permitida

Capalbo (1986)

Fallos 308:1468
“Capalbo, Alejandro C.”
29 de agosto de 1986
FALLO DE CORTE SUPREMA
Considerando:
Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas en la fecha al fallar la causa B.85.XX. “Bazterrica, Gustavo M. s/ tenencia de estupefacientes”
Por ello, 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.
Disidencia de los doctores Caballero y Fayt.
1°) Contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, que condenó a Alejandro C. Capalbo a la pena de 1 año de prisión y multa como autor del delito de tenencia de estupefacientes (art. 6°, ley 20.771), la defensa dedujo el recurso extraordinario de fs. 203/207, que fue parcialmente concedido por el a quo a fs. 212.
2°) Que, en la parte en que el recurso fue otorgado, el apelante cuestiona la inclusión de la marihuana dentro de las sustancias incriminadas, y sostiene la inconstitucionalidad del mencionado art. 6°, en tanto al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal vulnera el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.
3°) Que, respecto del primer punto, el recurrente se limita a formular el agravio sin efectuar su desarrollo concreto, como hubiera sido necesario para cumplir con la adecuada fundamentación del recurso, de manera que en este aspecto deberá declararse su improcedencia (Fallos, t. 299, p. 258; t. 300, p. 656; t. 302, ps. 174, y 884 -Rep. LA LEY, t. XLI, J-Z, p. 2705, sum. 27; p. 2792, sum. 790; p. 2709, sum. 56; Rev. LA LEY, t. 1981-A, p. 325-).
4°) Que, para sustentar el segundo 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.
5°) Que, en definitiva, se trata de establecer, de acuerdo a los hechos fijados en las sentencias de primera y segunda instancia, si el art. 19 de la Constitución Nacional tutela como acción privada, exenta de la autoridad de los magistrados, la cometida por un sujeto de 24 años, con causa penal abierta anteriormente por un hecho similar quien, en horas de la noche, circulaba como pasajero de un taxímetro, transportando debajo de su suéter un envoltorio de papel de diario que contenía 54 gramos de hojas secas que, conforme al peritaje realizado, resultaron ser “cannabis sativa” (marihuana).
6°) 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 el resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes. La extensión de esta área de defensa podrá ser más o menos amplia según la importancia asignada al respectivo bien que se pretende proteger; es así como en algunos casos bastará la mera probabilidad -con base en la experiencia- de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte incriminada por la ley penal.
7°) Que, en concordancia con el criterio expuesto, el legislador ha tipificado como delito de peligro abstracto la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal; con ello se ha extendido la protección de determinados bienes a los que se acuerda particular jerarquía. La norma se sustenta, pues, en el juicio de valor efectuado por el órgano constitucionalmente legitimado al efecto, y, desde este punto de vista, resulta en principio irrevisable. Sólo podría ser cuestionada si la presunción de peligro que subyace en dicho juicio resultara absolutamente irrazonable, tarea para la cual corresponde analizar la relación existente entre los bienes protegidos y la conducta incriminada.
8°) Que nadie puede ignorar actualmente los perjudiciales efectos que acarrea el consumo de estupefacientes, ni la enorme difusión que ha alcanzado esa práctica, circunstancias éstas que han sido reconocidas incluso por la comunidad internacional como un mal que afecta a todos los pueblos. Ello es lo que refleja la Convención Unica de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por dec.-ley 7672/63; ley 16.478), en la que los Estados miembros exponen su

preocupación “por la salud física y moral de la humanidad”, y reconocen “que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad”.
9°) Que, en nuestro país, el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto elaborado sobre la materia, y que luego fue aprobado con modificaciones por el Congreso como ley 20.771, atribuyó también un especial alcance a la cuestión, sosteniendo que “el uso indebido de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, desde su simple abuso hasta la destructiva dependencia, constituye un fenómeno de características multifacéticas, erigiéndose en un verdadero flagelo social”, y que las conductas incriminadas resultaban “atentatorias de la seguridad nacional, pues afectan al ser humano provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad”.
10) Que, por su parte, la discusión parlamentaria corroboró aquella concepción del tema, pues en ella se afirmó que “el consumo de estupefacientes se ha difundido por todas las naciones del orbe, especialmente entre los sectores jóvenes de la población, llegando a constituir un verdadero flagelo internacional que afecta a todos los países por igual” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, setiembre 19 de 1974, p. 2862), de manera que el proyecto pretendió impedir “la desmoralización y la destrucción de la juventud argentina, que constituye el futuro de nuestra patria” (ídem, p. 2863). Se consideró, asimismo, que las actividades vinculadas con el tráfico de drogas afectan “la seguridad tanto de las personas como de la misma sociedad” (ídem, p. 2868) y que, en general, los tipos penales en debate estaban “destinados a la protección de la salud pública” (ídem, p. 2869), destacándose ya entonces que “en ciudades como Nueva York o París el problema ha adquirido características de tanta importancia… que está en peligro el futuro de la juventud de esos países y, en consecuencia, el futuro de tales naciones… lo que también va a suceder en la sociedad argentina si no adoptamos a tiempo los remedios necesarios para evitar que también nuestra juventud caiga en las garras de esto que es la destrucción de todo lo que significan los valores morales de la humanidad” (ídem, p. 2872). En el mismo sentido se reconoció que el problema constituía “una seria amenaza para la salud moral, no sólo de nuestro país sino también de muchas naciones de la tierra” (ídem, p. 2875), por lo que resultaba imprescindible “proteger, de manera primordial, la salud de nuestra adolescencia y nuestra juventud, que son las víctimas más frecuentes de la afición por las drogas” (ídem, p. 2877).
11) Que idéntica trascendencia se asignó al tema en la Cámara de Senadores, donde se sostuvo que el proyecto atendía a “un fin eminentemente social: el de proteger a nuestra comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta

contra la salud humana” (Diario de Sesiones, setiembre 26/27 de 1974, p. 2438), porque “el uso de los drogas se multiplica especialmente entre los jóvenes, lo que hace más gravé aún sus efectos, habida cuenta de su considerable proyección futura sobre la salud física y moral de la población” (ídem, p. 2440).
12) Que también este tribunal ha tenido ocasión de valorar la magnitud del problema. En efecto, al decidir el caso que se registra en Fallos, t. 300, p. 254 (Rev. LA LEY; t. 1978-B, p. 448), se destacó “la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempo pretéritos la diezmaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia..., la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización. Que ante un cuadro tal y su consiguiente prospección resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas”. De ahí que se haya 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 antes citados y, 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).
13) Que de los argumentos precedentemente expuestos, cuyos pronósticos han sido confirmados por la realidad, se desprende con nitidez que, si bien en principio parecería que se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda. Este criterio ya ha sido expuesto por el tribunal en el caso de Fallos, t. 292, p. 534 -Rep. LA LEY, t. XXXVI, A-I, p. 171, sum. 306-, donde hizo suyo el dictamen del entonces Procurador General, quien al respecto llegó a sostener: “Me parece claro que si bien los delitos de que se trata afectan, en principio, la salud pública, la trascendencia de tales infracciones bien pudo llevar al legislador nacional, razonablemente en mi opinión, a considerar que las figuras contempladas en la ley 20.771 superan el marco del bien jurídico antes aludido... para atacar también primordialmente a la

seguridad nacional”.
14) Que corresponde ahora analizar la relación que existe entre la tenencia para consumo personal y los bienes jurídicos protegidos por la ley 20.771. En este aspecto es de señalar que quien posee estupefacientes para su consumo representa un peligro potencial para dichos intereses por constituir de ordinario un factor de expansión del mal (confr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados antes citado, p. 2871). Ello puede suceder por actos voluntarios o involuntarios del tenedor. Entre los primeros cobra relevancia la comprobada tendencia del poseedor a compartir el uso -aun mediante captación-, actitud que responde en general a razones de naturaleza psicológica y también de conveniencia, y que de esa manera se facilita el propio abastecimiento; es obvio que esa difusión se desarrolla a partir del presupuesto material de la tenencia. Asimismo, resulta frecuente que quien posee para su consumo sea a la vez un “pasador” por precio, ocasional o habitual, como medio para satisfacer su requerimiento. Y hasta el pequeño distribuidor profesional podría ocultar su condición bajo el disfraz del adicto que tiene para sí. Es de imaginar, por lo demás, la infinita gama de circunstancias en las cuales el poseedor se encuentre en la necesidad de desprenderse de la sustancia, que por lo común irá a engrosar el tráfico ilegítimo. En cuanto a los actos involuntarios, baste pensar en el peligro que crea la mera posibilidad de que el estupefaciente escape, por cualquier motivo ajeno a su voluntad, el ámbito de custodia del tenedor, introduciéndose en la comunidad. Debe valorarse, además, que el simple ejemplo es un modo no desechable de propagación, sobre todo en quienes no han alcanzado la madurez necesaria para vislumbrar el oscuro final del camino que intenten emprender.
15) Que, en virtud de lo expuesto, corresponde concluir que la presunción de peligro en que se asienta la figura descripta por el art. 6° de la ley 20.771 no aparece como irrazonable respecto de los bienes que se pretende proteger. En consecuencia, la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda fuera del ámbito de inmunidad del art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio. Cabe puntualizar aquí que la tenencia es un hecho, una acción; no se sanciona al poseedor por su adicción, sino por lo que hizo, por el peligro potencial que ha creado con la mera tenencia de la sustancia estupefaciente.
16) Que no debe considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental. Los derechos fundamentales a los fines de la intimidad están reconocidos en primer término en el art. 18 de la Constitución Nacional que consagra, al igual que la norteamericana, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados. Sin embargo, el

constituyente incorporó un artículo similar, que carecía de modelo en el texto norteamericano, y que tuvo en cuenta el art. 162 del Proyecto de Constitución Nacional de 1826 mediante el cual, con texto casi idéntico, se procuraba, recogiendo un principio del liberalismo francés, garantizar la libertad de pensamiento, religioso o no, más allá del: “profesar libremente su culto” y del “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” (art. 14). Esta regla resultó valiosa y necesaria para asegurar la libertad de pensamiento en pueblos que habían estado sometidos a las exigencias de la inquisición, facultado para indagar las transgresiones de conciencia a los principios de fe religiosa requeridos por el Estado.

17) Que es indudable que para asegurar esta libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre puede interponer recurso de amparo, que debe ser concedido por el estado liberal. Sin embargo, desde el momento en que los derechos fundamentales -en el sentido actual de la cultura universal- representan facultades que consagran esa dignidad. -según se infiere de los textos constitucionales actuales-, es inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación. En efecto, el constitucionalismo actual propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político con la fuerza de un mandato para el legislador, y referido a la libertad, se reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social. (Título I, art. 10, I, Constitución española de 1978; art. 1° Constitución de la República Federal Alemana).

Se trata de un principio con consecuencias jurídicas directas que se relacionan con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las violaciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traduce en participación, como manifestación positiva de la libertad.

Por ello, pretender que las acciones privadas que están más allá de la libertad de conciencia representan en todos los caos acciones extrañas o inmunes a toda proscripción o regulación estatal, carece de significación si se trata de la propia degradación, con capacidad abstracta de proyectarse. En consecuencia, el legislador es por la Constitución el competente para captar desde la moralidad pública -que es la del hombre medio a quien él representa- cuando las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse amenazando u ofendiendo esa moral pública u otros bienes; y, en ese sentido, valorar las circunstancias significativas de otras de control social que puedan llevarse una

incriminación directa o indirecta. Y es así que parece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior, sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma.
18) Que, en síntesis, queda fuera de toda discusión la existencia de una opinión común en el sentido de que la ley se refiere a un problema temible y desgarrador. No caben dudas de que la existencia misma de la droga pone en peligro bienes jurídicos de naturaleza superior, en tanto ésta es susceptible de ser consumida indiscriminadamente por un número indeterminado de personas. Por ello, la ley 20.771 incrimina todas las acciones, que llevan consigo la creación de este riesgo. Así, por ejemplo, se crea el riesgo mediante la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes, o mediante la producción, fabricación o extracción de estas sustancias, o su introducción en el país en cualquier etapa de su elaboración y, por otra parte, se mantiene el riesgo ya creado por la guarda de semillas, el almacenamiento, transporte, comercio o distribución de estupefacientes y también, en cuanto aquí interesa, con la simple tenencia aunque sea para consumo personal. En otras palabras, la tenencia voluntaria de sustancias estupefacientes, cualquiera sea su finalidad, constituye una manera de mantener el riesgo creado por aquel que las elaboró o introdujo. El legislador, consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de existencia de éstas salvo en los casos en que se las sujeta a control.
Sobre este aspecto corresponde entonces poner nuevamente el acento en que no se pena el consumo como hábito que pueda revelar una personalidad débil o dependiente porque este acto mismo queda reservado a la esfera de intimidad del art. 19 de la Constitución Nacional, ni tampoco se lo pena por la autolesión en que el consumo pueda en definitiva resultar. Las figuras de la ley 20.771 no tutelan la integridad personal, sino la salud pública.
En este sentido, es necesario ratificar lo sostenido por el tribunal en el precedente de Fallos, t. 305, p. 137, que despojado de toda valoración ética o de política criminal, sostuvo que “los motivos en virtud de los cuales entró el procesado en la tenencia de la sustancia, con conocimiento de su naturaleza, carecen de relevancia para resolver la cuestión en examen toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor, y por ello es susceptible de ser castigada”.
Es cierto que pueden propugnarse otras soluciones distintas de la incriminación penal sobre la base de considerar la mayor o menor utilidad desde el punto de vista de la prevención general y especial que pueda revestir la pena para estos hechos, pero ello remite a cuestiones de política criminal que involucran razones de

oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta, no puede llevar a que la Corte tenga que analizar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí.

19) Que, finalmente, también debe rechazarse el argumento del apelante relativo a la necesidad de probar en cada caso que la tenencia trasciende la esfera personal. El tema ya ha sido resuelto por el tribunal al fallar la causa que se registra en Fallos, t. 303, p. 1205 (Rev. LA LEY, t. 1981-D, p. 320) (conf. también Fallos, t. 305, p. 137), donde se sostuvo que una interpretación semejante importaría agregar un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, porque para ella no interesa el hecho concreto de que la posesión trascienda, pues por tratarse de un delito de peligro abstracto basta con la relevante posibilidad de que ello ocurra, con base en la razonable presunción de que la simple tenencia siempre, involucra un riesgo a los bienes tutelados.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, se declara mal concedido el recurso respecto del agravio tratado en el consid. 3°, y se confirma la sentencia en cuanto rechaza la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771. – José S. Caballero. – Carlos S. Fayt.