sin causa justificada, en cantidades distintas a las que correspondieren (art. 204, inc. c). En 1973, la reforma al Código Penal de 1968 fue declarada “ineficaz” por ley 20.509, a partir de cuya vigencia se restauró el régimen anterior. Un año más tarde, se dictó la ley 20.771 actualmente en vigor, cuyo art. 6º está en examen en este caso. La ley 20.771, como se ve, al igual que las anteriores, es una reforma al Código Penal en aspectos parciales, y todo su sistema de tratamiento del problema del tráfico y la adicción a las drogas consiste en una estructura de imposición de penas de notable severidad, si que se legisle, como tampoco se había hecho antes, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes o adolescentes, y si establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición. La ley 20.771 dio lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios en lo que atañe a su art. 6º. En varios casos se resolvió en primera instancia su invalidez con base en el art. 19 de la Constitución, criterio que no fue aceptado por la alzada. Así sucedió, por ejemplo, en los casos “Colavini, Ariel O.”, sentencia de primera instancia, “Yáñez Alvarez, Manuel”, por sentencia de primera instancia extensamente fundada del juez Eugenio R. Zaffaroni (julio de 1978); “González y otra”, del 26 de febrero de 1979; “Prieto Huanca y Asama de Prieto”, caso de tenencia de uso personal de hojas de coca, del 30 de octubre de 1978, sentencia del juez Eugenio R. Zaffaroni; “Sorondo, Roberto”, sentencia del 28 de febrero de 1979 del juez Maier; “Martínez Zaracho” sentencia del 2 de abril de 1979, del juez Bonorino Perú. La sentencia del caso “Yáñez Alvarez” fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal por sentencia del 17 de noviembre de 1978. En marzo de ese año, en el caso “Colavini, Ariel O.”, este tribunal, en su anterior integración, se pronunció por la constitucionalidad de la aludida norma. En ese fallo la Corte recogió los argumentos del Procurador General de la Nación en el sentido de que el uso de estupefacientes va más allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturba la ética colectiva. El dictamen admite que el argumento de que se está castigando un mero “vicio” puede llevar a discutir la eficacia preventiva de la norma,

pero no se hace cargo de que la conducta calificada como “viciosa” puede formar parte de las acciones libres del individuo excluidas de la competencia de los órganos estatales por el art. 19 de la Constitución. El tribunal agregó al dictamen argumentos sobre el vínculo entre la toxicomanía y la desintegración individual y general, y su pernicioso influjo en la moral y economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva, y la destrucción de la familia. Sostuvo el tribunal en esa oportunidad que la represión de la tenencia de droga es un medio idóneo para combatir la drogadicción, porque la tenencia configura uno de los elementos indispensables del tráfico, y el consumidor una condición necesaria de tal negocio, sosteniendo además que el consumo de droga produce efectos sobre la mentalidad individual que se traducen en acciones antisociales, generando un peligro para la sociedad en su conjunto que constituye en lícita “toda” actividad dirigida a evitar tal riesgo. En sus pronunciamientos, la Corte valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación actual de la toxicomanía en el mundo entero (Fallos, t. 300, p. 254). De este modo se consideró lícita toda actividad estatal dirigida a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieren derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (Fallos, t. 301, p. 673; t. 303, p.1205; t. 304, p. 1678 y t. 305, p. 137). Al subsistir las condiciones sociales así valoradas en la doctrina hasta hoy vigente de este tribunal, se hace imprescindible una nueva reflexión del tema, con la consideración de todos los aspectos de tan compleja realidad y a la luz de los principios antes sentados.

15) Que, según ya se ha expresado, sin duda la actual difusión del consumo de drogas es una verdadera plaga, que resulta desastrosa su paulatina extensión hacia sectores menos protegidos de la sociedad: la infancia y la adolescencia, su consiguiente utilización en los centros educativos convertidos en lugares de suministro de estupefacientes y su influencia decisiva en la consolidación de una estructura económica de tráfico organizado, que adquiere fuerza suficiente para estar en condiciones de atentar contra los propios sistemas institucionales. Las organizaciones de tráfico de drogas han sido protagonistas en los últimos tiempos de varios escándalos, incluso en el nivel gubernamental, en distintos países de nuestro continente. Esta preocupación de la que, como lo revela lo expuesto, también se hace cargo del tribunal en su actual integración, es compartida por los otros poderes del Estado. En este sentido, nuestro país ha puesto en ejecución diversas políticas tendientes a asumir un papel protagónico en la lucha contra la difusión del narcotráfico, y una inserción activa en los organismos internacionales que, creados a esos efectos, ponen de manifiesto la universalidad de la preocupación por las infortunadas consecuencias de dicho tráfico. Es así como se ha organizado, a mediados de 1985, por decreto presidencial, la Comisión Nacional para el Control del Narcotráfico y el Consejo de Drogas, entidad específica abocada a la consideración de las soluciones posibles para los diversos aspectos del problema de las drogas. Nuestra doctrina coincide también con esos desvelos en forma unánime, como surge de los análisis de la jurisprudencia y régimen legal antes sintetizados. Queda claro pues, que

no está en discusión el hecho de que la enorme difusión del tráfico y, por ende, del consumo de estupefacientes, constituya uno de los más graves problemas sociales que enfrenta el Estado moderno, a tal extremo, que se habla hoy de la generación de una moda y cultura de las drogas, cuyas consecuencias últimas son difíciles de prever. Sin embargo, en lo que no son contestes las opiniones, es sobre si la incriminación, y consiguiente constitución en un delito del mero consumo individual de estupefacientes realizado en condiciones que no generan daño efectivo a terceros, comporta un remedio razonable para un problema de esa naturaleza. Algunos autores, al meditar sobre el citado fallo Colavini, dan al punto una respuesta afirmativa, recurriendo a la ficción de considerar el consumo individual como si fuera un consumo de la sociedad en su conjunto, por el doble hecho de la reiteración de tal acto por muchos individuos y por la representación implicada en la mera pertenencia a la sociedad. Otros autores han sostenido la posición contraria, ya sea por la crítica a la estructura misma del tipo penal, construido sobre la base de la incriminación de un estado de cosas, como es la mera tenencia no asociada a ningún acto generador de daño ni en la adquisición ni en su utilización, o bien negando la viabilidad de la incriminación por el mero consumo individual, luego de un exhaustivo análisis de los razonamientos éticos que se utilizan en la calificación penal de la conducta del consumidor, en un intento de definir si ella pertenece o no a la esfera de inmunidad que consolida el sistema de la libertad individual según el art. 19 de nuestra Constitución.

16) Que es preciso poner de relieve que, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacionales, el argumento de que la incriminación de la simple tenencia contribuye a evitar consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, sólo se registra como una mera afirmación dogmática, si que en ningún caso se aluda a pruebas efectivas que confirmen lo aseverado. Sobre esta clase de asertos, sin sustento en constataciones fácticas demostrables, se apoya hasta el presente la construcción legal del art. 6º de la ley 20771 que castiga la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en la simple alusión a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad. Contrariamente a lo que surge de dichos asertos, la tesis según la cual la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción misma; es un remedio eficaz para el problema que plantean las drogas, está seriamente discutida en la actualidad en particular por quienes proclaman y prueban con numerosas evidencias que las causas de adicción son de origen múltiple y que el ataque a este flagelo social requiere la corrección global de una serie de factores de la sociedad contemporánea que confluyen a la producción de tal efecto. Así, en países de larga tradición liberal, de sólida trayectoria de organización democrática y de fuerte respeto por la construcción y consolidación de órdenes jurídicos basados en la garantía de los derechos individuales, se tiende a considerar al adicto al consumo de estupefacientes como un enfermo, y se plantean los objetivos de ayuda al tratamiento y reincorporación a la sociedad del toxicómano, en lugar de su calificación como delincuente con las graves consecuencias que ello encierra. De este modo se delinearán sistemas que,

como el británico -tendiente a reducir el tráfico ilegal de drogas-, no desestima la posibilidad de provisión oficial de estupefacientes a los adictos en el marco del tratamiento de recuperación, considerados éstos como enfermos que no revisten condición delictual o, como el de Francia, donde se ha instrumentado la posibilidad para los jueces de instrucción de obligar a curas de desintoxicación. En estos países, y otros como EE. UU, Holanda, Alemania Federal, etc., se afirma la tesis de que actividades de perniciosos efectos sociales, motivadas en fallas estructurales de las organizaciones económico-sociales, como la adicción a drogas, el exceso de consumo, fabricación y venta de bebidas alcohólicas, la prostitución, el juego clandestino, el tráfico de armas, etc., deben arrostrarse con políticas globales y legislaciones apropiadas -de las que hasta el presente carece nuestro país- antes que con el castigo penal, pues, al cabo, éste recae sobre quienes resultan víctimas de dichos defectos estructurales. En este orden de ideas debe tenerse presente la opinión del Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud. que en su informe 18 sostiene que: "Los datos económicos no son suficientes para aprobar o desaprobar las diversas modalidades de tratamiento obligatorio; lo que sí parece indudable es que pese a la considerable experiencia adquirida, la detención obligatoria no resulta por sí beneficiosa". Asimismo, el grupo de estudio de la Organización Mundial de la Salud sobre Juventud y Drogas llegó a la conclusión de que en la mayor parte de los casos no parece ser indicado el encarcelamiento por la posesión de pequeñas cantidades de droga causante de dependencia, destinadas a uso personal. También el quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, consideró que las personas involucradas en delitos leves requieren medidas de tratamiento y no de castigo severo, ya que podrán ser a veces más adecuadas y efectivas las formas no penales de control. Con respecto a los delitos leves, el Congreso estimó que el uso indebido de drogas forma parte del problema general de la salud pública, e hizo hincapié en la adopción de medidas de tratamiento y reinserción social de toxicómanos. Las sanciones penales y la política penal en modo alguno deberán impedir la aplicación de tales medidas de tratamiento y reinserción, sino que han de limitarse a garantizar su aplicación cuando fuera pertinente. Por otra parte, el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social, entre las conclusiones de un estudio comparativo de un grupo de sujetos de experimentación y control realizado en la Argentina, Costa Rica, EE. UU., (Ciudad de New York), Japón, Jordania, Italia, Malasia y Singapur, manifestó, sobre la correlación entre uso indebido de drogas y criminalidad; que los datos parecen sugerir que, cuando la adicción persiste, la mera sanción penal fracasa en reducir el comportamiento delictivo de los sujetos y, por el contrario, acentúa los procesos de iniciación o provoca su aumento (del libro "Combating drug abuse and related crime", Unsdri, publicación núm. 21, Roma, 1984). Nuestro propio país, en su más reciente intervención internacional ("Conferencia especializada interamericana sobre narcotráfico", realizada en el seno de la Organización de Estados Americanos, 22 de abril de 1986) propuso caminos alternativos para combatir el narcotráfico, que desestiman la incriminación del consumo individual y, por esta vía, la

transformación de todo contacto con la droga en un delito grave y de toda víctima de la adicción en un delincuente. La Argentina presentó en esa reunión un documento que, bajo el nombre de “sugerencias sobre un programa de acción para combatir el tráfico ilícito, de estupefacientes y su consumo indebido en el ámbito interamericano”, simultáneamente se hace cargo de que “el problema de la producción ilegal, el tráfico ilícito y el uso indebido de drogas es uno de los más graves en el hemisferio y afecta directamente la economía, la salud pública, el bienestar social e inclusive la estabilidad política de los gobiernos y la soberanía de los Estados afectados” y propone en el marco de una acción coordinada de los Estados miembros, un programa de acción que incluye medidas educativas, de salud pública, de creación de conciencia pública sobre el abuso de drogas, con especial atención a los problemas de la juventud y la niñez, el uso de los medios de difusión masivos para combatir estas actividades, la creación de un Banco Interamericano de Datos sobre tráfico y consumo, la creación de centros interamericanos para la capacitación y profesionalización de personal técnico, judicial, policial y de otras índoles que se ocupe de combatir los estupefacientes, la creación de un Centro Interamericano de Información sobre el abuso de estupefacientes, la creación de un servicio de investigación jurídica y extensión para colaborar con los Estados en el examen de las instituciones adecuadas para combatir el tráfico, la colaboración regional mediante tratados de extradición y enjuiciamiento de criminales en materia de narcotráfico y demás medidas de conjunción de esfuerzos, tales como apoyo a la investigación científica, intercambios de información sobre rutas de transporte y modos de contrabando, preparación de proyectos de armonización legislativa y de cooperación judicial y policial. Entre las propuestas de nuestro país se encuentra un programa de represión penal que incluye medida aún no intentadas, como la acción sobre los patrimonios constituidos en virtud del negocio de las drogas mediante confiscación y control de ganancia ilícitas. Este programa en su aspecto jurídico comprende la sugerencia de incriminación de actividades como venta ilícita de estupefacientes, la compra de cantidades que impliquen abuso de drogas, el cultivo de plantas de las que se deriven drogas, todo procesamiento de plantas o químicos para tráfico ilícito de estupefacientes, transporte ilícito a centros de consumo y las ganancias acumuladas por transportistas y traficantes. Entre todas las exhaustivas proposiciones de nuestro país para una acción internacional contra el narcotráfico, no se incluye la incriminación de la tenencia de cantidades proporcionales para el consumo propio de cada individuo. Se sugieren, en cambio, en relación al adicto individualmente considerado, medidas de educación y salud o sea de cura, rehabilitación y reinserción social, en reemplazo de las técnicas de represión penal constituyentes de un delito que consiste en el mero estado de enfermedad. En su mensaje a la conferencia, el representante de nuestro país dijo textualmente: “El incremento potencial de la demanda de jóvenes y niños obliga a los gobiernos a encarar vastos programas de prevención en los que participen las áreas de salud y educación. Resulta necesario trazar programas para la juventud y participación comunitaria, como modo de oponer a la cultura de la droga una respuesta social racional.

Esta última depende del grado de información, concientización y disposición de la gente, de modo tal que la pertenencia a grupos de consumidores pierda en gran medida su atractivo". Esta posición importa hacerse cargo de la tesis expuesta desde hace tiempo por el director de la UNFDAC, según la cual el problema de la droga entre niños, adolescentes y adultos jóvenes es una cuestión cultural que reviste las características de una verdadera moda, fenómeno que obedece a un número considerable de motivos: rebeldía; alivio de angustia, miedo, etc. Resalta el informe que frente a la aprobación por los jóvenes del grupo inmediato de pertenencia, "la desaprobación legal oficial pierde fuerza motivadora". Más adelante y antes de proponer reglas concretas, el mensaje del representante de nuestro país sostuvo: "Es sabido que paralelamente a la práctica del narcotráfico en gran escala y de manera organizada, existe la figura del traficante. Este último comercia con pequeñas cantidades para asegurarse la obtención ulterior de más droga a fin de satisfacer los deseos, producto de la dependencia. Mientras en el caso de los primeros se impone una persecución penal de gran severidad, no ocurre lo mismo con esto último". 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". Pero, además de ser irrazonable la sanción penal en relación al adicto a las drogas, lo es también con respecto al problema global del recurso a estimulantes y alucinógenos en la medida en que no comprende, ni podría comprender, importantes aspectos de ese drama social. En particular, es sabido que entre los menores de 16 años se ha generalizado el uso a tales efectos de inhalantes que no consisten en estupefacientes no pueden integrar lista alguna de narcóticos. Tal es el caso de la inhalación de gases de nafta, o de la aspiración de emanaciones de pegamentos sintéticos y de disolventes de pintura. La Comisión Nacional ya mencionada ha puesto de manifiesto recientemente lo tremendo de tal situación, en una declaración en la que se explica que este tipo de adicción es la más común entre menores de 10 años. Las penosas consecuencias del uso de tales sustancias por parte de niños y adolescentes pueden verse resumida en el informe especial publicado en el diario "La Razón" del 4 de junio de 1986, ps. 24 y 25, con motivo de la muerte de Marcelo Cerruolo, de 12 años de edad, por inhalación excesiva de pegamentos sintéticos. En tal sentido conviene resaltar las conclusiones a las que arribó la Federación Internacional de Comunidades Terapéuticas, que sugiere soluciones no vinculadas a la punición. Por lo demás, se trataría de menores penalmente inimputables en muchos casos, o de elementos cuya tenencia sería impensable prohibir.

17) Que frente a la ya explicitada tendencia de las organizaciones internacionales de los países llamados desarrollados y de nuestro propio país, de considerar medidas alternativas eficaces para enfocar el problema de la difusión de la droga, sumada al hecho evidente de que no todas las drogas, psicofármacos y estupefacientes tienen idénticas consecuencias

sobre la salud, tanto por sus diferentes efectos como en relación a las cantidades en las que se las consume -distinciones que nuestra ley no recibe ni considera-, corresponde preguntarse qué valor conservan las razones que se esgrimen en favor de la incriminación de la tenencia de drogas para uso personal. Según la doctrina de los fallos citados y las elaboraciones de los juristas que en sus comentarios coinciden con ella, los motivos que respaldan una prohibición como la contenida en el art. 6º de la ley 20771 pertenecen principalmente a alguno de los siguientes grupos: 1) juicios de carácter-ético; 2) razones de política global de represión del narcotráfico y 3, argumentos relativos a la creación de un grave peligro social. Cabe referirse por separado a estos razonamientos. Los del primer orden son, primordialmente, de dos clases: a) los que se basan en el carácter violatorio de las normas éticas imputable a la conducta de consumo de drogas considerada en sí misma, y b) los que expresan que si existen razones éticas para impedir al Estado incriminar el consumo de drogas en función del respeto a la voluntad individual, no se ve por qué no debería también aplicarse ese criterio a la venta de aquéllas ya que el traficante sólo facilita la droga a quien quiere emplearla, por lo que, si no es punible el consumo, tampoco debería serlo el suministro. Con respecto a la índole inmoral del propio consumo de estupefacientes -cualidad que se le atribuye a esta conducta a veces en forma manifiesta y otras en forma implícita, por ejemplo, al utilizar recurrente e impropriamente palabras como “vicio” para describir estas acciones- lo cierto es que la valoración ética que se haga de esas conductas dependerá de una posición filosófica subyacente, y sea distinta según se adopten posiciones nihilistas y extremadamente subjetivas acerca de los valores, o posiciones proteccionistas o paternalistas basadas en un objetivismo axiológico extremo. Entre estas dos posibilidades resta aún un abanico de criterios racionales sobre una objetividad relativa de la calificación ética de las conductas. Ahora bien, aun si se considerara que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos “standards” 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. Existen múltiples conductas de las cuales podría afirmarse, sin demasiado riesgo de error, que constituyen un paradigma de coincidencia valorativa en nuestra comunidad. En este sentido, la mayoría de los argentinos estarían dispuestos a considerar violatorias de las más elementales normas éticas a conductas tales como despreciar a los propios padres o a los hijos, etc. Estos ejemplos remiten a actitudes individuales que la mayoría no vacilaría en repudiar desde el punto de vista ético. Sin embargo, no podría el derecho positivo prohibir toda acción de la que pudiere predicarse que resulta moralmente ofensiva ya que no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales “desviaciones” morales a los demás. Lo que exige erigir en bien jurídico a las ideas de los demás e, incluso, prever como

ilícito a los actos que entorpezcan sus derechos o les ocasionen daño, llevados a cabo con apoyo en creencias consideradas éticamente relevantes. Un pensador de nuestra época ha dicho en tal sentido: “Es perfectamente justo y legítimo considerar ‘buenas’ las costumbres y los modales que nuestros padres nos enseñaron y sagrados los ritos y normas sociales que nos han legado las tradiciones de nuestra cultura. Pero también debemos tener buen cuidado de no considerar inferiores las normas y ritos sociales de otras culturas; es necesario luchar con toda la fuerza de nuestro raciocinio contra esta propensión natural...” (Konrad Lorenz, “Sobre la agresión, el pretendido mal”, p. 96, 3ª ed., México, noviembre de 1974). Este es el motivo por el cual el ordenamiento jurídico impone un ámbito de exclusión respecto de las conductas y creencias de las personas que no ofendan las de los demás ni se materialicen en un daño. Este es el significado mismo del art. 19 de la Constitución Nacional. En cuanto a la segunda clase de los argumentos éticos, la afirmación de que si se considera insusceptible de prohibición el mero consumo, debería extenderse tal criterio a la actividad del proveedor, traduce un planteo que hace caso omiso del hecho de que nuestra Constitución, en su art. 19, exige como condición del reproche penal que la conducta objeto de pena dañe a otro o hiera sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. Otra respuesta elemental a esta clase de argumentos es que la demanda de estupefacientes es, con frecuencia, el resultado de las presiones del propio traficante. Por otro lado, no todas las decisiones de cada individuo se adoptan en un estado de ánimo que suponga que ha considerado lo que le conviene hacer en base a una libre deliberación racional. El condicionamiento absoluto de la voluntad originado por la dependencia patológica, ciertos estados de ansiedad, depresión, excitación, miedo, etc., impiden decidir “libremente”, y el Estado puede y debe interferir en la actividad de terceros que toman ventaja de, o fomentan, o, en definitiva explotan tales estados, impulsando al que los padece a transitar por los caminos irreversibles de ciertas formas de adicción que conducen, sin escalas, a una muerte omnipotente. El castigo al aprovechamiento de los estados de dependencia patológica, e incluso la ayuda a una autolesión se justifica así, sin que puedan equipararse estas situaciones con el tratamiento requerido por la autolesión en sí misma. Resulta pues incuestionablemente justo castigar al traficante, con fundamentos que no son aplicables al consumidor (arg. art. 83, Cód. Penal). Como ya se ha dejado establecido en el caso “Ponzetti de Balbín”, forma parte de la esfera reservada de los individuos la decisión acerca de su propia inseguridad corporal en la medida en que con los actos de autolesión no afecten derechos de terceros. Con estos alcances debe entenderse el recurso de nuestra jurisprudencia al ejemplo de la incriminación de la autolesión contenida en el art. 820 del Cód. de Justicia Militar que la castiga sólo en tanto es medio para la realización de otros actos ilícitos, como el incumplimiento del deber de prestación del servicio militar. Lo mismo vale para el consumo de estupefacientes y/o alcohol y/o cualquier otro elemento que altere la conciencia en el contexto de la realización de tareas que impliquen responsabilidad sobre la seguridad de terceros, como en el caso de los pilotos

de aviación o prestadores de servicios médicos, etc., y esté limitado al lapso de ejercicio de su actividad específica. Estas consideraciones explican por qué los autores de estos argumentos han debido recurrir a ficciones, como la de la representación organicista de la sociedad, asentada en la tesis de que si se mira aisladamente el consumo por un solo tenedor al margen de la directa trascendencia social, el acto podría tener exclusiva naturaleza individual, pero que la índole del consumo de estupefacientes exige que su consideración jurídica se haga desde el punto de vista del daño social, como consumo por la comunidad.

18) Que el segundo grupo de juicios, que aluden a la política global de represión del narcotráfico, puede resumirse en las dos siguientes formulaciones: a) que el consumidor es la vía para descubrir al traficante, por lo menos a aquellos que son protagonistas del llamado "tráfico hormiga"; b) que el castigo al consumo implicará una reducción en la demanda y que por este medio indirecto se arruinaría el negocio del traficante. Estos argumentos han sido utilizados en el ya mencionado fallo del tribunal "in re": "Colavini, Ariel O.". En lo que concierne a estimar al consumidor como la vía de acceso al traficante, y especialmente al que se ocupa del "tráfico hormiga", puede entenderse que el argumento apunta a dos significaciones distintas. La primera, que la posibilidad de acción de los órganos de seguridad sobre el consumidor le permitirían dar con quien le proveyó el estupefaciente. La segunda que, bajo la forma de la tenencia para consumo personal, se encubren las actividades de los que realizan una suerte de "negocio hormiga", consistente en vender la droga a terceros en pequeñas cantidades, por lo común con la finalidad de proveerse a sí mismos del estupefaciente del que dependen. Considerar que el consumidor es el mejor medio disponible para llegar al traficante, parece insostenible por dos fuertes razones. Ante todo, porque si el argumento se llevara a sus máximas consecuencias sería notoriamente autocontradictorio. En efecto, pensar que el arresto de los simples consumidores, que no han provocado daños a terceros ni ofendido al orden y la moral públicos por la exhibición de su consumo, es un instrumento idóneo para llegar al traficante, entrañaría afirmar que para una eficacia mayor en la represión del aparato de comercialización de drogas, el Estado debería fomentar el consumo, con lo que tal actividad se haría más visible y se contaría, además, con innumerables proveedores de información. De igual modo, si se generalizara tal argumento vendría a consagrarse el principio de que es posible combatir toda conducta no deseada mediante el castigo de quien es su víctima, desde que siempre la víctima y su situación son condición necesaria de la existencia del delito. Así, castigando a los propietarios de automóviles se eliminarían las circunstancias que promueven el delito del que los roba; castigando a la mujeres más hermosas se eliminaría el factor de tentación a la ejecución de delitos contra el pudor, etc. Este es el riesgo de tipificar un delito por la inclusión en el tipo de la situación misma de daño que la acción ilícita produce, y lleva a la confusión de transformar a la víctima de un hecho ilícito en su coautor. Aducir que el castigo al consumidor permite disminuir la demanda y, en consecuencia, el negocio del traficante, importa tanto como

afirmar que proteger la vida es contribuir a crear las condiciones necesarias para la ejecución de homicidios. Desde otro punto de vista, pensar que el consumidor, al ser calificado como delincuente, estará a disposición de la autoridad para poner en evidencia al proveedor, significa argumentar sobre la base de prácticas de prevención del delito correspondientes a una estructura de hábitos autoritarios que entraña riesgos no menos graves que el propio hecho del consumo de estupefacientes. Tal pensamiento supone olvidar que nuestra Constitución Nacional otorga a todos los habitantes el derecho a no declarar contra sí mismos (art. 18). Afirmar que quien es detenido por tener en su poder, por ejemplo, un cigarrillo de marihuana para su consumo personal, declarará sobre el acto de tráfico del que por consiguiente se hace responsable sólo tiene sentido si se transforma la garantía del art. 18 de la Constitución en un puro verbalismo, y se obedece a una práctica represiva para obtener información que nuestro país intenta desterrar definitivamente, y cuyos efectos perniciosos sobre la sociedad no son menores que los que se pretenden combatir con las providencias contra la drogadicción. La persecución penal o la acción policial sobre las víctimas de conductas ilícitas no puede ser concebida como un medio apto para evitarlas. Es también descartable como fundamental para la incriminación del mero consumo la existencia del llamado "tráfico hormiga", concepto según el cual algunos simples consumidores en realidad esconden un potencial traficante de pequeñas cantidades. Independientemente del hecho de que se carece de datos fácticos para saber qué cantidad de eventuales consumidores o adictos están dispuestos a llevar a cabo, realizan, actos de provisión de droga a título gratuito u oneroso a terceros, y aun suponiendo que esto sea así en muchos casos, se trata de situaciones distintas que no pueden asimilarse desde el punto de vista del reproche penal. Si ciertas formas de consumo personal de drogas resultaran insusceptibles de ser sancionadas en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, no sucedería lo mismo con los actos de provisión de drogas, incluso en pequeñas cantidades, puesto que el límite de aplicación del artículo citado, como ya se dijo, es el de la producción de daños a terceros a la violación de la moral y el orden públicos. Si se considera al consumo que alguien hace de estupefacientes como un daño que se irroga a sí mismo, "es evidente que si los consume en situación que implica incitar a terceros a proveerlos de estupefacientes, estaría produciendo a los terceros el mismo daño que se inflige a sí mismo y su conducta escaparía a la exclusión establecida en el art. 19". Pero, entonces, es la de provisión o incitación a terceros y no el propio consumo lo que produce el daño. Castigar a quien consume en razón de que es un "potencial" traficante equivaldría a castigar, por tenencia, verbigracia, a un coleccionista fanático porque es un potencial ladrón de los objetos de la especie que colecciona. Un consumidor que ejecute actos de "tráfico hormiga", puede ser punible por esto último sin que necesariamente lo sea por el simple consumo. Es obvio, por lo demás, que las sociedades modernas no se inclinan a enfrentar todos los graves problemas que padecen mediante la incriminación de las víctimas de esos mismos problemas. No se podría perseguir el rufianismo, el lenocinio o la trata de blancas. encarcelando a los "clientes". No resulta

atinado creer que los graves problemas sociales que afligen al mundo actual en el campo de la salud pública, de la educación, de las consecuencias de la extrema pobreza, etc., sean solucionables por la vía de la aplicación de penas a las víctimas de tales situaciones, sino por políticas integrales que el Estado debe instrumentar en legislaciones completas, con gran cuidado de la construcción de los tipos penales que en ellas se introduzcan.

19) Que el tercer grupo de argumentos, referentes a la creación de un serio peligro social, descansa fundamentalmente en la idea de que el consumo de drogas constituye en sí mismo un hecho de alta peligrosidad, pues puede conducir a la realización de otros delitos en estado de drogadicción. Ya se ha abundado en estos considerandos acerca del azote de la difusión del consumo de drogas, de modo que una insistencia sobre el punto fatigaría inútilmente. La cuestión no consiste, entonces, en averiguar si el consumo de drogas es una actividad de terribles consecuencias para la salud psicológica y física individual y también para las relaciones de un grupo social, lo cual parece evidente en gran parte de los casos, sino en determinar si es razonable el establecimiento de severas figuras delictivas para cualquier conducta por el solo hecho de la peligrosidad que representa. Así ocurre en el caso de la tenencia de estupefacientes cuando a ella está asociada sólo una peligrosidad potencial, si por la cantidad de que se trate o la circunstancias en las que se los posee surge que están sólo destinados al uso personal. Al respecto, y ante todo, cabe destacar que no existen estudios suficientes que prueben la necesaria vinculación entre el consumo de ciertos estupefacientes en determinadas cantidades y la perpetración de otros delitos, más allá de lo que sucede con otros elementos que actúan sobre la conciencia, sea por ingestión como el alcohol por inhalación, como la nafta; ciertos pegamentos y disolventes de pinturas, o por mera producción de sentimientos, como hechos que causan pánico, angustia u otras disposiciones del ánimo que pueden conducir a la comisión de actos ilícitos. Si estar bajo la influencia de ciertos estupefacientes puede facilitar la producción de infracciones penales, el castigo siempre deberá estar asociado a la concreta realización de éstas y no a la mera situación en que el delito podría cometerse. Muchas de las actividades cotidianas que se realizan en una sociedad moderna, como conducir automóviles, disponer de equipos de transmisión pública, beber alcohol o poseer ciertos conocimientos calificados, podrían ser estimadas como condicionantes de situaciones que facilitan la comisión de ciertos hechos ilícitos; sin embargo, ni sucede ni parece razonable pensar que dichas actividades puedan incriminarse por su sola peligrosidad implícita. Los estudios realizados en otros países, analizados cuidadosamente para la consideración de esta causa, parecen coincidir en que, salvo delitos contra la propiedad realizados en farmacias, droguerías u otros lugares de almacenamiento de psicofármacos, estupefacientes o drogas que se utilizan como materia prima en la producción de medicamentos, perpetrados con el objeto de proveerse de esos elementos, no se puede afirmar hasta el presente que exista una especial vinculación entre actividades delictivas y el uso de algún estupefaciente en particular. Por ejemplo, en los EE. UU. las estadísticas registran una cantidad aproximada de 16.000.000 de consumidores de

cocaína, número que ha aumentado, siguiendo una constante en los últimos 5 años, sin que se registre un incremento proporcional de la criminalidad en particular, con excepción, claro está, de los delitos relacionados al propio tráfico, además de eso, se ha demostrado que ciertos estupefacientes de los más difundidos, tienen efectos aletargantes del sistema nervioso central y, por ende, producen disminución en la actividad muscular y en la locomoción, de manera que quien los utiliza está en peores condiciones para realizar conductas deliberadas que quien no lo hace. No parece razonable pues, fundar la incriminación del consumo de drogas por los efectos potenciales de éstas, que dependen de las situaciones concretas de cada caso, de las cantidades que se incorporen al organismo y del uso que se les asigne. Las drogas más difundidas pueden efectivamente encerrar múltiples riesgos, que van desde la posibilidad de autolesión definitiva -como la relación que se constató en un estudio hecho en Puerto Rico por el Instituto de Investigaciones de Defensa Social de las Naciones Unidas, entre la adicción a las drogas y el aumento de muertes por suicidio y accidente (conf. "investigating drug abuse", Unsdri, p. 35, Roma, 1976) hasta la generación de un peligro potencial de la realización de ciertos delitos por el consumo de tales sustancias. Pero, así como éstas poseen efectos nocivos, también los tienen beneficiosos. Es sabido que las drogas, por ejemplo la morfina, son utilizadas en estado puro con fines medicinales. Actualmente se ha demostrado que la heroína tiene altos efectos provechosos en su utilización medicinal para pacientes de cáncer terminal con una acción mucho más importante que la morfina, en el alivio de dolores en casos críticos, como surge del trabajo titulado "The medical prescription of heroine for terminal cancer patients", publicado en *Lawyers Medical Journal*, noviembre de 1980. Según resulta de tales estudios, la Corte Suprema de los EE. UU. ha restringido la aplicación de la prohibición del uso de la heroína en casos en que se justifique por razones médicas. En un trabajo publicado en el ob. 35, núm. 2, de febrero de 1980, en el *Food-Drug-Cosmetic Law Journal*, con el título "Therapeutic use of marihuana and heroine: the legal framework", se rinde cuenta de los avances científicos que prueban que, por ejemplo, la marihuana es altamente eficaz en el tratamiento de dos enfermedades, además de su ya conocida utilidad como antiemético en los procesos de los tratamientos de quimioterapia contra el cáncer. Estas dos enfermedades son la presión intraocular en los pacientes de glaucoma y la utilización que se hace actualmente de la marihuana como estimulante para el tratamiento de "anorexia nerviosa", lo cual generó su aplicación para el alivio de los espasmos en los pacientes que sufren de esclerosis múltiple, enfermedad esta última que no tiene, por el momento, tratamiento curativo. Estos últimos descubrimientos han llevado a la autorización legal para plantaciones destinadas a investigación y a la reglamentación del uso medicinal de la marihuana. Nadie diría, sin embargo, que en virtud de estas acciones terapéuticas, el Estado deba promover el uso generalizado de estos estupefacientes, como nadie podría sostener ue por los eventuales peligros implicados en su uso puede incriminarse el mismo sin relación a ningún peligro manifiesto y concreto de producción de un daño a terceros.

20) Que se han examinado todos los argumentos esgrimidos para apoyar la incriminación del mero consumo personal de drogas, dentro de los propios límites que ellos reconocen, de lo cual resulta que ninguno de ellos deja de presentar serias falencias, por lo que no alcanzan a convencer, y se desdibujan frente a las tesis actuales con las que el problema se encara en la mayor parte de las legislaciones modernas. Ni siquiera se han rozado, por la sistemática de estos considerandos, problemas que quedan pendientes, por ejemplo el hecho de la escasa capacidad disuasoria de la pena en acciones como el consumo de estupefacientes, para las cuales el hecho mismo de su prohibición puede no sólo ser insuficiente motivador de la abstención, sino funcionar de modo contrario. Así, en sectores de la sociedad donde el problema es especialmente desgarrador, los adolescentes y los jóvenes, éstos pueden agregar al consumo de la droga la atracción de lo prohibido en tanto que tal. No se ha revisado las dificultades para armonizar el castigo como mecanismo, con la posibilidad de estructurar un conjunto racional de medidas y acciones dirigidas a la prevención primaria del consumo de estupefacientes y a la cura, rehabilitación y reinserción social del adicto, teniendo en cuenta que la amenaza de una pena inhibiría al consumidor a hacer público su estado en el intento de recurrir a una cura. Tampoco se ha meditado en las posibilidades de instrumentación del tráfico de drogas como medio de poder, en cuyo caso, las víctimas resultarían, de ser penadas por el consumo, doblemente dañadas. Asimismo, no se ha mencionado la acción que crean los sicotrópicos tales como estimulantes, tranquilizantes, ansiolíticos, etc., algunos de venta sin restricciones y ampliamente difundidos, con los cuales muchas personas se “automedican” para afrontar tensiones laborales, competencias deportivas, exámenes o regímenes para adelgazar. Se trata de aspectos manifiestamente importantes para dudar de la razonabilidad de reproches penales como el que se juzga.

21) Que, en las condiciones expresadas, sólo cabe concluir que la incriminación contenida en el art. 6º de la ley 20.771 adolece, en primer lugar, de serios vicios en su fundamentación y en la evaluación completa del problema sobre el que se quiere actuar en la búsqueda de soluciones, efectos que se pretende ocultar con el fácil recurso de la prohibición penal. En segundo término, tiene la importante falla técnica de constituir un tipo penal, con base en presupuestos sobre la peligrosidad del autor más que por su relación con el daño o peligro concreto que pueda producirse a derechos o bienes de terceros o a las valoraciones, creencias y “standards” éticos compartidos por conjuntos de personas, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica. De los capitales defectos en la construcción del tipo a que se hace referencia podrían resultar situaciones claramente injustas. Por ejemplo, quien fuera sorprendido en posesión de un cigarrillo de marihuana o de una pequeña cantidad de cocaína para su consumo personal por vez primera, aun cuando esto no implica necesariamente una afección en términos médicos, debe ser puesto a disposición del juez para su juzgamiento y es pasible de penas severas que lo estigmatizan para el futuro como delincuente, mientras que quien es ya un adicto y está en contacto en oportunidades indeterminadas con cantidades también indeterminadas de estupefacientes a

los que lo lleva su adicción a consumir, probablemente resultará un individuo al que se recomendará orientación y apoyo médico sólo por no haber sido sorprendido en la tenencia del estupefaciente, aunque la adicción presupone tener múltiples veces la sustancia a su disposición. Esta clase de situaciones, a las que conduce una prohibición como la de que se trata y el examen del contenido y contexto del art. 6º de la ley 20.771, llevan a pensar que ésta no satisface los requisitos generales de nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un delito. Resta ver ahora cuál es la relación que, según las consideraciones que se han desarrollado, por un lado, sobre la disposición del art. 19 de la Constitución y, por el otro, sobre las características del art. 6º de la ley 20.771, existe entre ambos preceptos y si dicha relación permite o no invalidar la norma legal en virtud de la disposición constitucional, y, en caso afirmativo, en qué medida.

22) Que, con arreglo a lo expuesto, puede sintetizarse el eventual conflicto de normas sometido al tribunal afirmando que, por una parte, el art. 19 de nuestra Constitución resulta ser una pieza de esencial importancia en la configuración del sistema de la libertades individuales que caracteriza a nuestro orden jurídico. El, evidentemente, no se limita a la garantía de la privacidad de los individuos -ya establecida en el art. 18 de la Constitución-, sino que consagra, como se ha afirmado antes, lo que Cardozo denominaba “un esquema de ordenada libertad” es decir, el eje sobre el que gira un “sistema” de libertad personal, más allá de la garantía de la mera privacidad. Por otro lado, el art. 6º de la ley 20.771 obedece a un presupuesto dogmático en cuanto a su finalidad, según la cual la punición es un remedio efectivo a la grave cuestión social de las drogas, afirmación ésta que, al no haberse corroborado en los hechos, es escasamente científica y particularmente imprecisa, o tiene la precisión de la palabra poética, que se limita a invocar a su objeto. Como pensamiento, resulta equivalente a un pastel en el cielo que, parafraseando a Aristóteles, ni siquiera es un pastel sabroso. Sobre el particular, ha quedado debidamente puesto de relieve que tal tesis ha sido vigorosamente descartada tanto en los organismos internacionales que se ocupan de la drogadicción, como en la mayor parte de las legislaciones más avanzadas. Además, se explicaron las deficiencias técnicas en la construcción del tipo configurado en tal disposición, en la que se castiga la simple creación eventual de un riesgo, abriendo para el intérprete la posibilidad de que por la mera referencia a discutibles perjuicios potenciales o peligros abstractos se considere procedente la punición, sin ninguna relación directa con daños concretos a terceros o a la comunidad. Un paradigma elocuente de esta posibilidad son los fundamentos del ya citado caso “Colavini” en el que el tribunal sostuvo, por ejemplo, en su consid. 15: “Que desde distinta perspectiva no deben subestimarse los datos de 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 a las que ya se hizo referencia, riesgo éste potencial que refuerza la conclusión del considerando anterior en el sentido de que es lícita toda actividad estatal enderezada a evitarlo”. Fundamentos éstos que traducen la aceptación de un cúmulo de

principios incuestionados pero eficazmente cuestionables. En efecto, además de lo improbable que resulta que las catástrofes aludidas en el considerando transcripto, y en otros del mismo precedente, sean una “derivación” de la tenencia de drogas en proporción relativa al uso personal, antes que de la producción y tráfico de esas mismas drogas; es conveniente hacer una reflexión teórica adicional. Al modo de Sartre, podríamos decir que, para algunos juristas, en especial algunos penalistas, se presenta con tanta fuerza la necesidad de creer que la “realidad” (confirmatoria de sus pronósticos) es algo más que una construcción social que, por lo mismo, aquélla se vuelve consciente como necesidad, y, también por lo mismo, consciente de la imposibilidad de su objeto, que no podrá ser ya “la existencia de una realidad meramente construida”, sino “la necesidad distinta que debe ser instituida”. Obviamente por este carril se llega a establecer una categoría fundamental de lo que se necesita; pero, “lo que se necesita” no podrá satisfacerse porque ha sido incorrectamente formulado. En consecuencia, al no haberse fundado la tipificación del delito en un nexo razonable entre una conducta y el daño que ella provoca, resulta ínsito a tal procedimiento de legislar la falta de distinción entre acciones en general o conductas en particular que ofendan a la moral pública o perjudiquen a un tercero y aquellas que forman parte exclusivamente del campo de lo individual, con lo que se soslaya la restricción a la calificación legal de las conductas de esta segunda clase establecida en el art. 19 de la Constitución, que expresamente obliga a efectuar dicho distingo. De tal suerte, la institución de una pena como la prevista en la disposición legal de que se trata para ser aplicada a la tenencia de estupefacientes para el consumo personal, conminada en función de perjuicios acerca de potenciales daños que podrían ocasionarse de acuerdo a los datos de la común experiencia”, no se compadece con la norma constitucional citada, especialmente cuando el resto de la legislación sobre el particular considera la tenencia de droga como una conducta presupuesta en otras que resultan punibles.

23) Que como se dijo al iniciar estos considerandos, un eventual conflicto entre las dos normas, que por los argumentos explicitados hasta aquí resulta constatado, debe sin embargo, meditarse en el contexto de dos relevantes temas: a) el gravísimo flagelo social aparejado por la difusión de las drogas, y, b) la coyuntura histórica por la que atraviesa nuestro país en el intento de reconstruir sus instituciones democráticas y de consolidar la idea fundacional subyacente a las disposiciones de nuestra Constitución Nacional que llevaron a la creación, en función de su art. 19 y las disposiciones que le son complementarias, de lo que se ha denominado un “sistema de libertad individual”. Sobre el primer punto ha quedado claramente establecido que este tribunal comparte la preocupación manifestada por los otros órganos del Estado -que es la expresión de la misma preocupación que aflige a toda nuestra sociedad- respecto de los ingentes años que genera la actual extensión de la drogadicción, o la importante serie de conductas ilícitas que se despliegan en su marco. Sin embargo, es prudente completar la descripción ya realizada sobre la calamidad de las drogas, con consideraciones que contribuyen a esclarecer los límites que la vigencia

de un sistema de libertad individual establece, respecto de lo que la ley penal puede hacer, tanto en esta materia, cuanto en lo atinente a otros dramas sociales de no menor importancia. Una de ellas es la de que debe poder evaluarse el problema de las drogas sin hacerse cargo necesariamente de todos los prejuicios que existen acerca de ese mismo problema, de modo que se pueda llegar a comprender que el drogadicto es, en general, o al menos a partir de cierta frecuencia en el consumo, un individuo enfermo, con serias dificultades para su desenvolvimiento físico e importantes alteraciones en su integridad psicológica, y que, por tal razón, puede y debe ser atendido como enfermo. Comprender, en consecuencia, que la gravedad del padecimiento aludido estará en relación con la intensidad del grado de adicción al que se haya llegado, puesto que la adicción no es repentina y homogénea sino que resulta de un trayecto paulatino y creciente. Por ello, la presentación de la víctima del recurso a las drogas como un delincuente, en cualquiera de los estados en que éste se encuentre de riesgo para su salud por la naturaleza del consumo al que ha accedido, implica el peligro de obstaculizar por vía de la prohibición el objetivo superior al de la pena, o sea la rehabilitación, cura y reinserción social de la víctima. Esto es así porque no parece dudoso que en algún temprano momento el desarrollo de su enfermedad, el adicto sea absolutamente incapaz de regular su conducta para salir de la espiral diabólica en la que se encuentre. Obviamente, pensar que en esos supuestos puede recurrirse a la pena de prisión como un modo idóneo de presionar la "voluntad" del adicto, no pasa de ser una encantadora, pero tonta fantasía que, entre otras cosas, pierde de vista que la férrea dependencia que se produce entre el adicto y la droga, no es ajena a propuestas sociales que promueven dependencias similares. Las distintas reacciones que el Estado puede tener frente a la cuestión de las drogas deben, pues, hacerse cargo de los diversos grados, etapas y diferentes situaciones que pueden encontrarse en la constatación de la simple tenencia de una cantidad de droga correspondiente al mero consumo personal y que se poseen para tal efecto exclusivo. Otra consideración que cabe tener en cuenta, es el hecho de que el legislador no ha dado aún respuesta eficaz a la cuestión del consumo de droga. Al respecto, sólo ha apelado a su incriminación penal, que basa la protección de la salud pública en una pretendida tipificación de peligro abstracto, bajo el supuesto no demostrado de que la pena acarrearía en situaciones de esta especie, invariablemente un efecto moralizador y disuasivo para el consumidor ocasional, o el que se inicia en la adicción. Tal respuesta, con penas manifiestamente severas, y sin la posibilidad de soluciones alternativas, más que presentarse como un medio de disuasión del simple consumo, efecto ciertamente dudoso de la prohibición, significa el irremediable "etiquetamiento" del consumidor ocasional (y hasta aislado) de la droga, como delincuente, lo que puede conducir a incrementar, contrariamente a lo que se pretende, su "accionar delictivo". Si la tenencia de una cantidad de droga correspondiente a un mero consumo personal, sin circunstancias que pongan en peligro concreto a terceros o que ofendan la moral pública, comporta, la estigmatización definitiva del tenedor como delincuente, más aun cuando tal estigma es impuesto por la misma

comunidad que debería encargarse de proponer medios aptos para el tratamiento de los adictos, el adicto, o incluso el consumidor ocasional, tendrán un antecedente penal que los acompañará en el futuro. De tal manera, se dificultará visiblemente su eventual aspiración a rehabilitarse, obstaculizando sus perspectivas laborales y su reinserción en una realidad por él antes desalmada, a la cual reiterada y compulsivamente buscó en el lugar adonde tardaba, para reemplazarla por el trágico equívoco de la droga. Una de las funciones de la legislación a este respecto debería consistir -y eso no puede lograrse por la vía de la mera incriminación penal- en controlar y prevenir el consumo de drogas sin estigmatizar en forma definitiva al adicto como delincuente y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratado para recuperar su salud del que goza en una sociedad civilizada todo aquél que padece una enfermedad, especialmente cuando ésta se origina en deficiencias estructurales de la propia sociedad. Es imprescindible hacer notar las falencias de nuestro sistema legal, que debería prever respuestas sustitutivas de la punición para el mero consumo personal, como la adopción de medidas más eficaces sobre las actividades del tráfico o sobre sus beneficios económicos, políticas de educación, especialmente dirigidas a la crítica de las propuestas sociales que promueven la dependencia, facultad jurisdiccional para ordenar y supervisar tratamientos, creación de instituciones que se hagan cargo de la rehabilitación del adicto u otras como las que pueden verse reseñadas en el ya mencionado informe de nuestro país ante la Conferencia especializada interamericana sobre narcotráfico.

24) Que la disposición del art. 19 de la Carta Magna traduce el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos, como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio, el incesto, etc. Aquella norma excluye, así, la posibilidad de fundar incursiones de los órganos estatales y en especial a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas, que no difieren esencialmente de la de Eurípides cuando, en "Ifigenia en aulide", afirma: "Está puesto en razón que los griegos manden a los bárbaros".

25) Que esto lleva a la necesidad de una referencia sobre el otro aspecto del contexto general del problema, cual es la importancia crucial de la consagración definitiva de posibilidades reales de libertad individual, para que todos los habitantes de nuestro país estén y se sientan, en condiciones de disfrutar de un marco de libre decisión para proyectar su destino y programar su vida, con el límite de no producir daños a los otros conculcando su idéntico derecho. Nuestro país está resurgiendo de 50 años de vaivenes políticos, durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia en las normas de organización social, que han puesto en serio riesgo la posibilidad de volver a colocarnos como Nación en el marco de los ideales que le dieron fundamento. Esa sucesión de períodos autoritarios se caracterizó por la proliferación de prohibiciones como único recurso para el control de las relaciones sociales: Así, por razones de la misma índole, podían castigarse no sólo la tenencia de una cantidad de droga correspondiente al consumo personal, sino también la circulación

de ciertos libros y publicaciones, el acceso a la exhibición de ciertas vistas cinematográficas, el uso de faldas cortas o pelos largos, y toda una amplia ristra de prohibiciones que determinaron, al cabo, que nadie tuviera muy claro en qué consistía, de existir, el marco de su libertad individual. Deberán buscarse, pues, procedimientos para contener el lacerante fenómeno de la drogadicción sin renunciar, en esta etapa de refundación de la República, a consolidar los principios de nuestra organización social que hacen por sí mismos valioso el intento de conservarla y que permitan en su seno el desarrollo de los individuos con la amplitud y riqueza de sus potencialidades personales. La libertad entraña ella misma peligros. Sólo quien tiene la posibilidad de actuar en sentidos alternativos o planear su vida a través de todas las acciones que no dañen a los demás puede, por tanto, equivocarse, y hasta verse en la necesidad de recomenzar muchas veces. Cuando no se puede actuar sino de una sola forma, tal riesgo queda anulado, pero quedan anuladas también las posibilidades creativas y de decisión sobre su vida personal. “La libertad de acción -específicamente humana- tendría sin duda como premisa, la reducción, la pérdida de normas rígidamente estructuradas que conducen a actuar y reaccionar.... Cada nueva plasticidad del comportamiento hubo de ser pagada con una renuncia a ciertos grados de seguridad” (Konrad Lorenz, “Consideraciones sobre la conducta animal y humana”, p. 214). El daño que puede causar en la sociedad argentina actual todo menoscabo al sistema de libertades individuales no es seguramente un riesgo menor que el planteado por el peligro social de la drogadicción. 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. No menos perentorio y esencial que combatir la proliferación de las drogas -para lo cual se han establecido y deben perfeccionarse múltiples tipos penales- resulta afianzar la concepción ya consagrada en nuestra Carta Magna según la cual el Estado no puede ni debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles del marco de libertad necesario para que ellos los elijan. Los habitantes de la Nación Argentina deberemos comprender y encarnar la idea de que es posible encarar los problemas que se nos presenten, sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual, si queremos prevenir eficazmente el riesgo de echar por tierra a nuestro sistema institucional cada vez que nuestros problemas como sociedad se tornen críticos.

26) Que a esta altura de la reflexión, es necesario poner de manifiesto que el tribunal sabe perfectamente que muchos compatriotas temen, con honestidad, que la plena vigencia de las libertades que nuestra Constitución consagra debilite al cuerpo social, a las instituciones, al Gobierno y, por lo mismo, se configure como una seria amenaza contra la Nación. Esta Corte no participa de dicho temor, ni cree que casos como el “sub judice” justifiquen una represión. Si no se asumen en plenitud, con coraje cívico y profunda convicción, los ideales

de nuestra Carta, ni el consenso, ni el poderío de las fuerzas políticas aunadas ni el logro del progreso económico, podrán salvar a la Patria. La declinación de ese coraje cívico, en especial, en los ciudadanos dirigentes, sería el principio del fin. Esta Corte se encuentra totalmente persuadida de que el pueblo argentino es ya lo bastante maduro para reconocer como propios a dichos ideales y también lo está de que estos ideales son incompatibles con la coerción de las conciencias, que deberán ser libres pues así se ha proclamado y constituido desde las raíces de nuestra libre nacionalidad. Tampoco deja de ver esta Corte la gravedad que tiene la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de cualquier ley (Fallos, t. 300, ps. 241, 1057; t. 302, ps. 457, 484 y 1149 -Rep. LA LEY, T. XLI, A-I, P. 546, sum. 34; Rev. LA LEY, t. 1980-C, p. 506; t. 1981-A, p. 94-, entre muchos otros). Sin embargo -ya lo decía el juez Hughes- además de que sería imposible defender la primacía de la Constitución sin la facultad de invalidar las leyes que se le opongan, el no ejercicio de dicha facultad deberá considerarse como una abdicación indigna. En virtud de tales consideraciones, el tribunal tiene la más alta autoridad para, en defensa de la Constitución, no sólo buscar el derecho aplicable sino también expresarlo.

27) Que por todas las razones expuestas, el art. 6º de la ley 20.771, debe ser invalidado, pues conculca el art. 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.

Por ello, y oído el Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con los alcances indicados, de manera que el expediente deberá volver a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva con arreglo a lo aquí declarado. Enrique S. Petracchi.

Disidencia de los doctores Caballero y Fayt.

1º) Contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, que condenó a Gustavo M. Bazterrica por infracción al art. 6º de la ley 20.771, se dedujo el recurso extraordinario de fs. 112/120, que fue parcialmente concedido por el a quo a fs. 128.

2º) Que la impugnación del procedimiento policial que dio origen a la causa carece de la mínima fundamentación exigible para habilitar la vía intentada.

3º) Que, en cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del referido art. 6º, corresponde remitir a lo expuesto en la disidencia formulada al fallar en la fecha la causa C. 821.XIX, "Capalbo, Alejandro C.", a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad. Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, se declara inadmisibile el recurso respecto del planteo referido en el consid. 2º; y se confirma la sentencia en cuanto rechaza la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771. José S. Caballero. - Carlos S. Fayt.-----

Más sobre Gustavo Bazterrica, [aquí](#).