

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS Y TÉCNICAS RECIENTES.-

LIBERTAD DE ELECCIÓN:

SU LIMITACIÓN AL PODER DEL ESTADO

ASIGNATURA: DERECHO CONSTITUCIONAL

DOCENTE A CARGO: D.r ANDRÉS GIL DOMINGUEZ

D.r JORGE CAÑON

AÑO: 2012

ALUMNOS:

- **GAIA PRACILIO SILVANA ANTONELA**
- **VICENTE LEANDRO EZEQUIEL**

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
<u>CAPITULO I: CONCEPTOS BÁSICOS</u>	
a) DETERMINACIÓN ESTRICTA DEL TEMA A TRATAR.....	6
b) ELEMENTOS BÁSICOS PARA UNA DEFINICIÓN	8
CAPITULO II: ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO	
a) DECISIÓN DE LA PERSONA AL TRATAMIENTO A SEGUIR MAS FAVORABLE A SU SALUD.....	9
b) ACEPTACIÓN DEL MÉDICO AL TRATAMIENTO ELEGIDO POR LA PERSONA.....	11
c) EVOLUCIÓN DE LA INCIDENCIA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN.....	12
d) INFLUENCIA MÉDICA EN LAS DECISIONES DEL LEGISLADOR.....	12
CAPITULO III: CONSIDERACIONES MÉDICAS EN LA INCIDENCIA DEL CONSUMO DE LA MARIHUANA	
a) ASPECTOS POSITIVOS.....	13
b) ASPECTOS NEGATIVOS.....	17
C) TESTIMONIO DEL INSPECTOR NESTOR FONTAN ESPECIALISTA EN TOXICOMANÍA DE GENERAL PICO LA PAMPA.....	18
D) UNA MIRADA DISTINTA: DROGAS SANADORAS INCORPORADAS A MEDICAMENTOS DE USO COTIDIANO.....	20
CAPITULO IV: CUESTIONES ESTADÍSTICAS DE CONSUMO	
a) A NIVEL PROVINCIAL, NACIONAL Y MUNDIAL.....	21
b) FUNDAMENTOS DE LA POBLACIÓN EN CUANTO AL CONSUMO.....	26

C) DEBATE ACERCA DE LA INCIDENCIA DEL CONSUMO PARA PERPETUAR DELITOS.....	26
CAPITULO V: ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y COSTUMBRE	
a) LEGISLATIVO:	
-ÁMBITO PENAL: LEY DE ESTUPEFACIENTES N° 23737.....	28
-DELITOS A LA SALUD PÚBLICA.....	28
-LEGISLACIÓN COMPARADA.....	29
-ÁMBITO CONSTITUCIONAL: DERECHOS DEBATIDOS, POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA:	
ESTADO DE DERECHO ARGENTINO.....	31
• PRINCIPIO DE RESERVA (DERECHO A LA INTIMIDAD): ART 19 C.N.....	32
• DERECHO A LA SALUD.....	34
• DERECHO A LA VIDA Y SU DISPONIBILIDAD.....	34
• DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA..	35
• DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA	36
FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL: CONVENCIONES DE LA ONU:	
-CONVENCIÓN UNICA DEL AÑO 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES.....	37
-CONVENCIÓN SOBRE SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS DEL AÑO 1971.....	37
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS DEL AÑO 1988.....	38
b) DOCTRINAL	
-OPINIÓN DE AUTORES:	
ANGELICA GELLI.....	39

GERMAN J. BIDART CAMPOS.....	39
ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ.....	39
EUGENIO ZAFFARONI.....	40
CARLOS FONTÁN BALESTRA.....	40

C) JURISPRUDENCIA: FALLOS

COLAVINI.....	41
BAZTERRICA, GUSTAVO M.....	41
MONTALVO, ERNESTO.....	42
ARRIOLA,.....	42
CONSIDERACIONES Y EVOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	42

CAPITULO V: DEBATE EN CUANTO A LA LEGISLACIÓN Y LA ACTUALIDAD

A) ACTUALIDAD DEL TEMA EN NUESTRO PAÍS:

- POR GUSTAVO SIERRA UNO DE LOS DIRECTORES DE LA REVISTA THC.....42
- DESPENALIZACIÓN DEL CONSUMO Y DEL AUTOCULTIVO DE LA MARIHUANA (24 DE MAYO DEL 2012).....44

B) CONCLUSIONES SOBRE EL TEMA Y CRITERIO ADOPTADO.....45

C) BIBLIOGRAFÍA.....47

❖ APÉNDICE DOCUMENTAL:

FALLO: BAZTERRICA.....49

FALLO: ARRIOLA.....85

INTRODUCCIÓN:

Antes de ingresar en el análisis pormenorizado y detallado de tan polémico y controvertido tema, como lo es “la legalización de la marihuana con fines medicinales” vamos a ser un énfasis acerca de la visión tridimensional y normológica del mundo jurídico.

Para ello y utilizando como base la teoría de S.R Werner Goldschmidt podemos interpretar que el hombre va realizando en forma cotidiana y continúa un conjunto de actos, acciones y comportamientos. Estos actos voluntarios se traducen, según lo que llama él en “repartos”, consistiendo estos en una adjudicación o distribución, de por un lado, una potencia y por el otro y como contracara de una misma moneda una impotencia, entendiendo por lo primero una conducta que lleva a un beneficio o ventaja y en definitiva un derecho, y lo segundo todo lo contrario, es decir, un acto totalmente desventajoso, viéndolo esto como un deber o una obligación.

Teniendo en cuenta este pensamiento es importante destacar que nuestra Constitución Nacional reconoce y en forma implica en sus artículos 19 y 33 “ el derecho a la libre elección” cumpliendo lo que Goldschmidt clasifica como una conducta de reparto, proporcionándole a todos los hombres una potencia de elegir lo que mas le satisface y le procura una ventaja. Además y en forma correlativa les impone al Estado y a unos de sus elementos más importantes, las personas, la impotencia de impedir el libre ejercicio del derecho a la elección.

Este derecho entendido como el ejercicio de las decisiones libres del sujeto, encuentra su complemento en el derecho de libertad siendo ambos coadyuvantes y esenciales para contribuir en construir en la persona su propia identidad. Pero automáticamente se nos plantea el interrogante de ¿como una persona va a llegar ser lo que quiere ser sino le damos esa posibilidad de poder elegir? Es decir frente a las restricciones y prohibiciones legales esa persona se encuentra restringida de lograr ser lo que eligió libremente ser.

El consumo personal de marihuana es un acto voluntario que no puede ser prohibido, y menos aún ser indiferente para el estado, ni para la sociedad toda, el que uno de sus miembros este privándose de su salud de manera injustificada y con la complicidad de sus miembros.

Por eso cuando el art 19 de nuestra ley suprema consagra:”las acciones privadas de sus miembros que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Entendido esto como el principio de reserva de las acciones privadas no alcanzando a comprender o encerrar por así decirlo el derecho a la libre elección del individuo imponiendo la no intromisión de los magistrados.

Por otro lado el art 33 de la C.N. consagra: los derechos declarados no niegan la existencia de los implícitos y haciendo entender que lo que la constitución “ calla” o “omite” muchas veces es mas importante que lo que enuncia explícitamente, y esta implicitud va a requerir una apertura elástica, flexible y sobre todas las cosas progresiva, compatible con las necesidades actuales de la humanidad.

También por la importancia que revisten no hay que dejar de mencionar a los tratados internacionales que poseen igual jerarquía que la constitución nacional que poseen una importante entidad y que deben ser reconocidos también como derechos implícitos del art 33.

Por eso teniendo en cuenta estas consideraciones básicas y neutrales es importante reflexionar y plantearnos los siguientes interrogantes:

¿Si nuestra constitución consagra en forma implícita nuestro derecho a elección, porque elegir consumir marihuana es un acto prohibido cuando tendría que ser indiferente al estado por ser privado y no afectar al bien común? ¿Por qué tiene que ser considerado un tema tabú reprochable si se tendría que considerar como una alternativa médica? ¿Por qué este acto tiene que ser perseguido judicialmente impidiendo el desarrollo de la libre identidad de la persona? ¿En este caso estaríamos en presencia de un acto encuadrado en las acciones privadas de los hombres? ¿El factor médico puede ser considerado como un poder más de la nación, decisivo y terminante a la hora de legislar? ¿Y como fenómeno de cambio de la normativa vigente? ¿Las consideraciones médicas en la legislación son perjudiciales o apropiadas a la hora de tener en cuenta la convivencia en la sociedad?.....

Estos y muchos interrogantes mas serán resueltos durante el desarrollo del tema a abordar.

Capitulo I: Conceptos básicos.

a) Determinación estricta del tema a tratar.

En este punto de análisis vamos a hacer una breve mención de lo que seria la polémica en torno a la legalización de la marihuana, exponiendo de manera suscita las opiniones que reflejan las posiciones que se encuentran a favor y en contra, que luego durante el desarrollo de nuestro trabajo las iremos desarrollando de una manera mas precisa.

Los que argumentan a favor de la legalización, afirman que esta medida se adoptaría con la pura y exclusiva finalidad de ayudar a los enfermos. También sostienen el uso recreacional, y que al no estar prohibido el consumo se reduciría dramáticamente la violencia producto esta en grandes proporciones por la

prohibición de esta droga. Además argumentan que la marihuana es más segura que el alcohol o los cigarrillos.

Resaltando que la legalización no haría que aumentara el consumo. Las pruebas disponibles no sugieren un gran aumento y que los precios más bajos y la aceptación legal nos conduciría en esa dirección.

Poniendo énfasis en que el estado no tiene que interferir en las actividades privadas, salvo que sea para prevenir que se le cause un daño a otro.

Esta defensa de la legalización tiene a su favor que obligan a los prohibicionistas a admitir que no protegen la libertad individual sino todo lo contrario la restringen, la menoscaban.

Como oposición a estos argumentos, encontramos a quienes están en contra, alegando que estas sustancias narcóticas o estupefacientes de extracción vegetal, continentes de alcaloides tóxicos, producen cambios psicológicos cuya administración por cualquier vía influye en el comportamiento, deprimiendo, estimulando o provocando alteraciones en la percepción, la conciencia del yo y el contenido de las vivencias.

Cuando la persona experimenta la habitualidad del consumo con la impulsión incontenible de continuar administrándosela, haciendo de este consumo imprescindible se lo considera drogadicto.

Se quiere decir con esto que la persona ya adquirido el hábito de la droga, creándose de este modo un estado de dependencia física y psicológica con la consiguiente tensión emocional, torturante que solo puede llegar a aliviar con su administración.

Esta dependencia a las drogas se podría dividir en tres niveles, sociocultural, psicológico y físico, produciendo un verdadero estado de sometimiento en busca de un bienestar general, que una vez pasado su efecto lo volvería a poner en un estado de angustia y lo llevaría a la administración de una nueva dosis, y así sucesivamente, formando de esta manera en un círculo vicioso del que ya no podría escapar más con sus propios medios: angustia-droga-bienestar temporal-angustia.

Pero además no hay que considerar a la persona drogadicta como un ente aislado, que va a realizar una conducta aislada, porque sus actividades están íntimamente relacionadas con las demás personas involucradas en este accionar, como lo son productor, traficante, introductor, exportador. Poniendo en peligro su vida y la de terceros.

Además los daños tóxicos que ocasionan en la salud del consumidor van a contribuir a un factor criminógeno ya que existe una tendencia al aumento a perpetrar delitos provocados por el consumo de estas sustancias revistiendo una peligrosidad delictiva.

La droga es uno de los principales problemas sociales que debe ser atendido por todos los países del mundo, y renunciar a la tipificación penal de peligro abstracto, importaría dejar de lado al derecho penal como factor de suma importancia de ordenamiento social.

b) ELEMENTOS BÁSICOS PARA UNA DEFINICIÓN CONCEPTO DE MARIHUANA

Generalmente se denomina droga a cierta sustancia de naturaleza animal, vegetal o mineral, empleada en la industria, arte o con fines medicamentosos. Pero acá el análisis va a estar enfocado no al género sino a aquellas sustancias narcóticas o estupefacientes de extracción vegetal, continentes de alcaloides tóxicos.

La marihuana es la preparación seca y triturada de flores, hojas y pequeños tallos; generalmente se fuma sola o mezclada con tabaco. Se extrae de las partes más ricas de la planta *cannabis sativa* que una vez prensada se presenta en forma de pastilla para consumir. La principal fuente de la marihuana es la resina de la planta de *cannabis*.

Esta planta de tallo erecto, crece entre uno y dos metros de altura, con hojas palmiformes de 5 a 7 segmentos largos y muy dentadas. Dentro de sus variedades encontramos, plantas femeninas y masculinas y para su cultivo óptimo se necesita un clima cálido y húmedo.

Variedades de cannabis:

Las más comunes son *cannabis sativa* y *cannabis indica*, la primera se caracteriza por poseer hojas delgadas y largas, producen menos clorofila y su tiempo de maduración es mucho más largo que de las indicas, éstas crecen en general más largas que las otras, mientras tanto que las segundas producen más clorofilas y son más frondosas, a su vez más utilizadas para cultivos interiores.

Evolución histórica del surgimiento del consumo de marihuana.

Esta es originaria de Asia Oriental y Central, es por ello la zona donde su consumo es más frecuente y antiguo, introduciéndose masivamente en el mundo Occidental en los años 60, primeramente asociándose a actitudes contestatarias, movimientos contraculturales y pasando después a hacer una droga más de entretenimiento.

Además se ha cultivado por mucho tiempo en Europa y China y actualmente en lugares tropicales y en regiones Sub Árticas, desde hace más de 4500 años para muchos propósitos como fibras, aceite y narcóticos, su uso más antiguo es para alpargatas, sacos y fibras utilizándose luego las semillas para propósitos culinarios. Estas plantas que producían las drogas se descubrieron en India y han sido

cultivados para usos medicinales desde 900 A.C. En la edad media se trajo al norte de África en donde se la utiliza para ser exclusivamente consumida.

El uso de cannabis comenzó a ser penalizado en varios países al comenzar el siglo XX, en 1911 fue prohibido en Sudáfrica, en 1913 en Jamaica (por aquel entonces aun Colonia Inglesa), en 1920 en el Reino Unido y Nueva Zelanda. En 1925 en una conferencia de la Haya sobre la Convención Internacional del Opio se llegó a prohibir su uso y a exigir a los países importadores que emitiesen certificados que aprobasen el ingreso de dichas hierbas solamente para fines médicos o científicos.

Formas de consumo.

La cannabis es utilizada de muchas formas diferentes, la mayoría de las cuales implican la inhalación de humo de tubos pequeños envueltos en papel o el tabaco envuelto en hoja de embota. También se ha utilizado como ingrediente activo en tabletas, extractos, tinturas y medicinas compuestas fabricados y vendidos en los hospitales.

Como otra alternativa al consumo del tabaco el cannabis puede ser consumido por vía oral que según algunos analistas advierten que cuando mayor es la potencia, mayor es el riesgo a la salud. Siendo analizada esta problemática como aspecto negativo en el desarrollo posterior de nuestro informe.

CAPITULO II: ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO.

a) Decisión de la persona al tratamiento a seguir más favorable a su salud.

Cada persona entendida como tal un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, posee dentro de sus derechos la autonomía, lo cual lo habilita decidir si quiere recuperar su salud o no mediante el tratamiento que él decida.

Sin ser redundantes en la explicación creemos conveniente hacer énfasis acerca de los principios involucrados, que son la base de las convicciones valorativas del individuo al momento de discernir el uso de marihuana como una alternativa de cura para su salud, y a la vez son de aplicación en el campo de los derechos humanos y de la bioética médica.

En la ciencia de la medicina el principio biótico de la autonomía del paciente, es entendida como aquel por el cual el hombre tiene que ser respetado en su dignidad y no se le puede imponer tratamientos médicos que el no autoriza. Este derecho radica en elegir dentro de las distintas alternativas terapéuticas que existan en el campo de la medicina la que mejor le perezca.

Junto con este principio, se encuentra el principio de beneficencia, significando esto que la terapia propuesta por los médicos a sus pacientes, implica el bien del paciente, pero esto no significa menoscabar el derecho a elegir otra alternativa.

Pero es importante destacar que el principio de la autonomía es ante el cual tendría que ceder los demás principios, porque la dignidad humana tendría que ocupar un valor supremo en la cúspide axiológica.

El médico dentro de su deber tiene que informarle a su paciente sobre su estado de salud y además las alternativas que posee para su tratamiento, no ejerciendo ni la autoridad, ni el poder sobre su propio paciente, ni incurriendo en dolo o violencia haciendo de esta forma que se convierta en viciada la voluntad del paciente, por lo que sería aplicable todo lo relativo al art 896 y siguientes del Código Civil y concordantes.

Esta manifestación también se puede expresar mediante el rechazo del único tratamiento que se le ofrezca a la persona si no existe otro.

El estado como protector de los derechos fundamentales de las personas no puede entrometerse en la decisión personal y que a una persona se lo prohíba recibir el tratamiento médico contra una enfermedad que quiera tratarse y curarse es totalmente violatorio y atenta contra el derecho a la libertad, a la libre disposición de su vida y al desarrollo de la personalidad.

Cada quien es libre de elegir que enfermedad se quiere tratar y cual es el tratamiento que va a escoger para hacerlo, y no se lo puede obligar a recibir un tratamiento medico que no desea.

-la capacidad del individuo como requisito de su decisión.

Hay que tener en cuenta y hacer principal énfasis en unos de los requisitos fundamentales que tiene este paciente enfermo a la hora de decidir, es su capacidad. Esta puede ser analizada desde dos puntos de vista. Por un lado como aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad de derecho) y, por otra parte, como aptitud del sujeto a ejercer los derechos de los cuales es titular (capacidad de hecho). Así, mismo el Código Civil Argentino prevé incapacidades de hecho absolutas comprendidas en el art. 54 mencionando como tales, a las personas por nacer, a los menores impúberes, a los dementes, y a los sordomudos que no se hacen entender por escrito, e incapacidades de hecho relativas en el 55 que corresponden a los llamados “ menores adultos” quienes no han cumplido la edad de 14 años el código no hace referencia a éste caso en particular en cuánto al consentimiento del tratamiento médico de estos menores razón por la cual debe ser requerido a sus representantes legales. Como también se van a aplicar las reglas del art 57 para los demás casos, son representantes de los

incapaces: 1) De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de estos, los curadores que se les nombre 2) De los menores no emancipados, sus padres o tutores. 3) De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre Serán de aplicación a la capacidad las reglas del código civil, siendo importante fijar los 18 años como la edad que el ser humano adquiere capacidad para elegir por sí mismo el tratamiento médico que mas le parezca para la cura de su salud, siendo esta la edad en que el menor adquiere la mayoría de edad.

En forma complementaria y análoga encontramos la normativa proveniente de la Convención de los derechos del Niño, la cual tiene rango constitucional conforme al art. 75 inc. 22 de la C.N. la que dispone en su art 12: Los estados partes garantizaran al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez de éste.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en concordancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Art 14: Los estados partes respetaran el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Los estados partes respetaran los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

b) Aceptación del médico al tratamiento elegido por la persona.

La relación médico-paciente es punto inicial y angular de la práctica y de la ética médica. Pero muchas veces esta relación tan esquematizada puede sufrir menoscabos a raíz del apartamiento que puede surgir del paciente a las alternativas medicinales que este le ofrece y más aun cuando estas se encuentran en un estado actual tan polémico y aun no legalizada.

El médico tiene el deber de curar, pero su deber ha de ceder ante la negativa del paciente, quien es el único dueño de su propio cuerpo y el único titular de su derecho personalísimo a su salud.

En este orden de ideas entra en tensión los principios de la autonomía y el de beneficencia, que privilegian la elección del enfermo al tratamiento a seguir. Estamos refiriéndonos a un paciente lúcido, es decir, mentalmente capaz, quien comprende su enfermedad y su condición de salud, y su decisión.

c) Evolución de la incidencia médica en la legislación.

El poder médico a lo largo de nuestra historia ha evolucionado a pasos agigantados, pero antes de entrar en el tema que nos ocupa es necesario afirmar que todo lo que sea enfermedad es difícil de definir, es por eso que en estos últimos tiempos y más precisamente en el siglo XX se amplió el poder médico para definir una enfermedad con el poder de definir factor de riesgo y salud, lo que a traído muchas veces que nuestro legisladores cambien sus normas porque este mismo poder se lo ordena.

El factor de riesgo es algo que se asocia estadísticamente con la enfermedad y cuya evitación disminuye la enfermedad pero no la excluye, en muchas ocasiones se ha planteado inclusive en nuestros legisladores, al tener que redactar leyes vinculadas a las cuestiones médicas que se asocia factor de riesgo a causa necesaria y suficiente de enfermar como agentes etiológicos de enfermedad.

Esto ha llevado a que en la actualidad, este poder médico influya no solamente en la vida del paciente, sino que también metiéndose en la cabeza de esta persona que tiene que dirigir y organizar nuestra vida, porque los médicos pueden y tiene la potestad de cambiar el factor del riesgo por enfermedad de transformar episodios en situaciones consideradas normales, esto hace que el tratamiento que recibe el paciente sea más agresivo y se abandonen algunas precauciones básicas en cuanto a efectividad y seguridad.

Hoy en la actualidad el poder médico tiene muchísima influencia no solamente decide el futuro de nuestras vidas, sino que además les ordena a los profesionales encargados de hacer la leyes, es decir legisladores, manejarse de tal manera para lograr salir beneficiados.

d) Influencia médica en la decisiones de los legisladores

Muchas veces el excesivo poder médico a traído consecuencias de la actividad innecesaria del sistema sanitario, pero también a su vez a evitado efectos adversos de dicha actividad, es por eso que la prevención cuaternaria trata de buscar las formas para que no se produzcan excesos en los cuidados médicos.

Esto forma parte de lo que se llama seguridad del paciente que muchas veces se la ve invadida por la decisión que toman los médicos que en muchos casos terminan

con la vida de la persona, por eso la prevención cuaternaria busca la seguridad del paciente.

Esta obliga a resistir ante los consensos, protocolos sin fundamento jurídico de la corporación profesional, lo que obliga a llevar procesos judiciales en lo que el juez tendrá que valorar el incumplimiento de alguna ley poniéndolos en una situación de tironeo por la presión médica.

Un claro ejemplo en el que el poder médico trata de definir una enfermedad y se mete en la cabeza de los legisladores es en la actividad genética preventiva, diagnóstica y terapéutica que llega a ser la piedra de toque para la prevención cuaternaria explicada anteriormente.

También crea un estado de opinión entre la sociedad en la cual ésta quiere saber que pasa y si su vida dependerá de una decisión que por tan apresurada puede cambiar de un momento a otro la situación de las personas. Además conlleva que en la población encontremos: sanos por serlo y por sobre todo por ausencia de contacto con el sistema sanitario, sanos preocupados por los factores de riesgo y por la posibilidad de estar enfermos, sanos estigmatizados que los hace entrar en el círculo sanitario y enfermos reales o imaginarios.

Para lograr una buena prevención hay que tratar de no abusar del poder de definir una enfermedad, factor de riesgo y salud, hay que resistir tanto la presión de la corporación como la de los pacientes, es decir que se le exige al médico el cumplimiento de sus obligaciones.

Los cuidados médicos son muy eficientes cuando son muy necesarios y si son innecesarios son peligrosos. Son innecesarios cuando se define enfermedad y factor de riesgo produciendo más daños que beneficios llevando en la actualidad la gran influencia en el pensamiento de nuestros legisladores.

Capítulo III: Consideraciones médicas en la incidencia del consumo de la marihuana.

a) Aspectos positivos:

Haremos una lista de las distintas enfermedades que la cannabis puede mejorar, para luego referirnos específicamente a cada caso en particular.

Nauseas y vómitos: estudios clínicos han comprobado que los cannabinoides son eficaces en las nauseas y vómitos provocadas por enfermedades tales como sida, hepatitis y embarazo.

Anorexia y caquexia: los derivados del cannabis pueden mejorar el apetito de los enfermos de cáncer, sida, alzhéimer. Se ha observado una estimulación del apetito cuando se a administrado en forma fraccionada una dosis total de 5 mg. L por día. Cuando es necesario la dosis se puede incrementar hasta 20 mg.

Espasticidad: un estudio publicado en la Revista de la Asociación Medica de Canada (CMAJ por sus siglas en inglés) dijo que el uso de canabbis alivia la espasticidad y el dolor a las personas que sufren múltiple esclerosis, aunque advirtió que existen efectos cognitivos adversos, estas conclusiones son extraídas del estudio realizados por investigadores de la Escuela de Medicina de la Universidad de California en San Diego, en donde se centro en 30 pacientes con una edad media de 50 años de los que más de la mitad necesitaban ayuda para caminar y un 20% utilizaban sillas de ruedas y se observó también una mejoría del dolor, la parestesia, los temblores y la ataxia.

Síndrome de Tourette y otras enfermedades del movimiento: el beneficio terapéutico se produce en la disfonía y la disquinesia tardía. El uso de la cannabis para este síndrome se esta empezando a investigar, debido a que algunos pacientes solo muestran una mínima mejoría, mientras que otros consiguen una respuesta mucho mas considerable o el control total de los síntomas.

Dolor: estudios clínicos han demostrado las propiedades analgésicas de los derivados de la cannabis. Entre las posibles indicaciones están el dolor neurológico de la esclerosis múltiple, el originario tras causar daño al plexo branquial en la infección por VIH, la artritis reumatoidea, el cáncer, el dolor de cabeza, la disminorrea, la inflamación crónica instetinal y las neuralgias.

Purito: los cannabinoides, tanto por vía general como por vía tópica en pomada, disminuyen el purito provocado por distintas causas, como el purito severo que ocurre en enfermedades hepáticas.

Glaucoma: el cannabis reduce la presión increocular. En los siguientes años se han realizado una gran cantidad de estudios con cannabis y distintos cannabinoides naturales y sintéticos en pacientes con glaucoma, observándose que el cannabis descende la presión intraocular en un rango de 25-30%, llegando ocasionalmente hasta un 50%.

Epilepsia: según unos pocos casos recogidos a lo largo del siglo 20, mediante el uso del cannabis alguno epiléptico han sido capaces de controlar totalmente los síntomas.

Asma: los experimentos sobre efectos anti-asmáticos del cannabis datan de estudios rigurosos. Los efectos de un cigarrillo de cannabis (2% de THC) o de THC oral (15 mg) respectivamente, corresponden aproximadamente con el beneficio que se obtiene con la dosis terapéutica de un broncodilatador habitual (salbutamol, isoprenalina).Debido a que la inhalación de la cannabis puede irritar la superficie de las mucosas, deberían desarrollarse otras alternativas de administración sistemática junto a la vía oral.

Dependencia y síndrome de abstinencia: el cannabis es un buen remedio para combatir el síndrome de abstinencia causado por la dependencia a benzodiacepinas, opiáceos y alcohol. Los beneficios pueden ser útiles en la reducción de los síntomas físicos como del estrés que produce el abandono de estas sustancias.

Síntomas psiquiátricos: se ha observado una mejoría en el humor en la depresión reactiva y beneficios en otras enfermedades o síntomas psíquicos, como trastorno del sueño, ansiedad, enfermedad bipolar, stress postraumático psicosis esquizofrénica y distimia.

Hiperactividad/ TDAH: el cannabis puede ser beneficioso en enfermos que padezcan TDAH (trastorno por déficit de atención con hiperactividad)

Enfermedades de Alzheimer: el consumo de cannabis no solo incrementa el apetito, sino que reduce las alteraciones del comportamiento y la agitación.

Dolor producto del cáncer: según un tratamiento medico los pacientes con cáncer avanzado en tratamiento para el dolor con opiáceos pueden beneficiarse con una terapia adicional con cannabis. Este es el resultado obtenido de un estudio clínico con 360 pacientes a los que se les añadió al tratamiento con opiáceos el extracto de cannabis Sativex o unplacebo durante 5 semanas. Los investigadores evaluaron la eficacia analgésica y la seguridad de dicho extracto.

Por otro lado otro estudio realizado por un grupo científico de canadienses de la Universidad de Alberta, en Canadá, demuestra que la principal sustancia psicoactiva de la marihuana, devuelve a los enfermos de cáncer la posibilidad de disfrutar del sabor de la comida. Esto como resultado de un estudio en el cual reunieron a un grupo de 21 pacientes voluntarios que han pasado por un tratamiento de quimioterapia. El grupo fue dividido en dos partes: unos tomaban placebo , mientras que los otros recibían tetrahidrocannabinol en cápsulas.

Al final de experimento, que duró 18 días, los pacientes rellenaron un formulario con diferentes preguntas sobre su capacidad para saborear la comida y disfrutar de ella. Los resultados mostraban que el 73% de los voluntarios que tomaron tetrahidrocannabinol empezaron a disfrutar más a la hora de consumir diferentes alimentos. Sólo el 30% de los que tomaban placebo afirmaron que habían experimentado el mismo efecto. Cabe mencionar que los pacientes del primer grupo también habían logrado normalizar el sueño y señalaron que empezaban a relajarse más rápido y con mayor facilidad. La investigadora jefe, la profesora Wendy Wismer, señaló que muchos enfermos de cáncer comen menos porque les parece que la comida tiene un sabor o un olor desagradable. La especialista opina que los médicos deberían estudiar la posibilidad de aplicar tetrahidrocannabinol en el tratamiento de las alteraciones del sabor en los pacientes de cáncer.

Menor riesgo de diabetes: se ha confirmado por estudios de la Universidad de los Ángeles, una menor prevalencia de diabetes tipo 2 entre los consumidores de cannabis.

El estudio examinó datos de 10.896 adultos participantes en el Estado de Salud Nacional y Examen Nutricional liderados por CDC de los EE.UU. Los participantes fueron divididos en 4 grupos, lo de los no usuarios de cannabis: un 60,0%, los usuarios de cannabis últimamente: 30,7%, moderado (1-4 veces /mes). 5,0% y el intensivo (mas de 5 veces al mes): 3.3%.Indicando esto que los consumidores de cannabis mostraron una menor prevalencia de diabetes frente a los no usuarios.

Enfermedades autoinmunes, inflamatorias y alérgicas: el cannabis puede actuar como analgésicos y como un demostrado efecto anti-inflamatorio, en una serie de síndromes dolorosos producto de procesos inflamatorios como por ejemplo artritis y colitis ulcerosa. Además hay algunos casos registrados de beneficio en pacientes con diversos trastornos alérgicos que se han automedicado con cannabis.

Miscelánea, síndromes mixtos: hay recogido una serie de casos de buenos resultados obtenidos en situaciones médicas de difícil clasificación, como hipo, la hipertensión arterial, el tinnitus, la enfermedad de Huntington, el Parkinson y el síndrome de fatiga crónica.

Hay mucha diferencia en el conocimiento del uso medico de la cannabis y los cannabinoides según las distintas patologías.

Mientras que para el tratamiento de nauseas y vómitos asociados a la quimioterapia contra el cáncer, anorexia y caquexia en el VIH/sida crónico, en especial el dolor de origen neurológico, esplasticidad en la esclerosis múltiple y lesiones medulares, hay

gran cantidad de evidencia y datos del beneficio como medicamento, mientras que para otras enfermedades como la epilepsia, puritos y depresión hay menos datos disponibles.

La mayoría de los datos expuestos, fueron extraídos como resultados obtenidos en pacientes que utilizaban los productos de la planta de cannabis “en bruto” (cannabis fumada o extracto de cannabis).

b) Aspectos Negativos:

El consumo de marihuana esta relacionado con el consumo crónico y genera peligros para la salud, interfiere con el aprendizaje, la capacidad de concentración y el rendimiento escolar y laboral.

Uno de los efectos mas común es la aparición de la crisis de la ansiedad aguda o crisis de pánico o a veces una sensación de volverse loco, muchos consideran que el consumo prolongado puede disminuir la iniciativa personal y afectar el rendimiento en el trabajo, se presenta la aparición de la apatía lo que genera relajación en el estilo de vida y los estudios

Efectos en los pulmones: las personas que fuman marihuana pueden tener los mismos problemas que los fumadores de tabaco, estas personas pueden tener flemas a diario, síntomas de bronquitis crónica y mayor frecuencia de catarros, además puede llevar al funcionamiento anormal del tejido pulmonar debido a su destrucción.

Efectos en la frecuencia cardíaca y la tensión arterial: La frecuencia normal en reposo oscila entre 50 y 100 latidos por minuto , produciendo el consumo aumenta la frecuencia cardíaca lo que lleva a que el sujeto aumente el ritmo cardíaco y si luego realiza cierta actividad física puede aumentar mucho el riesgo de sobrecarga del sistema cardiovascular.

Efectos en el aprendizaje y la conducta social: se ha demostrado mediante estudios que habilidades críticas relacionadas con la atención, la memoria y el aprendizaje se encuentran alteradas aún después de cesar su consumo durante 24 horas, esta produce una alteración en la actividad cerebral.

También generan mayor frecuencia de comportamientos anormales, mayor comportamiento delincuente y agresor, mayor rebeldía, relaciones más difíciles con sus padres y también más propensión al enojo y comportamiento regresivo.

Efectos en el embarazo: el consumo de estas sustancias pueden interferir en una nutrición y descansos adecuados pudiendo afectar al buen funcionamiento del sistema inmunológico, produciendo que las madres que consumen marihuana tengan bebés más pequeños que aquellas que no consumen.

Esta sustancia psicoactiva genera una alteración del correcto funcionamiento del cerebro produce el síndrome amotivacional mediante el cual una persona presenta un cuadro de pasividad, apatía. Desinterés, fatiga etc.

Desde un punto social el consumo produce discriminación por que el sujeto se siente aislado del estereotipo social aceptado, incluso en grado superior que aquellas personas que consumen tabaco, alcohol, y otros tipos de sustancias. Se observa ruptura familiar que puede provenir entre otras causales, de mayor agresividad del sujeto producto de la exclusión, o menor rendimiento en los estudios.

Testimonio del Comisario Inspector Nestor Fontan, quien posee una experiencia de 15 años en la división de toxicomanía de General Pico, La Pampa.

De dicha entrevista recogimos los siguientes datos, producto de diferentes allanamientos de estupeficientes, donde se observó que una persona fundamentó que consumía drogas por su problema de asma, haciendo de esta forma algo mas habitual de lo que uno imagina y en cierta forma sustentando los aspectos positivos del consumo.

En cuanto a la problemática, cuestión de nuestro trabajo, encontramos, por un lado, la facultad del Juez Federal que da la orden al drogadicto, quien es considerado una persona enferma a iniciar un tratamiento de rehabilitación. Según el art 18 de la ley 23737 el juez esta facultado con el consentimiento del procesado a aplicarle un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación suspendiéndose el trámite del sumario. Acreditado su resultado satisfactorio se dictará sobreseimiento definitivo. Transcurridos 2 años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado, no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanuda el trámite de la causa y, en su caso podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad. Según el entrevistado, al despenalizarse el consumo se perderá en forma definitiva, la potestad del juez de tomar estas medidas, también se verá frustrada la posibilidad que muy frecuentemente se ve de los padres de acudir a la dependencia policial para que se le realice un seguimiento de sus hijos menores de edad y el juez le imponga una rehabilitación. El drogadicto es considerado una persona que afecta

la convivencia del núcleo familiar debido en muchos casos que el consumo altera su ánimo tornándolo mas violento. Los adictos son fieles a la compra es decir clientes seguros, donde el precio de la droga se maneja de acuerdo a los parámetros del mercado, es decir de acuerdo a la oferta y la demanda, por lo cual cuanto mas se consume mas cara es y es una sustancia que no esta sujeta al proceso inflacionario del mercado. Por lo general el narcotraficante no consume drogas porque tiene el ánimo de lucro.

La edad inicial de consumo en la mayoría de los casos se ve en menores de 11 años, sin distinción de sexo, tantos hombres y mujeres por igual, donde cumpliendo la policía con su procedimiento policial se localiza a los padres y se les comunica la situación de demora de sus hijos y los hechos. La mayoría de los padres se hace cargo de la situación de los hijos y manifiesta conocerla, mientras que otros tanto no ofrecen preocupación alguna, manifestando que ya no saben que hacer con sus hijos porque es un tema habitual para ellos.

En muchos casos se ve como los padres utilizan a sus hijos menores para involucrarlos en este delito como es esconder bajo su ropa o incluso en sus pañales drogas.

Se observa un incremento de la peligrosidad e incremento de la fuerza habitual de la persona consumidora.

Las drogas mas consumidas en la provincia de La Pampa son cocaína, marihuana y LCD ésta caracterizada por ser un alucinógeno que produce que la persona que consume, tenga que estar custodiada por otra persona debido a que ésta produce alucinaciones y el consumidor experimenta una situación produciéndole una distorsión en la función de los sentido de querer ver por los oídos o querer escuchar por los ojos, etc. Ésta se caracteriza por ser en la actualidad una de las drogas mas caras.

Al despenalizarse el consumo se daría una situación en que el Estado no se encontraría en condiciones de garantizar la salud de toda la población enferma de adicciones, como también es importante destacar y preguntarnos ¿se va a despenalizar para todos o solo para los enfermos? En caso de que suceda esta situación se verá un punto más favorable que es una reducción importante de causas, y a una mayor avocación de los Jueces a causas relacionadas con otros delitos penales que son mas severos.

Es mas frecuente que se encuentren en poder del consumidor droga ya procesada en un proceso de fabricación que plantas de marihuana. Una planta de marihuana

puede producir una cantidad de droga que es la que va a llegar al comercio lista para consumir. Se determinó que una planta de 2 o 3 metros de altura puede causar efectos medidos en dosis umbral entendido esto por la potencia que tiene la planta para causar efecto en una persona de 60 kilos. En Santa Rosa no se observa tanto el consumo de paco porque esta es una droga propia de los lugares en donde se encuentran ubicadas las cocinas, en Rio Cuarto y en Buenos Aires es donde más cocinas hay y por ende más paco.

Se observa como los traficantes a la hora de comercializar eligen la cocaína porque es más cara y tienen mayor rentabilidad.

D) Una mirada distinta: drogas sanadoras incorporadas a medicamentos de uso cotidiano

Se ha avanzado sobre la comercialización de medicamentos derivados del cannabis, provocando esto que surjan diferentes compuestos que contienen esta sustancia, entre ellos podemos citar:

- Pastillas de marihuana: en Europa salió al mercado un comprimido a base de marihuana que serviría para curar enfermedades derivadas del párkinson y migrañas.
- Píldora de LSD para combatir la migraña: en Estados Unidos, la universidad de Harvard y el Hospital Mclean, han afirmado que durante las últimas cuatro décadas se ha relacionado este medicamento como peligroso, sin embargo estudios científicos demuestran que esta sustancia contribuye a producir beneficios en la medicina. Hoy en día es un medicamento en etapa de prueba que sirve para combatir dolores de cabeza. Para eliminar todas las dudas acerca de su peligrosidad los pacientes que sufren de este tipo de patología optaron este tipo de solución para combatir su malestar general.

De más esta decir que ya en algunos estados del mundo, ésta ya ha sido utilizada para fines médicos, tratando de combatir el dolor crónico, náuseas, pérdida de apetito provocada por el cáncer y el VIH. Esto nos demuestra que cada vez estamos más cerca de su legalización para el consumo.

Actualmente se utilizan sustancias derivadas de estupefacientes como sedantes, tranquilizantes, antidepresoras, estimulantes, alucinógenos o psicodélicas, sicotrópicos, y barbitúricos.

No hay que dejar de mencionar en este trabajo una droga que tiene una trascendencia fundamental y que esta perfectamente autorizada, estamos hablando

de la morfina, la cual es utilizada en diversas enfermedades como medicamento o paliativo.

CAPITULO IV: Cuestiones estadísticas de consumo

- a) **A nivel provincial:** datos del consumo de marihuana en la Provincia de la Pampa

El SEDRONA, siglas que se refieren a la Secretaria de prevención de la Drogadicción y la lucha contra el narcotráfico , a través de su Observatorio Argentino de Drogas (OAD) realiza cada dos años, desde el año 2003, el Estado Nacional sobre la relación entre el usos indebido de drogas y la consulta de emergencia. El objetivo principal era evaluar la relación entre la consulta de emergencia de los hospitales públicos y el consumo de sustancias psicoactivas, estableciendo comparación con los estudios de los años 2003,2005 y 2007.Esta investigación consiste en la aplicación del cuestionario estandarizado del Sistema Interamericano de Datos uniformes sobre el consumo de drogas (SIDUC) en los hospitales públicos de las ciudades capitales del país.

Para este estudio se van seleccionando hospitales públicos, en este caso específico se realizó en nuestra ciudad, en el Establecimiento Asistencial Dr. Lucio Molas, debido a la mayor cantidad de consultas por guardia a diferencia con el resto de la capital provincial.

Se relevan todos los pacientes mayores de 12 años, que concurren y son asistidos en la sala de urgencia del hospital, durante una semana, exceptuándose las consultas obstétricas.

El siguiente cuadro va a representar los resultados de estos estudios.

Porcentaje de consultas relacionadas al consumo de sustancias. Hospital Dr. Lucio Molas, años 2003, 2005 y 2007.

Año:

2003----- 4,6%

2005-----6,6%

2007-----7,4%

Esto indica como se fue incrementando con los años las consultas relacionadas con el consumo de drogas.

Porcentaje de consultas relacionadas al consumo de sustancias, según sexo. Hospital de la Provincia de La Pampa. 2005 - 2007.

Año	Varones	Mujeres
2005	8,3%	4,3%
2007	8,9%	5,3%

Los porcentajes mayores de consultas, se observa en varones.

Porcentaje de pacientes según motivo de ingreso a la guardia. Hospital de la Provincia de La Pampa. 2005 – 2007

<u>Concepto</u>	<u>2005</u>	<u>2007</u>
Motivo médico general	55,55%	67,8%
Síndrome de abstinencia	0%	0,4%
Sobredosis	0,6%	1,5%
Intento de suicidio	3,4%	1,5%
Situación de violencia	3,4%	1,15
Accidente común o casero	12%	7,4%
Accidente de trabajo	11,4%	9,6%
Accidente de tránsito	13,7%	8,5%
Desconocido	0%	2,6%

- ✓ El 55,5% de los pacientes ingresaron a la sala de emergencia por motivos médicos generales (enfermedades en general), en el año 2005, este porcentaje fue del 67% en el año 2007. Un 37,1% lo hizo por accidentes (de tránsito, de trabajo o común o casero), en 2005, mientras que este porcentaje fue del 25,5 en 2007. Por su parte un 3,4% de los pacientes atendidos en las salas de emergencia del hospital ingresaron por motivos relacionados a situaciones de violencia en 2005, este porcentaje fue del 1,1% en 2007. En lo que respecta a intentos de suicidio fue del 3,4 en 2005 y 1,9 en 2007. Por sobredosis aumentó de 0,6 en 2005 a 1,6 en 2007.

Porcentaje de pacientes con consumo de sustancias psicoactivas en las últimas 6 horas anteriores al ingreso. Hospital de la Provincia de La Pampa. 2005 - 2007.

<u>Sustancia</u>	<u>2005</u>	<u>2007</u>
Alcohol	12,5%	24,9%
Marihuana	1,8%	1,9%
Cocaína	2,2%	0,7%
Psicofármacos	6,3%	9,7%

(Sin prescripción)

- ✓ También es importante destacar que el estudio arroja que el mayor número de consultas se observan los fines de semana.

Cuestiones de estadísticas a nivel Nacional

Situación del narcotráfico en la Argentina:

Antes de entrar en el análisis meramente estadístico, creemos conveniente determinar cual es el encuadre en que se encuentra inmiscuido esta situación,

diremos que hay que tener en cuenta el lugar que ocupa en el plano regional nuestro país, ya que el contacto con países vecinos define las formas y usos que adquiere el tráfico de estupefacientes en el territorio nacional. Por eso se va a tener en cuenta que, desde una dimensión regional, la cannabis corresponde a la mayor extensiones de cultivo en la región. Y desde una dimensión local y teniendo en cuenta las vías de tránsito, este se encuentra definido por dos áreas sensibles y permeables: el noroeste en el caso de la cocaína y el Noreste en el caso de la cannabis. Desde esos puntos de entrada, las sustancias se dirigen a los polos urbanos buscando la salida al exterior por Buenos Aires o por la frontera de Mendoza con Chile.

Pasaremos ahora a referirnos a esas cifras que corresponden al consumo de marihuana y a su diferencia al consumo de otras drogas en nuestro país, a su vez se describirá la diferencia de sexo en el consumo.

<i>Sustancias psicoactivas</i>	Sexo		Total
	Varones	Mujeres	%
Tabaco	43.3	43.0	43.1
Alcohol	63.1	58.5	60.6
Tranquilizantes sin prescripción	5.6	5.7	5.6
Estimulantes sin prescripción	4.3	3.1	3.6
Solventes e Inhalables	5.2	3.3	4.2
Marihuana	11.1	6.7	8.7
Pasta base	3.4	1.8	2.5
Cocaína	4.5	2.5	3.4
Heroína	1.3	.3	.8

Opio	1.1	.3	.7
Morfina	1.3	.5	.9
Alucinógenos	1.5	.5	.9
Hashis	1.1	.3	.7
Crack	1.3	.3	.8
Éxtasis	1.6	.7	1.1

Cuestiones de estadísticas a nivel Mundial:

El consumo Mundial de drogas se incrementó en un 8% en un solo año, existen unos 200 millones de droga dependientes entre 15 y 64 años en los cuales consumen drogas como cocaína y heroína.

La Argentina registra la prevalencia anual de abuso de consumo de cocaína en un 1,9% en la población entre 15 y 64 años de América del Sur, detrás le siguen Chile y Colombia. En la tabla que mide el consumo de Marihuana tema que nos convoca ocupa el tercer lugar detrás de Chile y Colombia con un 3,7%.

Al igual que el consumo, la producción de marihuana tiene un gran auge con un crecimiento del 25% lo que significa un total de producción de 42000 toneladas, mientras que se fabricaron unas 7 mil toneladas de resina de cannabis, con lo cual esta droga se convierte con diferencia en la más producida y consumida del mundo lo que indica que el mercado mundial sigue progresando y continuará con su expansión. Esto tiene una importante magnitud económica porque genera un negocio de 12.800 millones de dólares en la producción comparándolo con el mercado mundial de la carne que es la mitad del de drogas con unos 52 millones de dólares.

El principal de consumo es el de cannabis indio (del cual derivan la marihuana y el hachís), usado por 161,9 millones de personas, mientras que el 26,2 millones toman anfetaminas, 13,7 millones cocaína, 10,6 millones heroína, 8 millones el éxtasis y 5,3 millones otras drogas derivadas del opio.

De los 200 millones de consumidores entre 15 y 64 años que mencionamos al comenzar el desarrollo del tema, 110 millones consumen drogas una vez al mes y unos 22 millones de forma diaria, el resto la probó alguna droga al menos una vez al año, encontrándose la mayoría de los consumidores en Norteamérica y Europa aunque aumenta el número de usuarios en los países Asiáticos y Sudamericanos donde pasa la droga o se producen estupefacientes

Según un informe de la O.NU un cuatro por ciento de la población Mundial consume cannabis, frente al 30 por ciento que fuma y un 50 por ciento que toma alcohol.

B) Fundamentos de la población en cuanto al consumo.

Los fundamentos corresponden a diferentes valores y responden a distintas lógicas por parte de los sujetos consumidores, lógicas que intentaremos desentrañar, entre las cuales podemos citar:

- Tener valor a la hora de integrarse socialmente, principalmente en aquellas personas que presentan características de timidez.
- Para tener valor para perpetuar delitos (este punto fue desarrollado anteriormente).
- Para poder provocarse un cambio emocional y principalmente en aquellas personas que poseen una patología depresiva.
- Para desinhibir a la persona frente a distintas situaciones de la vida real.
- Para identificarse a un determinado grupo social, generalmente de jóvenes que consumen de manera habitual y excluyen a todo aquel que no tiene este comportamiento.
- Etc.

C) Debate acerca de la incidencia del consumo para perpetuar delitos.

El objetivo principal en este punto de análisis es medir y determinar el punto de contacto entre el consumo de marihuana y la comisión de delitos, que de hecho es muy compleja.

Ambos fenómenos conceptuales deben ser analizados desde un marco social amplio, involucrando los cambios en la estructura social, económica y cultural en el cual se encuentra inmerso. Para ello tendremos en cuenta los aportes conceptuales

que es consecuencia de un estudio realizado con personas privadas de su libertad, quienes a partir de un cuestionario estructurado, declararon sobre sus trayectorias personales, sobre el entorno en el cual crecieron, las condiciones de inserción en la actividad económica en la cual vivieron antes de ir a prisión, y sobre el consumo de sustancias y su vivencia personal en la incidencia en la comisión de delitos. De los datos extraídos se puede afirmar, que la edad en que se cometió el primer delito coincide con las edades de inicio en el consumo de alcohol, tabaco y lo que acá nos interesa, la marihuana. Entre los encuestados hay quienes declaran que el consumo fue para “tener valor para cometer delitos”. Esta respuesta afirmaría la posición del enfoque “toxicológico”, el cual considera que la intoxicación se produce para cometer delitos .Y a la inversa desde el enfoque “económico-compulsivo”, según el cual se cometen delitos para conseguir recursos para comprar drogas.

Los estudios cualitativos anteriores demuestran que esta relación estaría dada en la mayor medida debida a distintos factores como la marginalidad, vulnerabilidad, pérdida de relaciones sociales y incluyendo también todas las necesidades básicas sin distinción, entre ellas comida, vestimenta, etc.

Desde un encuadre jurídico esta relación se encuentra tipificada en el artículo 13 de la ley 23.737, que expresa que si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista para el mismo se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo. No pudiendo exceder de máximo legal de la especie de pena que se trate.

La agravante resulta francamente razonable, teniendo en cuenta el aumento de la peligrosidad delictual en estos casos y como corolario de la frecuencia con que se ven delitos gravísimos perpetuados por personas que se hallan bajo los efectos del consumo de estupefacientes. Sin embargo la droga puede emplearse también sobre la víctima para disminuir o vencer su resistencia.

Por otro lado el artículo 78 del Código Penal reza que, queda comprendido en el concepto de “violencia”, el uso de medios hipnóticos o narcóticos. La interpretación se hace teniendo en cuenta que si se emplean estos medios narcóticos para perpetuar delitos tales como por ejemplo abusos sexuales, robo, usurpación etc., la pena se va a incrementar.

CAPITULO V: Aspectos de la Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y costumbre.

a) Ámbito penal: Ley de estupefacientes N° 23737

Por razones de restricciones reglamentarias de extensión de nuestro trabajo, creemos conveniente no redactar en forma literal esta ley de estupefacientes, pero creemos conveniente hacer una breve mención de las situaciones que caben dentro del encuadre jurídico de dicha ley, entre las que encontramos: la penalización para el cultivo, la tenencia y la comercialización.

b) Delitos contra la salud pública.

El bien jurídico protegido es la salud pública, lo que se quiere en este sentido es castigar todas las conductas que están relacionadas con los estupefacientes, evitando de esta forma los circuitos del consumo de sustancias ostente contra la salud de los potenciales consumidores.

Existen diferentes opiniones médicas que destacan que no producen los mismos efectos en la salud, el consumo continuado de cocaína, que el consumo continuado de marihuana, entonces desde el punto de vista de la salud es evidente que hay sustancias que causan un grave daño o un daño mayor a la salud que otras. Aquí se podría tener en cuenta los aspectos positivos del consumo de marihuana y el principio biótico de la autonomía el cual tienen en cuenta que la persona actúa intencionalmente, con conocimiento, y sin elementos de control externo como por ejemplo manipulación.

Teniendo en cuenta la perspectiva de que la salud pública es un bien privado y si una persona puede fumar, puede consumir bebidas alcohólicas ¿porqué no va a poder consumir otro tipo de sustancias, porque esa diferencia? Si se sabe que el alcohol o el tabaco son gravemente tóxicas, se permiten y estas no.

Lo que se quiere dejar claro acá, es que cada cual es dueño de su salud, y mas aun se tendría que tener en cuenta y respetar la elección de la persona del consumo de marihuana para tratarse de un problema de su salud, evitando entre otros, un excesivo costo al Estado a través de la sanidad pública en el tratamiento de enfermedades determinadas. Lo que sucede cuando se quiere tratar a personas con graves problemas derivadas del consumo de tabaco o del alcohol.

Otra problemática que creemos conveniente analizar es que nuestra normativa tiene como consecuencia desfavorable la expulsión a los usuarios del sistema de salud porque se los considera criminales y obliga a los médicos a hacer la denuncia,

ocurriendo una situación que nos parece del todo extremista como lo es que una persona valla a un hospital buscando salud termine en una comisaria y con una causa judicial.

Legislación Comparada

La legalidad del cannabis referida al uso de esta como droga ha sido objeto de debate y controversias desde hace décadas en la mayoría de los países del mundo, que tienen leyes concernientes al cultivo, posesión, venta y consumo del cannabis. Los productos no-psicoactivos (fibra y semilla) son legales en muchos países en dónde las autoridades pueden dar licencia para su cultivo. El fracaso de las políticas prohibicionista y policiales frente al tráfico de drogas ha hecho que muchos países hayan cambiado sus sistemas de regulación.

La marihuana ha sido criminalizada en casi todo el mundo a comienzos del siglo XX, en Gran Bretaña el cannabis fue calificado de ilegal en 1928 tras adherirse a la Convención del Opio celebrada en Ginebra (Suiza) en 1925, en Estados Unidos se crearon leyes para penalizar el transporte, posesión y consumo de marihuana, estas leyes apuntaban básicamente a su uso recreativo no medicinal

Muchas de las leyes fueron creadas como dijimos anteriormente para penar el tráfico, posesión y consumo propio, penas que pueden ser muy duras, en cambio Holanda es el único país de la Unión Europea dónde se permite la venta legalmente de la marihuana y sus derivados en locales con licencia.

América del Norte: En Canadá se está comenzando a reconocer el uso terapéutico del cannabis aparte de la posesión normal.

En México se considera absolutamente ilegal e incluso la ley prohíbe la difusión de información de marihuana por cualquier medio (el cultivo personal incluido). En este país, prácticamente cualquier actividad relacionada con esta planta conlleva años de cárcel excepto su posesión para consumo personal.

América del Sur: Argentina:

El 25 de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró en forma unánime la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley de estupefacientes 23.737 y en consecuencia la tenencia en pequeñas cantidades

para consumo personal queda cubierta por la garantía de derecho a la intimidad del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Chile: es legal el consumo personal; pero ilegal la producción y comercialización (tráfico), y la inducción, promoción o facilitación por cualquier medio, del uso o consumo de ésta (art. 3º Ley 20.000).

Uruguay:

Está penada la tenencia y el comercio de drogas, aunque no su consumo. Los jueces son quienes determinan si la cantidad es para consumo propio o para la venta. Desde 2011 se debate una posible legalización del cultivo de marihuana para consumo propio. En junio de 2012, el gobierno anunció un proyecto de ley para la legalización del comercio del cannabis, que estaría regulado y controlado por el Estado.

En el mes de junio de 2012, en Uruguay se inició un intenso debate con vistas a la legalización y regulación por parte del Estado de la producción y venta de marihuana.

América Central:

En Costa Rica es ilegal, pero el uso es ampliamente tolerado por las autoridades, siempre y cuando no se realice en lugares públicos, y en tanto la cantidad poseída no represente posibilidad de distribución y venta.

En Honduras es una droga ilegal de poseer o consumir en cualquier circunstancia y el delito suele significar ir a la cárcel.

Europa:

En España se perfila el cultivo de cannabis esencialmente con una actividad instrumental que sólo alcanza relevancia jurídico penal en la medida en que el proceso de su puesta en marcha persiga como finalidad la obtención de droga con ánimo de traficar, en el amplio sentido de la palabra, quedando excluidos por su irrelevancia el cultivo de la planta de la marihuana destinado al autoconsumo, o a cualquiera de las modalidades de utilización exentas de punición. El uso terapéutico está regulado mediante receta hospitalaria. También existen los denominados Clubes sociales de cannabis, a través de los cuales los socios pueden acceder al cannabis de forma legal, en muchos casos llegando incluso a pagar impuestos sobre la misma. Se ha impulsado como una alternativa al modelo de legalización de libre mercado, el cual se piensa que contribuiría al comercio desbocado del cannabis, siguiendo los patrones de consumo de las sociedades que siguen este tipo de modelo económico.

Reino Unido:

El consumo de cannabis nunca ha sido ilegal, pero la posesión continúa siendo un delito.

Oceanía: Australia

En determinadas zonas de Australia, especialmente en el sur y en el Territorio Capital de Australia, la posesión de pequeñas cantidades de Cannabis, así como el cultivo de un número limitado de plantas para uso personal, han sido despenalizados pudiendo ser multados con 50 dólares.

Ámbito constitucional: derechos debatidos, posturas a favor y en contra.

Estado de derecho.

Consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución Nacional y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, garantizando de esta manera el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales , y sobre todo y lo que en este trabajo nos interesa a la observancia y el respeto de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.

Partiendo del punto que todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a si mismo a cumplirlo. Este se desenvuelve secundum legem y en sus relaciones con los ciudadanos se somete él mismo a un régimen de derecho. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación este supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijadas por la Constitución, garantiza una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Según Carré de Malberg este Estado se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlo y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales. Se crea en interés y para salvaguardia de los ciudadanos asegurando la protección de sus derechos. Constituyendo de esta manera las disposiciones constitucionales.

Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía a la vida, la libertad, y la propiedad de los habitantes del país constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos.

En definitiva el bien común en un estado de derecho es sinónimo de sustancialidad democrática y de garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales subjetivos y colectivos, comprende el pluralismo y la diversidad, se conculca cuando existe un daño directo e inmediato a terceros que genera una colisión entre derechos fundamentales, resolviéndose mediante el método de la ponderación. De esta manera se garantiza la coexistencia de una constelación plural de valores y de cultura.

Principio de reserva art 19 C.N.

El artículo 19 primer párrafo de la Constitución Nacional reza: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Este artículo es el tema central en nuestro estudio, contiene un principio básico y sustantivo que es el de privacidad, incluyendo éste el derecho a la intimidad y el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran.

Este principio de privacidad protege un área del obra humano de la interferencia estatal y lo declara reservado a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados, haciendo suscitar una problemática, que es preservar la privacidad de las acciones en el espacio público, asegurando la no interferencia de las autoridades haciendo de esta forma suscitar la controversia que es el objeto de este trabajo.

La importancia radica es que con este principio constitucional es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y la libertad personal y establecer una barrera o frontera democrática ante las atribuciones poderes estatales que tengan como fin limitar tan importante derecho.

Este precepto va a plantear dudas interpretativas en cuanto al concepto de acción privada y moral pública y respeto hasta donde es la extensión del alcance de las limitaciones razonables que la privacidad o intimidad admiten. Por su parte el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del art 19 amplió los horizontes de la libertad y del respeto a las acciones de los individuos, en este sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Arriola del año 2011, diciendo que al ser humano le compete decidir elegir sobre su propio plan de vida, no solo frente al Estado sino también ante las preferencias y pese a la

reacciones de terceros contrarias a nuestra elección de desarrollo de nuestra personalidad humana siempre y cuando no ponga en riesgo a terceras personas. Al consagrarse este principio se firma que se va a resguardar al individuo de la interferencia estatal y va mas allá, entendiendo que la libertad jurídica no impone una moral privada, ni un modelo de vida, ni un ideal de perfeccionamiento personal, diseñado por el Estado. Dejando de esta manera librado a la persona y a su moral el estilo de vida que ella juzgue conveniente.

La Constitución va adoptar y resaltar desde el preámbulo, valores en los que en este caso va a destacar a la libertad como axiología central, reconociendo la libertad personal, pero no dispone la neutralidad del Estado en su accionar en materias tales como las relativas al orden, la moral pública y la prohibición de causar daño a terceros, en donde el estado va a utilizar sus atribuciones para imponer o prohibir conductas en el caso de vulnerarse estas tres hipótesis.

Por último nos parece importante destacar, que la tenencia de hojas de coca para consumo personal o “coqueo”, está permitida por la legislación vigente, en el art 15 de la ley 23737, en cual se establece: “la tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes”. Lo cual no parece interesante tener en cuenta porque, desde nuestro punto de vista se tendría que tomar igual pensamiento con la marihuana y más aun si esta es consumida con un objeto en particular, con fines medicinales.

Derechos Implícitos:

A parte de los derechos que la Constitución Nacional enumera en forma explícita, hay que tener en cuenta por la mayor importancia que existe una serie de derechos que no se encuentran enumerados, pero que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar este complejo normativo.

Estos derechos implícitos se los considera incluidos dentro del art. 33, el propio constituyente es quien nos advierte que lo que “falta “en la letra de la Constitución, cuando enumera los derechos, guarda silencio acerca del listado que debe elaborar el interprete, tanto cuando este se moviliza en el plano de la doctrina como cuando lo hace en el de la aplicación a cargo de los operadores constitucionales.

Son llamados implícitos debido a que su fuente se halla en el espíritu de la constitución, en su filosofía política, en su techo ideológico.

Debido a nuestra tendencia progresista ,y a la necesidad de maximización del plexo de los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como el internacional como en los Tratados con jerarquía constitucional (art 75 inc.22), hace que la fuente de acrecentamientos de esta categoría de derechos se adapten a las necesidades humanas, en las valoraciones colectivas, y en muchas transformaciones en la historia del ser humano que hacen necesario que aparezcan nuevos derechos y un contenido nuevo en los viejos derechos , por la única razón de que se le deben adjudicar a la persona el conjunto de derechos que en cada situación son necesarios para realizar su vida personal con la dignidad que es necesaria en la convivencia en sociedad. Haremos mención solo a los que son de suma importancia en nuestro trabajo como lo son: la dignidad humana, la vida y el derecho a la vida, derecho a la salud, entre otros.

Derecho a la Salud.

Cada uno es libre de decidir si desea recuperar su salud, es decir de cuidarla o no. Se dice que el consumo de cannabis es un derecho que debe reconocerse para su uso terapéutico. Los daños de esta sustancia sobre la salud con carácter general son mínimos y el consumo habitual causa menos perjuicios que una intoxicación aguda pero en cambio no hay que dejar de descartar que sus efectos son más perjudiciales en determinados sectores de la población entre ellos en los adolescentes que afecta los procesos cognitivos es por eso que se deben tomar medidas preventivas.

Este derecho que engloba al derecho al completo bienestar físico, psíquico y social y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia definida. El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S) dice que se trata de un derecho fundamental y en consecuencia todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos relacionado con los derechos humanos.

Derecho a la Vida y su disponibilidad.

Es un derecho que tiene cualquier ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo, se considera un derecho fundamental de la persona siendo el más importante para los seres humanos, esta tiene varios factores, la vida humana en sus formas corporales y psíquicas, la vida social de las personas por medio del cual realizan obras en común y la vida de la naturaleza que relaciona a los seres humanos con las

demás especies vivientes y al momento de su regulación se toman estas tres facetas conjuntamente.

Integra la categoría de los derechos civiles de primera generación y está reconocido en numerosos tratados internacionales, la protección a la vida no solo trata de impedir la muerte de una persona, sino toda forma del maltrato que haga su vida indigna matándolo de a poco o haciendo de su vida un martirio, este derecho está plasmado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a las seguridad de su persona”.

Los que están en contra de esta postura de legalización sostienen, que la droga destruye la capacidad de decidir libremente sobre nuestra dignidad y nuestros derechos humanos, es por esa que ésta se considera en contra del derecho a la vida. El concepto de la persona que se droga está muy mal visto a nivel mundial se debe al fracaso de las políticas impulsadas por los organismos responsables de la salud.

Pero no todo es negativo, existen numerosas sustancias que son utilizadas por pacientes o personas que acuden a estas para prolongar su vida, tratar de sentirse mejor o sobre todas las cosas sufrir menos y buscar un máximo desarrollo de su personalidad.

Derecho al libre desarrollo de la Personalidad Humana.

Se le reconoce a la persona autonomía que no puede ser limitada, salvo cuando entre en conflicto con la autonomía ajena, esta tiene muchísimas consecuencias, entre ellas la que consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, por ella deben ser decididos. Cuando el estado reconoce la autonomía de la persona trata de verificar el ámbito que le corresponde como sujeto ético, dejar que decida sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia, para poder elegir su forma de vida, mientras esta no interfiera en la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, considerando por esto que las normas que hacen del consumo de droga un delito son claramente inconstitucionales.

Un Estado que se considera respetuoso del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana no puede escamotear su obligación irrenunciable de educar y sustituir la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que son nocivas para la persona y para la comunidad en que se halla integrada.

Este derecho implica la facultad limitada de cada quién hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, por lo cual los que están en desacuerdo con la legalización argumentan que esto implicaría llegar a extremos de irracionalidad, como atentar contra su propia integridad física o mental (consumo de drogas) y resulta mucho peor cuando dicho derecho se ejerce en perjuicio de los demás es decir el libre derecho de la personalidad se basa en el principio de justa autonomía del hombre. En caso concreto del drogadicto es evidente que éste con su conducta no solo se está causando un grave daño físico y mental a sí mismo sino que con ella esta afectando de manera grave su entorno familiar y en todo caso su entorno social, es cierto que el drogadicto no puede considerarse como un delincuente sino como un enfermo que el Estado y la sociedad tienen que recurrir.

Este derecho consagrado en el artículo 16 de nuestra Carta Magna no es absoluto, está limitado por los derechos y libertades de los demás y por el orden público.

Derecho a la dignidad humana.

La dignidad de la persona humana es considerada por la doctrina desde diferentes enfoques, entre ellos, un sector lo considera como un derecho personal, otro como un principio y otros como la fuente de la cual derivan todos los derechos personales.

La vida humana merece dignidad, porque es intrínseca a la persona, siendo inherente a todo ser humano, confirmando la base a todos los demás derechos.

Todo el orden jurídico, político y económico deben permitir que cada ciudadano preserve su dignidad que es de interés general. Según la postura negativa al consumo, afirma que el consumo de droga hace que lleve al individuo a su autodestrucción sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera rehabilitarlo y es precisamente la dignidad humana la primera que se encuentra lesionada. El consumo de droga conduce a la privación de un bien la salud tanto física como mental, la producción de estupefacientes es un crimen actual y no potencial contra la humanidad, es decir, es legalizar aquello que no es legítimo.

La Dignidad Humana es un bien irrenunciable que está implícita en el fin que busca el hombre en su existencia, acrecentarla es una exigencia de la propia esencia del hombre que es perfectible, apartarse de esta lleva a la degradación del hombre. Requiere por lo tanto que el hombre actúe según su conciencia y libre elección y no bajo la presión de una pasión o de un deseo desordenado que en el fondo es una coacción.

En cambio los que están en contra de esta postura formulan la aclaración de que este derecho exige el respeto y promoción de la vida corporal, oponiéndose a la concepción del placer inmediato, o sea impide la realización personal que torna al hombre en esclavo del vicio como ocurre en el caso del consumo de marihuana.

Fundamentos del derecho internacional: convenciones de la ONU.

Las Naciones Unidas, atendiendo a la problemática de las drogas, desarrollan permanentemente una política de prevención, control, y concientización a los países que la componen.

En estos instrumentos internacionales, se ve reflejada como las Naciones Unidas alertan a la comunidad internacional acerca del peligro del tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Pasaremos a analizar separadamente cada uno de los preámbulos de las convenciones que tratan en tema de nuestro trabajo.

-Convención Única del año 1961 sobre estupefacientes

Las partes preocupadas por la salud física y moral de la humanidad, en donde el estupefaciente entraña un peligro para ésta se debe prevenir y combatir este mal y para tomar medidas necesarias para este propósito se hace necesario una acción universal, consistiendo la misma en una cooperación internacional orientadas por principios comunes, deseando concertar una Convención internacional que sea de aceptación general, en sustitución de los Tratados existentes en relación a estupefacientes. Por lo que solo se limite al uso de estupefacientes a los fines médicos y científicos estableciendo una cooperación internacional para tales fines. Reconoce por otro lado que el uso médico de estupefacientes en ciertas situaciones se puede considerar indispensable para mitigar el dolor y se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de éstos para tal fin.

- La Convención sobre sustancias sicotrópicas del año 1971

Preocupada por la salud física y moral esta convención tiene por finalidad prevenir y combatir el uso indebido de tales sustancias y al tráfico ilícito que dan lugar. Reconociendo que el uso de sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y no puede restringirse indebidamente su

disponibilidad para tales fines. Para ser eficaces las medidas contra el uso indebido van a requerir una acción concertada y universal para eso le reconoce la competencia a las Naciones Unidas en la fiscalización y que los órganos internacionales interesados queden dentro del marco de dicha organización.

- y la Convención las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del año 1988.

Preocupada por el sostenido crecimiento de la penetración, producción, demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias Sicotrópicas de las diversas clases sociales representa una grave amenaza para salud de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, políticas y culturales de la sociedad produciendo un peligro de gravedad incalculable.

Los vínculos entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas amenazan la estabilidad de las economías, la seguridad y la soberanía de los Estados.

Dicho tráfico se considera una actividad delictiva internacional que genera considerables rendimientos financieros y gran fortuna permitiéndoles a las organizaciones transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y las sociedades en todos sus niveles.

Son necesarias determinadas medidas de control con respecto a determinadas sustancias para eliminar las causas del consumo indebido de estupefacientes y el uso de sustancias sicotrópicas que ha aumentado su fabricación porque son de fácil acceso a ellos.

El objetivo es mejorar la cooperación internacional para eso es necesario la erradicación del tráfico ilícito que es responsabilidad colectiva de los Estados, para ello se debe llevar a cabo una acción coordinada dentro de la cooperación internacional reconociendo la competencia de las Naciones Unidas, los principios rectores de los Tratados vigentes, las diferentes convenciones, intensificar los medios jurídicos de cooperación internacional en asuntos penales para erradicar de una vez por todo el tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópica.

c) Aspecto Doctrinal: opinión de autores.

Angélica Gelli:

Según esta autora bajo el título de la privacidad como principio de no interferencia dice que el tan controvertido artículo 19 de nuestra Ley Suprema, resguarda de la interferencia estatal, algo más que la privacidad, entendida esta como acciones realizadas en privado. Este principio de libertad jurídica, no impone una moral privada, ni un modelo de vida, ni una idea de perfección personal, diseñados por el estado. Afirma que se deja ello librado a la moral, a las convicciones, a los principios religiosos de las personas y de la sociedad civil. Únicamente se va a habilitar la intromisión del Estado, ya sea impidiendo o imponiendo conductas, cuando éstas ofenden al orden público o a la moral pública o perjudican a terceros, las demás áreas del obrar humano que no están sujetas a esta interferencia estatal por las razones ya expuestas, se declaran reservadas a dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Esta regla según el modo de ver de esta autora establece algunas pautas para resolver el problema de la protección de la vida humana frente a la autonomía personal, al resguardar una zona de reserva cuando las acciones personales no dañan a un tercero.

German.J.Bidart Campos

Este autor aparte de referirse a todo lo anteriormente tratado, dice que la libertad de intimidad presupone la tutela jurídica de la vida privada, determinado por el art 19 de la C.N.

El art 1071 bis del C.C. en relación a la protección a la intimidad o privacidad puede tenerse como una reglamentación de la norma constitucional anteriormente citada.

Andrés Gil Domínguez

Al referirse a un Estado constitucional de derecho, ubica al bien común por fuera de la regla del reconocimiento constitucional el cual colisiona con sus postulados básicos como la libertad, lo social y lo solidario. Éste desde una postura abstracta conduce a un pensamiento único y homogéneo idéntico al colectivismo. El gran desafío es superar la idea de la existencia de una sola raza, religión, pensamiento político y buscar una convivencia armónica basado en lo que garantiza la Constitución.

En la globalización se verifica un permanente intercambio de verdades eternas para soportar el peso, en una sociedad pluralista que trata de ser única y absoluta por sobre todas las demás.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Este autor se refiere a las dependencias tóxicas, donde dice que no todos los adictos tienen el mismo grado de dependencia tóxica, ni la abstinencia (privación del tóxico) les produce el mismo efecto. Existen unos pocos tóxicos cuya abstinencia es grave, porque la dependencia no solo es psíquica sino que también fuertemente orgánica o física (alcohol, derivados del opio como la morfina y la heroína).

La ley de estupefacientes tipifica una serie de conductas referidas a tóxicos prohibidos, y hace encapie al art 18 de dicha ley por la cual cuando el tenedor fuera dependiente, se lo someterá a un tratamiento y si dentro de los dos años éste estuviese curado, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, o sea, si el mismo siguiese siendo un enfermo, se le aplicará la pena. Por lo cual de la interpretación se deduce que la ley Argentina pena a un enfermo que padece una enfermedad que puede ser mortal porque no ha podido curarse.

Las toxicodependencias son enfermedades. El toxicodependiente no es un vicioso, sino un enfermo, que padece una dolencia que en mucho de los casos puede ser mortal porque no es de fácil tratamiento. Es posible desintoxicar compulsivamente a una persona, pero no curarle su dependencia, lo que depende de muchos factores. La experiencia mundial enseña que los tratamientos compulsivos no obtienen resultados positivos.

En el fallo Arriola, en su voto al referirse al art 19 de la Constitución Nacional expresó: que en el conflicto de normas planeadas en la presente causa, dicho artículo resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el art. 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el principio garantiza.

Carlos Fontàn Balestra

Dentro de los delitos contra la salud pública, este autor se va a referir a la tipicidad o encuadre jurídico que le va corresponder a las figuras penales encuadradas dentro del accionar de conductas relacionadas con los estupefacientes. Al hacer mención del art 19 de nuestra Constitución, dice que aparte de todo lo expuesto anteriormente acerca de la zona de reserva de las acciones de los individuos, dice

también que se sostiene a favor de la no criminalidad del consumo personal y, que la autolesión, en el derecho penal común no constituye delito y que la opinión médica unánimemente ve en el toxicómano un enfermo, por lo cual no es su represión lo que corresponde sino su tratamiento.

d) Jurisprudencia: Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las leyes que incriminan la tenencia de estupefacientes para su uso personal han suscitado fuerte controversia en la República Argentina y cambios en los criterios Jurisprudenciales, acerca de si esas disposiciones violaban o no las garantías de la privacidad, establecidas en la primera parte del art. 19 de la C.N.

La cuestión a dilucidar consistía si la tenencia de estupefacientes para su uso personal (caracterizada esta por la pequeña cantidad de la posesión) constituía una acción privada ajena de la autoridad de los magistrados.

La doctrina de la Corte Suprema acerca de la cuestión de privacidad y la tenencia de drogas para su uso personal, recorrió varias etapas, que analizaremos, caracterizada cada una de ellas por un fallo y una postura diferente, estas son:

En la primera, en el caso “Colavini” el Tribunal entendió que la ley que penaba aquella conducta no era inconstitucional, en efecto calificó severamente el uso de estupefacientes por los graves efectos que esta práctica produce, comparándola con los generados por las guerras o por las pestes, afirmó que la tenencia integra la cadena de producción, comercialización y consumo, por lo tanto el tenedor constituye un eslabón necesario de esa serie, y que la tenencia trasciende la intimidad personal, porque suele traducirse en la ejecución de “acciones antisociales”, aunque sin indicar cuales serían esas acciones.

Más tarde e ingresando en la segunda etapa, en el caso “Bazterrica” del año 1986 y con otra composición, la Corte Suprema reexaminó el problema y llegó a la conclusión contraria: la tenencia de estupefacientes para consumo personal estaba amparada por la garantía de privacidad del art. 19 de la Constitución Nacional. La mayoría de la Corte en este caso sobre la tenencia ilegítima de drogas para uso personal sostuvo: que esa tenencia tiene consecuencias para la ética colectiva, que la incriminación de la tenencia para uso personal evita consecuencias negativas para el bienestar y seguridad general, que se castigue la mera creación de riesgo y no un daño a terceros, una respuesta de tipo penal tendiente a proteger la salud pública mediante la creación de un delito de peligro abstracto, el Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino darles libertad para que ellos los elijan.

En suma lo que se afirmó en este fallo trata de delimitar las acciones privadas de las públicas y trazar claros aldaños en perjuicios de terceros. La Corte Suprema entiende que el Art. 6 de la ley 20.771 (ley anterior a la 23737) es inconstitucional por invadir la esfera de la libertad personal exenta de la valoración de los magistrados. Este fallo produjo efectos en el poder legislativo, por el cual este reexaminó la cuestión de lo que resultó la ley 23737, esta norma mantuvo la incriminación de la simple tenencia bajando la pena cuando por su escasa cantidad hiciera presumir que es para consumo personal y estableció para el imputado un programa de rehabilitación y si lo cumplía satisfactoriamente se suprimía la anotación de la condena en el Registro de Reincidencias.

La tercera etapa en el caso “Montalvo” (1.990), la Corte Suprema se expidió sobre la cuestión de la tenencia de estupefacientes para su uso personal y retomó al criterio elaborado en Colavini ya bajo la vigencia de la mencionada ley 23.737.

Más tarde la Corte en el fallo “Arriola” en el año 2009, declaró la inconstitucionalidad del art 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 por la cual se sanciona penalmente la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por ser incompatible con el principio de reserva contenido en el art 19 de la Constitución Nacional.

Resolvió que la tenencia de escasas cantidades de marihuana para consumo personal y sin riesgo para terceros, no puede ser castigada. La Corte retomó y dijo “sostener” los principios sentados en el fallo “Bazterrica”. Indico que el artículo 19 de la Constitución sienta el principio de que el Estado debe tratar a todas las personas y sus preferencias con igual consideración y respeto.

CAPITULO VI: debate en cuanto a la legislación y la actualidad.

a) Actualidad del tema en nuestro país.

Debate por el consumo de drogas.

Por Alejandro Sierra Director de la revista THC quien sostiene “la despenalización mejora la salud y desalienta el narcotráfico”

Luego de que el diario El Diario de nuestra ciudad le hiciera una entrevista que se publicó el día Domingo 17 de Junio de 2012, pudimos extraer de esta fuente lo siguiente:

A partir del debate generado en el Congreso Nacional donde se analizan varios proyectos para adaptar la legislación al fallo de la Corte expresó en ese sentido haciendo referencia al Tetrahidrocannabinol constituye el psicoactivo principal del cannabis en la cual se impulsa su despenalización.

Con relación a este controvertido tema durante las últimas semanas se hicieron audiencias conjuntas y se presentaron ocho proyectos en la cual participaron la sociedad civil, jueces, distintos sectores involucrados, ONG.

A partir de estos proyectos todo parece indicar que habrá un dictamen en el cual habría que despenalizar el consumo individual.

En la provincia de La Pampa se aplicaron políticas de drogas que perseguían al consumidor logrando llegar directamente al narcotraficante significando cada vez más problemas del consumo de drogas. Los que se oponen a cambiar la ley son en gran medida las granjas de rehabilitación porque se les terminaría lo que llama un gran negocio.

La ley pena la tenencia para consumo, es decir la policía detiene una persona por tener droga, esta situación se justicializa, se les arruina su futuro y su familia, pero el verdadero narcotraficante se disfraza de usuario y es liberado.

En la actualidad hay cada vez más adicciones, mas problemas de salud, el Estado tiene menos soluciones y abre las puertas a más negocios privados como lo son las granjas de rehabilitación. Esta ley obliga a los médicos a hacer la denuncia, y entonces alguien que va a un hospital buscando salud termina en una comisaría. Si queremos perseguir y terminar con el narcotráfico tenemos que perseguir la venta, por eso en aquellos países que despenalizan hay mayor y mejor acceso a la salud.

La persona que cultiva marihuana, no está financiando el comercio negro, sino que está separado de las redes criminales, esto hace que se cultive la cantidad y el tipo de marihuana que se necesite.

ÉL sostiene que al modificar la ley penal se va a avanzar en otros aspectos de salud, hay que hacer un plan nacional de atención pública de las adicciones. Diputados la aprobó y en el Senado fue cajoneado por el lobby de estas instituciones, pero tenemos expectativas de que salgan dictámenes favorables.

Despenalización del consumo y del autocultivo de la marihuana (24 de mayo de 2012).

Legisladoras encabezaron una conferencia de prensa en la Legislatura para respaldar el tratamiento en el Congreso de las iniciativas a favor de la despenalización de tenencia de drogas.

La diputada María José Lubertino brindó una conferencia de prensa junto a la diputada María Rachid con el objeto de presentar el proyecto de declaración por el cual la Legislatura de la Ciudad vería con agrado que el Congreso de la Nación dé tratamiento en comisiones a los proyectos de ley con estado parlamentario referidos a la despenalización de la tenencia de drogas prohibidas, el autocultivo y otras conductas privadas de las personas que actualmente se encuentran penalizadas de forma inconstitucional.

Al comenzar la rueda de prensa, Lubertino señaló que “nos reunimos para propiciar, impulsar, apoyar, promover el debate que la sociedad merece sobre este tema. Habiendo sido firmante del 1er proyecto a nivel nacional en el que se planteó la despenalización de la tenencia para el consumo en el año 2003, veo con alegría que hoy este debate sea retomado por el Congreso de la Nación, por todos los bloques, y que haya una voluntad de consenso para sacar a flote esta norma que es necesaria y que viene a garantizar a todas las personas, sin necesidad de hacer un juicio, la no discriminación y el acceso a la salud como lo garantizó el fallo de la Corte Suprema que estableció que no era punible la tenencia en una cantidad mínima para el consumo”.

Además de las legisladoras Lubertino y Rachid, la conferencia contó con la participación de los legisladores María Elena Naddeo, Laura García Tuñón y Rafael Gentili, firmantes del proyecto.

“Es un tema delicado que muchas veces es tomado de manera superflua, o jocosa por los medios de comunicación y en otros casos estigmatizado”, sostuvo Lubertino al referirse a la difusión de este tema. “Nosotros debemos ser muy claros, al sostener que condenamos el narcotráfico y que creemos que hay que combatirlo como delito que es, haciendo caer todo el peso de la ley en relación a los narcotraficantes. Este combate se dá no solamente con leyes internas, sino también, con los cambios que hay que hacer a nivel internacional en cuanto a los flujos de dinero ilegal que permiten la corrupción y las mafias que amparan el narcotráfico. Pero aquí estamos hablando de la salud de personas que son condenadas por la discriminación y la criminalización. Que cuando han abusado de sustancias o cuando han caído en una adicción esta criminalización impide que lleguen a las políticas públicas o a los servicios de salud para su cuidado y atención”, enfatizó la legisladora.

En el proyecto también se cuestiona cuáles son los motivos que justifican hoy en día mantener en la ilegalidad la producción y comercialización de una sustancia psicoactiva de uso extendido, mientras otras como el alcohol y el tabaco —cuyos efectos negativos sobre la salud pública (como argumentamos en los fundamentos del anteproyecto) son mucho más graves y extensos— se mantienen en la legalidad. Estamos orgullosos de poder presentar un proyecto que esperamos sea tenido en cuenta en el inminente debate de este tema por el Congreso Nacional".

Estuvieron presentes el diputado nacional por Jujuy, Mario Fiad (titular de la Comisión Prevención de Adicciones y Control de Narcotráfico); Patricio Colace y Santiago Lerena (ambos de la Unidad de Seguimiento de Políticas Públicas en Adicciones); Verónica Russo (Red de Usuarios de Drogas); representantes de la agrupación Agricultores Canábicos Argentinos; Junior López (RADAUD Diversia); Eduardo Magnani (Rescatame Argentina); Gabriela Piovano y Hugo Rodas (Organización Solidaria Por las Dudas); Gabriela Santo Neves (Organización Canabica Bariloche); Gabriel Alesarro (Mesa Nacional por la Igualdad Córdoba); María del Carmen Allende (El Logro de Volver a Vivir); Lucrecia Potenza (ONG ACREM); Agrupación Política Colectivo Militante, Agrupación Canabicultores Zona Sur, Agrupación Cogollos del Oeste. Además, enviaron su adhesión el legislador Pablo Bergel; el diputado nacional Pablo Zerolo; la diputada nacional Estela Garnero; la diputada nacional Mara Brawer; la Red Argentina por los Derechos y Asistencia de los Usuarios de Drogas -RADAUD- CABA; Asociación Civil Federico Abuelo; Jóvenes Cannábicos de Lugano, entre otros.

Nos parece relevante que haya participación masiva en la audiencia pública que está convocada por la Comisión de Legislación Penal y Prevención de Adicciones de Diputados para el 5 de junio a las 10 de la mañana, para que sea un debate democrático al igual que lo que sucedió con otras leyes como matrimonio igualitario, identidad de género, ley integral de violencia de género, con distintas reformas al Código Civil o Penal en temas de familia, acá hay un debate que está cargado de prejuicios.

Criterios adoptados: Conclusiones sobre el tema.

Luego de tratar detalladamente las diversas posturas positivas y negativas acerca de la despenalización de la marihuana con fines medicinales, nuestras conclusiones son partiendo de la concepción del Estado de derecho y del concepto de la dignidad de la persona humana, Desde nuestro punto de vista creemos que legalizar significaría para la persona, su vida, su salud y la familia que lo componen, un punto positivo y no como los opositores que opinan que van hacer víctima de esta situación y van a sufrir los daños de este accionar dentro del ámbito de la intimidad del consumidor. Esto tampoco significaría retrogradar, ni desentenderse de los graves daños que el consumo de drogas causan al bien común social, mas allá que

este consumo sea el último eslabón de la cadena que se inicia con la producción y se complementa con el tráfico de dichas sustancias.

Nuestra postura positiva acerca de este tema lo consideramos desde el punto de vista de que la marihuana sea utilizada con fines medicinales y no para perpetrar delitos. Creemos que si esto sucede tendrá un menor valor económico esta sustancia haciendo que la persona no tenga que acudir a cometer delitos para conseguir el dinero para llegar a la compra.

Como también en cierta forma se terminaría con las granjas de rehabilitación y sobre todo el costo que estas instituciones significan a la sociedad toda; para pasar a utilizarse esos fondos para otras problemáticas sociales.

Entendemos que tendría que ser muy importante, la regularización del Estado en cuanto al consumo, para hacer que este derecho como los demás reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico ya sea en forma explícita o implícita, no sean absolutos y que el Estado, de acuerdo al art 14 de nuestra Constitución establezca disposiciones imponiendo que ese derecho a consumir se realice conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, imponiendo restricciones a su accionar.

Creemos conveniente que el Congreso de la Nación quien es el que fija los límites de las acciones privadas, como también los jueces deben revisar y declarar la inconstitucionalidad de los criterios legales cuando estos sean contrarios a la letra o al espíritu de la Constitución en cuanto al derecho de la intimidad de la persona. Considerando que es de suma importancia que estos poderes de la Nación cambien sus criterios sobre este tema, teniendo en cuenta el progreso de las necesidades de la humanidad.

Las prerrogativas del Estado no solo tiene que referirse a la prohibición, represión o al ejercicio de determinados derechos en detrimento de otros, sino que también y fundamentalmente tendría que realizar políticas para que la educación y enseñanza en todos los niveles sociales sea una alternativa para que la persona conozca los puntos positivos y negativos del consumo, haciendo efectivo el derecho a elección, respetando su dignidad en todas las dimensiones abarcativa de su vida en sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- Andrés Gil Domínguez La Regla de Reconocimiento Constitucional Argentina Art 75 inc. 22 C.N Doctrina – Jurisprudencia.-
- Cifuentes, Elementos del Derecho Civil parte general año 1999.-
- Código Civil de la República Argentina- décima edición 2011.-
- Código Penal de la República Argentina.-
- Constitución Nacional de la República Argentina.-
- Diario El diario, Domingo 17 de junio de 2012-Entrevista a Alejandro Sierra.-
- Diario Rosario Net.-
- Engelhardt, H. Tristram. “Los fundamentos de la bioética”, 327 y sigtes; Ed.: Paidós, España, 1995.-
- Fernando Luis Lopez. El Derecho a la elección.-
- Fortsthoff, Ernst: Problemas Actuales del Estado Social de Derecho en Alemania, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1966.-
- Germán J. Bidart Campos.Compendio de Derecho Constitucional.-
- German J. Bidart Campos.-Manual de la Constitución Reformada.-
- Gherzi, Carlos A. “Derecho de los Pacientes al Servicio de Salud”,p.161; Ed.: Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.-
- Highton, Elena I.-WIERZBA, Sandra M. “La relación médico-paciente: El consentimiento informado”, p. 254/5. Ed.: AD-HOC, Buenos Aires, 1991.-
- Jorge Horacio Gentile -Bibliografía de las conclusiones la tenencia y consumo de estupefacientes profesor de derecho constitucional de las universidades Nacional y católica de cordoba Córdoba, noviembre de 2006.-

- Kant, Emmanuel. "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", p. 86-87; tr. M. García Morente, Madrid, 1977; cita tomada de Nino, "Ética y derechos humanos", p.240.-

-Kelsen, Hans: *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934.-

- María Angélica Gelli.-Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada.-

- Nino, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho", p.422; Ed.: Ariel Derecho, Barcelona, 1997.-

-Programa educar el portal educativo del Estado Argentino Ministerio de Educación Presidencia de la Nación.-

-Reflexiones sobre el Derecho a la salud- Prof Antonio Hernández de la Universidad de Valencia España. (Noticias País Vasco).-

-SEDRONAR (observatorio argentino de drogas) Diego Alvarez Rivero coordinador del observatorio argentino de drogas.-

-Subsecretaria de abordaje a las adicciones Ministerio de salud Gobierno de La Pampa.-

-Uso y abuso del poder médico para definir enfermedades y factor médico, en relación con la prevención cuaternaria por Juan Gérvas- Mercedes Pérez Fernández médicos generales, equipo CESCA, Madrid- España.-

- Zaffaroni Eugenio Raül - Alejandro Alagia- Alejandro Slokar. Manual de Derecho Penal- parte general.-

FALLO BAZTERRICA

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 una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros 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 desaprobado 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 debieran 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. 6° 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.

1°) Sobre la base de lo previsto en el art. 6° 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.

2°) 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 inadmisibles el recurso al respecto.

3°) 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. 6° 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", pag. 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 pudieren 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, está 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 el 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, llevara 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 Álvarez, 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 Peró. La sentencia del caso "Yáñez Álvarez" 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. 6° 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. 6° 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 permitiría 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 las 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 pueden ser concebidas 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 inculparse 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 inculparción 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 que 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 las 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. 6° 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 iudice" 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 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 solo buscar el derecho aplicable sino también expresarlo.

27) Que por todas las razones expuestas, el art. 6° 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.

FALLO: ARRIOLA

"Villacampa, Andrés Nicolás, Mindurry, César s/ recurso de casación e inconstitucionalidad"

S.C. V. 515; L. XLII.-

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e:

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Rosario, provincia de Santa Fe, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 formulado por la defensa, y condenó a Andrés Nicolás Villacampa y César Mindurry como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Contra ese fallo, la Defensora Oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad y, subsidiariamente, casación por errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Ambos recursos fueron concedidos por el tribunal de juicio a fs. 541/543. Al conocer en esa impugnación, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal los rechazó por mayoría (fs. 578/590 vta.).

Contra esa resolución la defensa pública interpuso recurso extraordinario federal que, declarado formalmente admisible por el a quo (fs. 622), corresponde analizar.

-II El recurrente sostiene que el tipo penal previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es incompatible con el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Particularmente señala que el principio de lesividad deslegitima cualquier intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, entendido como la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. Sobre esa base, la defensa afirma que la incriminación de la mera tenencia crea una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto que dejaría insatisfechos los requisitos del artículo 19 de la Constitución Nacional, que exige el daño o el peligro concreto a derechos de terceros, al orden o a la moral pública.

-III Más allá de mi opinión personal acerca de la valoración constitucional que merezca la conducta incriminada, considero que la apelación carece de la adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48. En efecto, ha dicho reiteradamente V.E. que para la procedencia del recurso extraordinario no basta la prédica de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya y da lugar a agravios (Fallos: 302:1564; 308:2263; 312:587, 323:1261; 325:309 y 1145; 327:352, entre otros). Esta es, sin embargo, la situación que se configura en autos, pues el recurrente pretende fundar la inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) en numerosas observaciones jurídicas introducidas a través de la compilación de citas textuales de

jurisprudencia y afirmaciones teóricas que, más allá de su acierto o error, no encuentran su debida referencia a las concretas circunstancias de la causa. Esa falta de relación se pone especialmente en evidencia cuando en el recurso se predica la inconstitucionalidad de la figura, en tanto delito de peligro abstracto, por considerar que el principio de lesividad requiere al menos peligro concreto, sin siquiera intentar explicar cómo una solución tal se insertaría en la tradición del derecho euro" Villacampa, Andrés Nicolás, Mindurry, César s/ recurso de casación e inconstitucionalidad". S.C. V. 515; L. XLII.- Procuración General de la Nación.

-IV Por último, la defensa tacha de arbitraria la sentencia del tribunal de casación. Manifiesta, en ese sentido, que al considerar erróneamente el a quo que el recurso de inconstitucionalidad no había sido concedido por el tribunal oral, dejó sin estudiar -siquiera mínimamente- el agravio relativo a la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Asimismo, el apelante señala que en ocasión de resolver el recurso de casación, la Sala III se remitió a lo decidido por V.E. en Fallos: 313:1333 y a reiterar lo dicho en otros precedentes del propio tribunal, sin atender a los argumentos introducidos por la parte. Sin embargo, una simple lectura de la sentencia impugnada revela que, contrariamente a lo manifestado por la defensa, el a quo sí ha tratado con fundamentos suficientes los agravios planteados en los recursos de inconstitucionalidad y casación en subsidio, y si bien es cierto que en el dispositivo se omitió la mención respectiva, como ha reconocido reiteradamente la Corte, las sentencias judiciales constituyen una unidad lógico-jurídica que debe interpretarse no sólo en su parte dispositiva sino también en sus fundamentos y conclusiones parciales (Fallos: 305:209; 307:112, entre otros).

-V Por lo expuesto, opino que el recurso deducido resulta formalmente inadmisibile, correspondiendo su rechazo.

Buenos Aires, 17 de agosto de 2007.

ES COPIA ESTEBAN RIGHI A. 891. XLIV.

RECURSO DE HECHO

Arriola, Sebastián y otros s/ causa n°9080.

Buenos Aires, 25 de agosto de 2009

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1) Que esta causa se inició el 19 de enero de 2006, a raíz de lo informado por el Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que de distintas actuaciones sumariales labradas en esa dependencia por infracción a la ley 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido contacto en forma esporádica con una finca emplazada en la calle Nicaragua casi esquina Forest, donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes al menudeo. En virtud de ello se dispuso la instrucción del sumario que fue delegada a la fiscal en turno, quien en función de las tareas de observación y vigilancia llevadas a cabo por

la prevención, las imágenes captadas y grabadas en un video casete que se incorporó al expediente, y en las constancias que surgían de las copias de los sumarios acumulados al proceso, sostuvo que podía inferirse que en la finca aludida un sujeto se dedicaría a la comercialización de estupefacientes. En función de ello solicitó y obtuvo la correspondiente orden de allanamiento, registro y secuestro, que tuvieron lugar el 26 de febrero de 2006, conforme a lo que surge del acta que luce a fs. 63/64 y, posteriormente, el 27 de abril de 2006 (fs. 119/122). También en el marco de las distintas medidas procesales adoptadas en el sumario, se acumularon los expedientes n° 1268/05 "Fares, Gustavo Alberto s/ ley 23.737", n° 81/06 "Acedo, Marcelo Ezequiel; Villarreal, Mario Alberto s/ ley 23.737" y n° 506/06 "Medina, Gabriel Alejandro y Cortejarena, Leandro Andrés s/ ley 23.737", entre otros.

2) Que, tras la realización del debate oral y público (fs. 997/1020), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y condenó a: I) Sebastián Eduardo Arriola o Eduardo Sebastián Arriola, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización dos hechos, en concurso real (artículos 55 del Código Penal y 5, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de seis años de prisión, multa de seiscientos pesos (\$ 600) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, imponiéndole la medida de seguridad curativa prevista en el artículo 16 de la ley citada; II) Carlos Alberto Simonetti, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización dos hechos en concurso real (artículos 55 del Código Penal y 5, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de cuatro años de prisión, multa de quinientos pesos (\$ 500) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena (artículo 12 del Código Penal); III) Mónica Beatriz Vázquez, como autora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización dos hechos en concurso real, en carácter de partícipe secundaria (artículos 5, inc. c, de la ley 23.737, y 46 y 55 del Código Penal), a la A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080. pena de dos años y seis meses de prisión y multa de doscientos pesos (\$ 200); IV) Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena, como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional (artículo 26 del Código Penal), imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta (artículo 27 bis del Código Penal): 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes. En todos los casos sustituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la ley 23.737, dando intervención a ese efecto al señor juez de ejecución penal (fs. 1021/1023 y 1048/1063).

3) Que la defensa interpuso recurso de casación en favor de Eduardo Sebastián Arriola, Mónica Beatriz Vázquez, Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena (fs. 1101/1130), que fue rechazado por el tribunal a quo a fs. 1154/1157, quien a su vez declaró inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por la defensa. Ello dio lugar a la interposición del recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Sebastián Arriola y Mónica Beatriz Vázquez (expte. A.890.XLIV), fallado por la Corte Suprema con fecha 5 de mayo de 2009, donde se tuvo por desistido el recurso interpuesto a favor de Arriola y se desestimó la queja respecto de Vázquez. De tal modo, la cuestión sometida a estudio de este Tribunal ha quedado circunscripta a los hechos vinculados a Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena, en la queja en estudio.

4) Que, en este sentido, corresponde señalar que al fijar la materialidad de los hechos el tribunal de juicio tuvo por acreditada la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. También tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual cada uno de ellos (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.5) Que en el recurso de casación la defensa se agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso "Bazterrica", en el cual se había declarado la invalidez constitucional de un texto normativo Cley

20.771, artículo 6° C que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal con un alcance semejante al que lo hace la norma impugnada.

6) Que por su parte, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazaron el recurso señalando que esa sala se había expedido con anterioridad en los antecedentes que citan, acerca de la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737.

7) Que en el recurso extraordinario la defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado. Por otro lado, alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales. Agregó que si bien la postura del tribunal a quo hacía pie en el precedente "Montalvo", la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la ley 23.737 demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se había pretendido obtener persiguiendo indistintamente al tenedor de estupefacientes para consumo personal. Expuso que la postura asumida por la Corte Suprema en los precedentes "Bazterrica" y "Capalbo" era la más adecuada a un Estado de Derecho que respete el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos; en este sentido avaló su posición en torno a la afectación al principio de reserva con transcripciones del fallo "Bazterrica", y el voto en disidencia del juez Petracchi en "Montalvo". Asimismo, subrayó que el argumento de cambio de composición del Tribunal había sido utilizado por la misma Corte como fundamento al retomar en "Montalvo" lo decidido en "Colavini". Por último, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad sostuvo que en el caso no se había acreditado que la conducta de los imputados hubiese afectado de alguna forma el bien jurídico protegido por la norma salud pública, de modo que con fundamento en el principio de lesividad que proscribe el castigo de una acción que no provocara un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto, era inadmisibles la sanción pretendida por tratarse de una acción atípica.

8) Que, por su parte, el tribunal a quo declaró inadmisibles el recurso extraordinario, pues según entendió los argumentos expuestos por el apelante eran insuficientes para conmover la doctrina sentada por esa sala en torno a la constitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Tal decisión dio origen a la presente queja.

9) Que de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de

estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48).

10) Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las "acciones privadas" previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico "salud pública", han sido resueltas acertadamente en "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener.

Cabe señalar que la decisión mayoritaria del caso "Bazterrica" se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída.

11) Que si bien con posterioridad a "Bazterrica", la Corte dictó otro pronunciamiento in re "Montalvo" (Fallos: 313:1333), que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, este Tribunal, hoy llamado nuevamente a reconsiderar la cuestión, decide apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente Cy como se ha dicho afianzar la respuesta constitucional del fallo in re "Bazterrica".

12) Que, como lo han señalado varios de los sujetos procesales que intervinieron en estas actuaciones, la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en "Colavini" (Fallos: 300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en "Bazterrica" y "Capalbo", se apartó de tal doctrina (Fallos: 308:1392); y en 1990, en "Montalvo" vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333), y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el Tribunal decide volver a "Bazterrica".

13) Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de "Montalvo" y "Bazterrica", lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio. En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328: 566).

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad. Este

es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del thema decidendum pueda ser considerado intempestivo. Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

15) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en "estudiantes secundarios" que consumen pasta base de cocaína conocida como "paco". También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). En el informe del año 2006 del mismo organismo se ha señalado que además de los tres grandes productores sudamericanos, en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se transformó en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); y que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (pág. 164) (2006 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). En el mismo sentido se observa el informe correspondiente al año 2008, que da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportados por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía el cono sur ha aumentado (pág. 73); Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77). El país ocupa el segundo lugar de sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. A. 891). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165). El informe del año 2004 también señala que en el país se ha elevado el consumo de opiáceos (pág. 103), y que se ha detectado capacidad de producción de cocaína (pág. 116); y que el uso indebido de cocaína era superior al nivel medio de las estadísticas (pág. 123). También se pone de relieve que el país denunció un aumento continuo del uso indebido de cannabis en los años 2000, 2001 y 2002, el informe pone de relieve que el uso indebido de tal estupefaciente era superior al de Brasil. Allí también se refiere que en contraste con

las tendencias globales de América del Norte, en el 2002 hubo en el país un aumento del uso indebido de anfetaminas (pág. 203) (2004 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). Por su parte el reporte de 2002 ya señalaba el aumento del uso de opio en el país, y que el porcentaje de población que usa cocaína está entre los más elevados de Sudamérica, aunque su tendencia se estabiliza así como el de las anfetaminas, aunque verifica un aumento en el uso de éxtasis (págs. 247 y 269) (2002 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). En el reporte del año 2001 también se señala el aumento del uso de la heroína y el elevado porcentaje de consumo de cocaína respecto de los otros países sudamericanos (págs. 241, 247 y 269) (2001 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001- 2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. El incremento mayor se observa en solventes e inhalables, con el 380%, explicado por un fuerte aumento tanto en varones como en mujeres. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, Enero 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación). A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay).

16) Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en "Bazterrica" y "Montalvo", se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, "Bazterrica" es un pronunciamiento del año 1986, y "Montalvo" de 1990. Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re "Mazzeo", Fallos: 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el

panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables ("Verbitsky" Fallos: 328: 1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales ("Casal" Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal ("Maldonado" Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias ("Tufano" Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad ("Quiroga" Fallos: 327:5863, "Llerena" y "Dieser" Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio ("Benitez" y "Noriega" Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ("Barra" Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad ("Gramajo" Fallos:329:3680);derecho de las victimas ("Santillán" Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos ("Arancibia Clavel" Fallos: 327:3312; "Simón" Fallos: 328:2056 y "Mazzeo" Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.

17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos y en lo que aquí interesa el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez). Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en "Bazterrica".

18) Que también el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en "Bazterrica". En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y "Montalvo", respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de

incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.

19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su victimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso ("Santillán" Fallos: 321:2021). No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una re victimización.

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..."(CIDH, Serie C N1 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re "Gramajo" (Fallos: 329:3680) quién además agregó que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad..." (Ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343). Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.

21) Que, cabe señalar que la jerarquización de los Tratados Internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes Jurídicos Colectivos, tales como "bien común", "orden público", "utilidad pública", "salubridad pública" e "intereses nacionales" (artículo 22 inc. 31, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3, 14, 19 inc. 31 b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 21 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos). No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcritos, es más amplia (Colautti, Carlos, "Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional", Ed. La Ley 1999, Bs. As., pág. 76).

22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (parágrafos 66 y 67). Es claro que las consideraciones en que se sustenta el precedente "Bazterrica" se ajustan más a esa pauta interpretativa de la Corte Interamericana, que el precedente "Montalvo", en referencia a los bienes colectivos invocados.

23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio "pro homine". De acuerdo con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5 85). No hay dudas que tal principio "pro homine" resulta más compatible con la posición de la Corte en "Bazterrica" que en "Montalvo", pues en aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.

24) Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente

sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales. Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos. En lo referente a la contención de la demanda, además de la persecución de la oferta, se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que los adictos puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones.

25) Que no obstante ello, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (artículo 31, inc. 21, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes). Por su parte la Oficina de las Naciones Unidas sobre

Droga y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes (Naciones Unidas Oficina de Droga y Crimen Handbook Básico Principles on Alternatives to Imprisonment, Criminal Justice Handbook Series, New York, 2007).

26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculpado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica "legalizar la droga". No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (Ordoñez-Solis David, "Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación", en *European Journal of Legal Studies*, vol. I EJLS, n°2).

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación,

distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (artículo 36 de la Convención). La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional.

29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor. Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

30) Que en síntesis, después de la reforma constitucional han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte algunos de los cuales hemos citado aquí, que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente "Bazterrica" encaja cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente "Bazterrica" voto del juez Petracchi.

31) Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que realizadas bajo determinadas circunstancias no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.

32) Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado

de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

33) Que es jurisprudencia inveterada de esta Corte que "la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico" (Fallos: 315:923; 316:188 y 321:441, entre otros).

34) Que ello se debe a que las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias (Cemerinsky Edwin Fireword: The Vanishing Constitution, en Harvard Law Review, 103:43).

35) Que sobre tal cuestión la Corte Interamericana ha señalado que [...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardov. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas).

36) Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" que antecede, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los Tratados Internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales.

Hágase saber y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (según su voto) - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 11 a 91 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que entonces queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional.

11) Que, conforme con los argumentos que se desarrollarán en los considerandos siguientes, cabe adoptar el siguiente criterio de juzgamiento:

A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional.

C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.

D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.

E) De conformidad con lo expuesto, corresponde aplicar el criterio que esta Corte desarrollara en el precedente "Bazterrica" (Fallos: 308:1392).

F) Corresponde exhortar a las Instituciones para que implementen medidas efectivas para el combate preventivo de la drogadicción.

Estos criterios encuentran fundamento suficiente en la Constitución Nacional, conforme surge de los considerandos siguientes.

12) Que la tutela de la privacidad, cuando no hay peligro, ni daño a terceros, ni ostentación del consumo, ha motivado posiciones diferentes de esta Corte Suprema y del Congreso de la Nación. Resulta oportuno recordar, entonces, que el Código Penal de 1921 no legisló sobre el tema de la toxicomanía puesto que el artículo 204 se refería a lo que en doctrina se conoce como suministro infiel de medicamentos. Fue recién la ley 11.309, publicada en el Boletín Oficial el 4 de agosto de 1924 la que introdujo la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos y, dos años después, la ley 11.331, publicada en el Boletín Oficial el 13 de agosto de 1926, la que agregó una nueva figura, o sea la tenencia ilegítima con lo que se convirtió en delito la mera tenencia por parte de personas no autorizadas. Pronto habría de plantearse el tema relativo a la tenencia para uso personal y en el plenario de la Cámara Criminal de la Capital Federal, in re "González, Antonio", del 17 de octubre de 1930 (Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 31, pág. 21), se resolvió, con votos divididos, que el uso personal de alcaloides no debía admitirse como excusa por parte de quien los poseía ya que no constituía una razón legítima de su tenencia. Un nuevo plenario de la misma Cámara, para ese entonces con una integración diferente, in re "Terán de Ibarra, Asunción", del 12 de julio de 1966 (Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 15, pág. 325) mantuvo la doctrina del plenario anterior sosteniendo que la tenencia de alcaloides configuraba delito. El Proyecto Peco (1942) sólo reprimía la tenencia de sustancias estupefacientes enderezada "a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro" (artículo 230; exposición de motivos, página 399). El proyecto de 1960 excluyó de punición "la tenencia de una dosis para uso personal" (artículo 262 y su nota). En 1968 la ley 17.567, derogó la reforma al Código Penal de la ley 11.331, modificando nuevamente este cuerpo legal por la introducción del párrafo tercero del artículo 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 de dosis correspondientes al mero consumo individual con las acciones de la esfera de libertad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional. La determinación de la cantidad que correspondía a un uso personal se tradujo en una casuística jurisprudencial que hizo de muy difícil aplicación la norma legal. A ello se sumaron opiniones que sostuvieron que aquella casuística caótica en la vida real había terminado por facilitar "el tráfico de estupefacientes haciendo que en su modus operandi el pasador portara solamente cantidades justificables como de uso personal" (de la sentencia de la Cámara Federal del 22 de diciembre de 1976, in re "Colavini, Ariel Omar, infracción a la ley 20.771", voto de los jueces

Servini y Cortés). 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. La ley 20.771 tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin que se legislara, 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 sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición (del voto concurrente del juez Petracchi, in re "Bazterrica", Fallos: 308:1392, considerando 14). La ley 20.771 dio lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios en lo que atañe a su artículo 61. En varios casos se resolvió en primera instancia su invalidez con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que no fue aceptado por la alzada. El 28 de marzo de 1978, en la causa "Colavini" (Fallos: 300:254), esta Corte Suprema se pronunció en el sentido de que el artículo 61 de la ley 20.771 (punición de la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal) no era violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional. En ese fallo la Corte también recogió los argumentos del señor Procurador General de la Nación en el sentido de que el uso de estupefacientes iba más allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturbaba la ética colectiva. En sus distintos pronunciamientos la Corte valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero. En esa inteligencia, 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: 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137). El 29 de agosto de 1986, esta Corte Suprema se pronunció en la causa "Bazterrica", cambiando el criterio y declarando la inconstitucionalidad del artículo 61 de la ley 20.771, censurando la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal. El 21 de septiembre de 1989 se sancionó la ley 23.737, mediante la cual se derogaron los artículos 1a 11 de la ley 20.771 y se incorporó en su artículo 14, segundo párrafo, la punición "...cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia [de estupefacientes] es para uso personal". El 11 de diciembre de 1990, esta Corte Suprema dictó sentencia en la causa "Montalvo" (cfr. Fallos: 313:1333, en particular pág. 1349) por el que concluyó que "la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del artículo 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental..." (Fallos: 313: 1333, considerando 27 in fine). Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos, lo que únicamente puede hacerse mediante una prudente ponderación de los principios en juego. Por esta razón corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción. Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a

soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional.

13) Que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional). Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 41 y 51 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados "de peligro abstracto"; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, y por ello no es necesario penar el consumo en casos donde la punición deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción; c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad, Esto excluye la punición por el consumo que conduce a delitos que son independientemente penados ; d) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido lo que excluye como daños los provocados por el tratamiento médico de los adictos (cfr. Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 307).

14) Que la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el

consumidor de estupefacientes se transforme en autor o participe de una gama innominada de delitos. En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva. Este principio ha sido receptado por esta Corte (in re: "Gramajo" Fallos: 329:3680) al señalar que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...". En sentido coincidente también in re: "Maldonado", Fallos: 328:4343). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en sentido similar, diciendo que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, que agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..." (CIDH, Serie C N1 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

15) Que las razones de conveniencia en que se sustentó la doctrina del precedente "Montalvo" (Fallos: 313: 1333), tampoco constituyen un fundamento constitucionalmente admisible. En primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido. En segundo lugar, está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado. En efecto, en el precedente mencionado se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

16) Que la tendencia que predomina en la legislación de los países de la región resulta totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tenedor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros. En este sentido, la ley brasileña 11.343, del 23 de agosto de 2006, instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas y en su artículo 28 decidió contemplar la tenencia para consumo personal a la que no incrimina penalmente sino que aplica sustitutivos penales como la advertencia al tenedor sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad o la aplicación de medidas educativas de asistencia a cursos educativos. El código penal peruano, sancionado por Decreto Legislativo N1 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año preveía la exención de pena en su artículo 299, bajo el título de "posesión impune de droga" el que luego de su modificación por el artículo 1 de la Ley N°28.002, publicado el 17 de junio de 2003, mantuvo la misma impronta. Por su parte, la ley 19.366 de la República de Chile, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas resultó sustituida por la ley N1 20.000, promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada el 16 del mismo mes y año y en su artículo 41, deja impune la tenencia para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A su vez, la Ley N1 1340 de la República de Paraguay, del 20 de octubre de 1988, que modifica y actualiza la ley N1 357/72 y que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en aquel país, regula en su artículo 30 la tenencia para exclusivo uso personal a la que deja exenta de pena. Algo similar sucede con la ley uruguaya 17.016 de estupefacientes, sancionada el 7 de octubre de 1998, promulgada el 22 octubre y publicada el 28 de ese mismo mes y año, que prevé en su artículo 31 la sustitución de los artículos 30 a 35 de la anterior normativa vigente por decreto ley 14.294 del 31 de octubre de 1974. En esa sustitución, se reemplazó el artículo 31 que en su parte pertinente refiere que quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal.

17) Que a su vez, ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino en relación a la temática (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1917 y la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961) lo comprometen a criminalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal. Antes bien, se señala que tal cuestión queda "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (artículo 3, inciso 21; artículo 22 y artículos 35 y 36 de las mencionadas Convenciones, respectivamente) con lo que las mismas normativas de las Convenciones evidencian sin esfuerzo su respeto por el artículo 19 constitucional.

18) Que de conformidad con los argumentos desarrollados, corresponde aplicar al sub lite el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en "Bazterrica" ya citado. De ello se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son

admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad. La ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por aplicarle una pena o un tratamiento. Sin embargo, esta ley, en lo que hace a la habilitación del poder punitivo por parte del Estado para el supuesto de tenencia para uso personal, resulta redactada en forma casi idéntica a su predecesora, con lo que no ha logrado superar el estándar constitucional en la medida que sigue incriminando conductas que quedan reservadas, por la protección del artículo 19 de la Carta Magna, a un ámbito de privacidad. Por todas las razones expuestas, el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes jurídicos de terceros, como ha ocurrido en autos, respecto de los recurrentes.

19) Que es cierto que el consumo que traiga aparejado una lesión a un bien jurídico o derecho de terceros o los ponga en concreto peligro, y la distribución de estupefacientes deben ser combatidos. También lo es que desde hace muchos años esta Corte ha señalado esa necesidad y no se ha advertido una política pública consistente y efectiva, con lo cual el problema no sólo no ha disminuido, sino que ha aumentado. Hace veintitrés años, en "Bazterrica", voto del juez Petracchi (Fallos: 308:1392) se dijo: "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 adicción y narcoddependencia ven sus vidas limitadas en múltiples sentidos, se encuentran con su salud física y psicológica seriamente afectada y, por tanto, su existencia, sumamente empobrecida..." y más adelante: "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...". En el mismo considerando se decía: "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 Consumo de Drogas, entidad específica abocada a la consideración de las soluciones posibles para los diversos aspectos del problema de las droga...". Esta Corte reitera esta necesidad de combatir el tráfico de drogas, no a través de la persecución penal de sus propias víctimas, los consumidores, sino de los distribuidores. Cabe aclarar que ya en "Bazterrica" se decía que "Un consumidor que ejecute actos de 'tráfico hormiga', puede ser punible..." señalando claramente los límites del concepto de Libertad. Con relación al consumo, es cierto también que la adicción puede afectar la libertad personal, pero ello no justifica una intervención punitiva del Estado. Por esta razón es que se justifica que esta Corte, a la luz de la decisión que hoy toma, se vea en la obligación de hacer recordar a todas las instituciones el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico; y a nivel nacional, la relevancia de aplicar una política de salud preventiva, información y educación y todo ello enfocado en los grupos más vulnerables, especialmente los menores. Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos. Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" que antecedente, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando 18, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales.

Hágase saber y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascrito concuerda con los considerandos 11 a 91 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 establece que será reprimido con **prisión de un mes a dos años** quien tuviere en su poder estupefacientes, siempre que por su escasa cantidad y demás circunstancias **surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal**. A su vez, y en

lo que aquí interesa, el artículo 21 del mismo texto legal prevé que en el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa **podrá, por única vez**, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. En su último párrafo dispone que si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, **el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia**. En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez y por una única vez por una medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario.

11) Que en primer lugar se impone el examen de validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi veinte años de su vigencia, pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 328:566 y sus citas). Dicho de otro modo: estar a lo que se ha decidido previamente no sólo es un principio básico de la administración de justicia de aplicación prácticamente universal (conf. Cross Rupert, *Precedent in English Law*, Oxford University Press, 1961, pág. 4), sino también la especial consideración que debe existir respecto de la necesidad de certeza. Pero cuando esa necesidad de certeza en la aplicación de la ley, conduce a soluciones que en punto a los límites de razonabilidad no pudieron tener en cuenta elementos relevantes de la evaluación prospectiva que aporta la experiencia, mantener la doctrina establecida sin atemperar su rigor importaría incurrir, entre otras cosas, en un discurso autorreferente. A su vez, dicho déficit se traduciría en formas de argumentación que soslayan el examen de la realidad, con el consiguiente menoscabo en cuanto punto medular en el sub lite de la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

12) Que, precisamente, las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues como seguidamente se expondrá no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción. Estos nuevos datos de la realidad transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos "Capalbo" y "Bazterrica" (disidencia de los jueces Caballero y Fayt en relación al antiguo texto legal, Fallos: 308:1392) conducen a una revisión de la doctrina allí sentada, en tanto indican con el rigor que una posible declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio requiere, la ineficacia de aplicar sanciones penales o incriminar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción. En efecto, si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años '80 y '90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada en el precedente. Cabe recordar que en la disidencia mencionada

se afirmó como holding que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descrita por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger (considerando 13). Más hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana.

13) Que a fin de realizar un examen completo de la cuestión por el que se fundamenta la conclusión antedicha, no debe olvidarse que ya en el precedente mencionado se afirmó que resultaba indudable que, para asegurar la libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre debía ser protegido por el estado liberal (considerando 17). También se había indicado que el constitucionalismo actual 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, artículo 10.1. de la Constitución Española de 1978; artículo 1 de la Grundgesetz de la República Federal Alemana). Es decir, el problema siempre fue visto como un caso complejo y nunca fue negado que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico. Así se subrayó que la cuestión se relacionaba con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traducen en participación, como manifestación positiva de la libertad (considerando 17). Son todos esos principios los que hoy nuevamente se conjugan y que, al realizarse el juicio de ponderación, se traducen en un resultado diferente. En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se **ha vuelto irrazonable** una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía personal.

14) Que los datos de la realidad han permitido demostrar que las razones pragmáticas en las que se sustentaba la doctrina establecida en las disidencias de "Bazterrica" y "Capalbo" y mantenida en el "Montalvo" (Fallos: 313:1333) respecto del nuevo texto legal, han perdido virtualidad. Como se adelantó, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con su comercio y arribar a resultados promisorios (considerando 26 del último fallo citado) que no se han cumplido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente.

Podrá decirse que dicho resultado como cualquier otro fenómeno no obedece a una única causa, pero al fracaso ya reseñado debe sumársele el hecho de que esta estrategia produjo, incluso respecto de los individuos en concreto criminalizados, efectos negativos claramente no deseados.

15) Que a modo ilustrativo sobre la situación actual, cabe reconocer que mientras el crecimiento desmedido del pasado a nivel global se ha aplacado, estudios realizados en países de Europa Occidental indican que en nuestra región se observa un aumento del consumo local (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo,

UNODC, año 2009). En este sentido, puede también citarse el informe de esta dependencia de Naciones Unidas correspondiente al año 2006 en el que se señaló que en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se ha transformado en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (2006 World Drug Report, Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito). El mismo organismo pone de manifiesto en su informe del año 2007 que la República Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en "estudiantes secundarios" que consumen pasta base de cocaína conocida como "paco". También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report, Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito). El informe correspondiente al año 2008 da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportadas por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía cono sur ha aumentado (pág. 73); la República Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77) y el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (pág. 88); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165). Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001- 2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, enero de 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación). A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el año 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de

Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, **especialmente entre la juventud** (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay; énfasis agregado). Lo reseñado hasta aquí revela la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico. De tal modo, ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor.

16) Que si bien se ha afirmado que la Corte no podría analizar si las penas conminadas para cualquier delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí ("Capalbo", disidencia de los jueces Caballero y Fayt, considerando 18), lo cierto es que una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra como se dijo un claro componente de **autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible**, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga **carácter preeminente al señorío de la persona siempre que se descarte un peligro cierto para terceros**, sin desentenderse, a su vez, de la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes (especialmente quien abusa en su utilización). Obviamente, todas estas afirmaciones suponen la existencia de una situación anómala extrema, cuya adecuada solución, que exhibe numerosas aristas tal como se ha adelantado, no es posible mediante una simple e inopinada subsunción legal. Por ello, si bien es cierto que los delitos que encuentran relación con el consumo de estupefacientes tales como la comercialización o suministro revisten una gravedad inconmensurable, el conflicto en que se halla expuesto el consumidor debe valorarse de manera especial. Corresponde, entonces, que esta Corte se refiera nuevamente al sustrato constitucional que da adecuada solución al delicado caso examinado, a fin de ejercer el primero y el más elemental de sus deberes: el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados, conforme lo ha asumido desde los inicios de la organización nacional (Fallos: 1:340).

17) Que en efecto, lo que se encuentra en juego a la hora de tratar el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal a ello y sólo a ello se circunscribe el presente recurso es la "adecuada protección de la dignidad (...), los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad". Se trata de asegurar como derechos del hombre que nacen de su propia naturaleza, "la legítima defensa de la dignidad (...), la intimidad (...). A que su vida, su privacidad, (...), siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo" (conf. "Ekmekdjian c/ Sofovich", Fallos: 315:1492). Con relación a este punto debe quedar perfectamente establecido como ya se adelantó que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los

restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En efecto, además del **señorío** del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad y todo ello se proyecta al plano jurídico como transferencia del individuo. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc. En rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479).

18) Que, como principio, al Estado en tanto organización del poder político dentro de una comunidad nacional le está impedida toda injerencia sobre el individuo cuando como en el caso se desenvuelve en el marco de su autonomía, soberano en su obrar, en su pensar y en su sentir. Esta protección alcanza a todos los individuos y es por ello que el propio artículo 19 citado habilita al Estado a intervenir sólo a fin de proscribir interferencias intersubjetivas. Restablecido en su quicio el principio de señorío sobre la persona, es claro entonces que no se trata simplemente de la tensión entre dos intereses contrapuestos, pues no debe soslayarse que lo que aquí realmente se cuestiona es la intervención del Estado nada menos que sobre la **esfera íntima** del individuo en cuanto ámbito de ejercicio de su autonomía personal, la que a diferencia de la esfera pública y aun de la privada no admite ningún tipo de intromisión. La aceptación de esa injerencia convertiría al poder estatal en una verdadera deidad.

De ese modo se estaría negando, a su vez, la dignidad del hombre como imperativo categórico y se desdibujaría notablemente aquello que propugnaba Séneca símbolo de la filosofía estoica en una epístola dirigida a Lucilio: "**el hombre debe ser algo sagrado para el hombre**" (homo res sacra homini). En este cometido, corresponde reiterar que el artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquélla. En este contexto vital, puede afirmarse que en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional). Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante

camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su dignidad. Ello por cuanto como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito el acusado debe atravesar un iter necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro. Por lo demás, se violentan sus sentimientos, en tanto a quien se encuentra ante esta problemática (medida curativa), o bien, como en el caso, el tribunal de mérito califica como simple principiante o experimentador (medida educativa), se lo somete a la invasión de su persona y su intimidad.

19) Que sumado a ello, debe recordarse que la norma que aquí se cuestiona **establece pena de prisión** que sólo facultativamente y siempre que se trate de la primera vez puede ser suspendida por una medida de seguridad educativa o curativa. Precisamente, teniendo en cuenta que el poder punitivo no se manifiesta sólo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada y la existencia de condiciones carcelarias adecuadas (cfr. "Maldonado", voto del juez Fayt, Fallos: 328:4343), cabe advertir que quien padece una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo. Dicha situación produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto con su reemplazo con las anomalías propias que implica acceder a ellos en un lugar de encierro. Por tanto, antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava. Ejemplo de ello son los serios desórdenes en otros aspectos de la salud que produce la sustitución de la sustancia, así como las dosis elevadas que se consumen si se accede al estupefaciente y que pueden ser letales ante la falta de periodicidad en la adquisición. Por lo demás, todo ello se refleja en un aumento de los focos de violencia ya característicos de los establecimientos carcelarios.

20) Que sentado lo anterior, es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. **Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo**, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión. Al mismo tiempo no debe desconocerse que "las drogas ilícitas siguen planteando un peligro para la salud de la humanidad" (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009). Por ello, la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática. En ese cometido, no debe soslayarse que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que la doctrina establecida en los precedentes mencionados se ha elaborado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

21) Que la reforma mencionada junto con nuevas concepciones a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud condujeron a un desarrollo en el

concepto del derecho a la salud en un grado tal que permiten observar que de haber contado con ese instrumento, bien pudo ser distinta la respuesta en los precedentes que hoy se revisan. En efecto, el derecho a la salud se encuentra reconocido con jerarquía constitucional merced a los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22 y el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad obligándose "hasta el máximo de los recursos".

22) Que desde esta perspectiva y en lo que específicamente hace a la cuestión aquí en estudio, cabe recordar sin recurrir al arracimado de documentos internacionales en este sentido que dentro de los objetivos que se incluyen en una mejor combinación de políticas públicas, se insta a los Estados miembros a promover el derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes y a que "luchen por el logro del **objetivo del acceso universal al tratamiento de la toxicomanía** como un compromiso para salvar vidas y reducir la demanda de drogas" y, por tanto, como "uno de los mejores modos de [combatir] el mercado ilegal de drogas" (cfr. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe Mundial sobre las Drogas, 2009, Resumen Ejecutivo; énfasis agregado). Por otra parte, corresponde también poner de resalto que entre las medidas que a efectos de asegurar el derecho a la salud se establecen el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe que deben figurar las necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inciso c). El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, a su vez, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales. Lo propio establece el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Finalmente no debe soslayarse, que a partir de lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, el Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido, claro está, dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:3229; entre otros). Desde esta perspectiva se asume claramente que la **"adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados"** (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario y mediante nuevos modelos de abordaje integral que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias.

23) Que en conexión de sentido puede también sostenerse, que tal es el fin público que es capaz de encontrarse incluso comprometido en el plano internacional tuvo en miras el legislador al sancionar, por ejemplo, leyes como la 24.455 y la 24.754, en las que junto con otras normas federales que se han dictado en la materia, subyace

la idea de la adecuada protección de la dignidad del individuo, la que por cierto debe elevarse por sobre cualquier otro tipo de respuesta. En efecto, las normas antes mencionadas establecen, en uno de los aspectos que aquí importan, que tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga, deben otorgar cobertura médico asistencial respecto de los **riesgos derivados de la drogadicción** (artículo 1 de la ley 24.455 y 1 de la ley 24.754). Dichas disposiciones, así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria "vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse señeras del ordenamiento, como por otra parte, se insiste, lo dejaron establecido, por medio del artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma" (Fallos: 324:754, dictamen de la Procuración General a cuyos fundamentos y conclusiones remiten los jueces Fayt y Belluscio).

24) Que, por lo demás, tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones positivas por parte del Estado. En este entendimiento esta Corte ya ha afirmado que los legisladores han pretendido alcanzar con medidas de acción positiva la situación de aquellos afectados por patologías como el S.I.D.A. o la droga (conf. dictamen citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio). No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud.

25) Que el derecho a la salud "no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil". Como su correlato se ha afirmado que normas como la ley 24.754 "pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias, asentar a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales y a recientes o potenciadas patologías" (dictamen de la Procuración General citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio).

26) Que, en consecuencia, si lo que siempre ha prevalecido y debe prevalecer es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia con el cambio acaecido a partir de la aludida reforma constitucional, que explícitamente incorpora a la salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado cuando no incoherente y contradictorio de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada. Por lo demás, de acuerdo a tales directivas y a las normas federales en juego que han comenzado a delinearlas, resulta incomprensible que mediante sanciones penales

que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" e ignorado en su problemática no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario escudado en la ajenidad del problema parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas.

27) Que en suma la evolución reseñada pone de resalto la imperiosa necesidad de un compromiso mayor de todas las partes interesadas, así como la ineludible obligación de promover la salud y en especial la de los jóvenes mediante una política sensata. Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal. Más aún, tal como señala el Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa (OEDT) que valoró el impacto de la legislación en materia de estupefacientes, el Consejo Nacional para la Delincuencia de Suecia había concluido que "no existían indicios claros de que la criminalización del consumo de drogas [hubiera tenido] efecto disuasorio para los jóvenes". De todos modos, más allá de la preocupación que una decisión de estas características genera respecto de que se encuentre acompañada de políticas sustentables, la sensatez que al Poder Judicial como poder del Estado también se le exige, importa asumir lo paradójico que ha resultado la vía hasta hoy escogida. El hecho de que la respuesta estatal no pueda darse en clave punitiva no implica reconocimiento alguno de la legitimidad del uso de estupefacientes, sino que al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal. Declarar la inconstitucionalidad del castigo penal a un consumidor de drogas sólo importa admitir que la estigmatización e incertidumbre que supone verse inmerso en un proceso criminal constituye, también en este aspecto, una ilegítima intromisión a su señorío. A su vez, es claro que la pena de prisión que está prevista ante el fracaso de las medidas que, por excepción, incluyó la ley 23.737 no puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud. Por el contrario, la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial (in re "Capalbo", disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308: 1392), se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro. Sólo mediante una visión integradora que enlace las distintas variables antes señaladas y atravesadas éstas siempre por la autonomía propia y sagrada de cada individuo puede arribarse a la consecución de los fines que se pretendía.

28) Que sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, corresponde concluir que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores

garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de los individuos (conf. Fallos: 328:566 y sus citas).

29) Que frente a la decisión que hoy toma este Tribunal debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones **para combatir el narcotráfico**, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades. En este sentido resulta elocuente que según una investigación relevada por el "Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes" creado por resolución 433/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los últimos veinte años **sólo una de cada diez** causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El setenta por ciento de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal y el ochenta y siete por ciento se inició por tenencia de hasta cinco gramos de marihuana o cocaína incautada a varones jóvenes entre 20 y 30 años en la vía pública, que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito. A su vez, la persecución no se ha dirigido a delitos tales como el lavado de dinero y el ingreso de precursores químicos [acetona, efedrina, ácido clorhídrico, permanganato potásico, entre muchísimos otros, según la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Centro Internacional de Viena, Lista de Precursores y Sustancias Químicas utilizadas frecuentemente en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas], cuando en América Central y del Sur parecen estar traficándose cada vez con mayor frecuencia (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009). Conclusiones similares pueden colegirse a partir de los datos suministrados por el Observatorio Argentino de Drogas dependiente de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico. Como advertencia adicional, cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos. No debe perderse de vista que el narcotráfico es un problema "temible y desgarrador" (in re "Capalbo", considerando 18 de la disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308:1392). Sin embargo, el estado de situación actual en la materia demuestra "de forma inequívoca, que las estrategias adoptadas hasta ahora no han dado resultados positivos" (Parlamento Europeo, debate sobre el informe (A6-0067/ 2004), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, relativo a una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga -2005-2012-). Por ello, todos los esfuerzos en el ámbito penal deben estar dirigidos a mantener incólume el compromiso de cooperación en la represión del narcotráfico internacional, expresamente asumido por el Estado Argentino en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobada en Viena en 1988 (ley 24.072, promulgada por decreto 608 del 09/04/92), reconociendo como expresamente se encuentra previsto en dicha

Convención que "el tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional". A tal efecto, el artículo 3 dispone que los Estados parte deben tipificar todo aquello relacionado con la comercialización de estupefacientes. Paralelamente, las Convenciones de Naciones Unidas no estipulan la imposición de penas por consumo, tal como se menciona con claridad en el Comentario Oficial de la Convención de 1988. En el mismo sentido, esta Corte ha señalado que "(l)os delitos que afectan a la comunidad de las naciones como el narcotráfico internacional requieren razonablemente de un proceso multijurisdiccional basado en la cooperación judicial" (Fallos: 323:3055). En el mismo empeño, puede citarse a prácticamente la mayoría de los países de la región que a la par de haber despenalizado la tenencia para consumo personal, dedican los recursos disponibles a la persecución del tráfico de estupefacientes.

30) Que a ello, entonces, debe circunscribirse y reforzarse la persecución penal, pues, a su vez, toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente. Ello por cuanto no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra (conf. John Stuart Mill, *On Liberty*, en Wasserstrom R., comp. "Morality and the Law", Belmont, California, 1971, cap. III, págs. 92-93). Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (conf. doctrina de Fallos: 308:2236, citado en Fallos: 324:4433, voto del juez Fayt). Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada (conf. voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos: 318:1874 y disidencia del juez Fayt en Fallos: 313:1262, citados en Fallos: 324:4433). La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno (voto del juez Fayt in re "Gramajo", Fallos: 329:3680).

31) Que, por último, la solución a la que aquí se arriba teniendo en cuenta, además, que el consumo afecta en mucho mayor medida a aquellos sectores sociales postergados que no encuentran en su entorno grupos de contención efectivos, conduce inevitablemente a advertir sobre la necesidad de establecer políticas públicas en materia de prevención, promoviendo la difusión de la información, la formación de los recursos humanos entre los profesionales de la salud y de la

educación, el debate acerca de nuevos modelos de abordaje que fomenten a su vez la participación mediante un enfoque integral (familias, entornos y de contexto general) y en los que se invierta en evaluaciones de calidad cuyo marco conceptual se encuentre basado en el desarrollo humano. Asimismo, en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen. Por las razones expuestas, es que se justifica que esta Corte se vea en la obligación de hacer recordar a las autoridades y a todas las instituciones la relevancia de desarrollar a nivel nacional programas de salud que atiendan a las problemáticas aludidas y de ese modo dar validez y vigencia a los Tratados de Derechos Humanos a los que el país está vinculado. Paralelamente, los actores del sistema penal deberán extremar el uso de sus facultades para cumplir con el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico. Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" que antecede, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI

Considerando:

Que según se desprende de los considerandos 1a 9 del voto que encabeza este pronunciamiento, la situación planteada en la presente causa es sustancialmente idéntica a la que motivara mi voto en el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392) y, con posterioridad ya bajo la vigencia del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 aquí en discusión, mi disidencia en "Montalvo" (Fallos: 313:1333), cuyas consideraciones corresponde tener aquí por reproducidas. Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" que antecede, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance establecido en los precedentes a los cuales se remite, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de

salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el infrascrito concuerda con los considerandos 11 a 91 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que para tomar una decisión respecto del caso en análisis, se debe examinar previamente los alcances y restricciones que el artículo 19 de la Constitución Nacional le impone al Estado, a fin de salvaguardar el ámbito de privacidad de las acciones individuales que no ocasionan lesión o peligro concreto a terceros.

11) Que desde los albores de nuestra ciencia constitucional, fue nada menos que José Manuel Estrada quien relevó su importancia como eje central de la Constitución, y afirmó certeramente el carácter intrascendente de nuestro derecho, o sea, la imposibilidad de que pueda ponerse al servicio de cualquier mito metahumano, concluyendo que "según la doctrina argentina, el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos" (Curso de Derecho Constitucional y Administrativo, Buenos Aires, 1895, pág. 181). El mismo Estrada es quien señala que el artículo 19 consagra con claridad la separación del derecho y la moral individual, decidiendo de una vez y para siempre, entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona: a la primera actitud la califica de "pagana y socialista" y a la segunda de "cristiana y liberal" (loc. cit.).

12) Que es menester recuperar y consolidar el valor central de esta norma como viga maestra del derecho argentino, tal como lo hiciera no sólo el ilustre Estrada, sino también uno de los pioneros del penalismo nacional, Adán Quiroga: "ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas; el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la esfera de la vida de relación" (Delito y pena, Córdoba, 1885, págs. 36-37).

13) Que los maestros del siglo XIX nos recuerdan los muchos siglos de confusión y los torrentes de sangre que corrieron para llegar a esta conquista de la modernidad, tan despreocupadamente despreciada en nuestros días por opiniones irreflexivas teñidas de posmodernismo con raro aroma a pre modernismo, y con base en situaciones y necesidades, pretendidamente diferentes, pasando por alto que siempre fueron supuestas nuevas urgencias como pretextos legitimantes de todos los crímenes cometidos por los estados, cuando se les otorgó la oportunidad de desconocer la condición de ente moral como esencia de la persona.

14) Que el artículo 19 no arranca en 1853, sino que su vigencia e importancia para nuestra Constitución se refuerza aún más por su genealogía como norma que proviene de los primeros ensayos de organización constitucional de la República, o sea, que atraviesa como filosofía básica de nuestra Constitución todas las etapas precedentes, pues proviene de Monteagudo y del Presbítero Sáenz, consagrado en el Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, del Reglamento Provisorio de 1817, del artículo 112 de la Constitución de 1819 y del artículo 162 de la Constitución de 1826 (cfr. Arturo Enrique Sampay, La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional, Buenos Aires, 1975, págs. 10 y ss.; también Agustín De Vedia, Constitución Argentina, Buenos Aires, 1907, pág. 100).

15) Que los antecedentes de la legislación nacional han sido desarrollados extensamente en el voto del juez Petracchi en la causa "Bazterrica" (Fallos: 308:1392, considerando

14) a los que me remito en honor a la brevedad. En el mencionado fallo "Bazterrica", esta Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 61 de la ley 20.771 que, al igual que en la norma cuestionada en el presente, punía la tenencia de estupefacientes para uso personal.

16) Que el 21 de septiembre de 1989 se sancionó la ley 23.737, aún vigente, que en su artículo 14 segundo párrafo mantiene la prohibición y punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, y en ese marco, y debiéndose expedir sobre el tema, esta Corte varió su jurisprudencia a partir de la causa "Montalvo" (Fallos: 313:1333), considerando punible esa conducta, y consecuentemente retomando el criterio anterior al dictado del fallo "Bazterrica"; criterio que, en términos generales, se ha mantenido hasta el presente.

17) Que si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 11 de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la decisión no sólo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión.

18) Que el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que habían alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que, en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo.

19) Que no obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo

conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), con el dictado del fallo "Montalvo" (Fallos: 313:1333). Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse.

20) Que el procesamiento de usuarios por otra parte se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores.

21) Que, asimismo, el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso.

22) Que todas estas consideraciones político criminales refuerzan la esencia de la decisión de esta Corte, en el sentido de reafirmar como valor central de nuestra Constitución la norma del artículo 19 que, por cierto, trasciende con mucho el alcance de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal en el presente caso. El desconocimiento o debilitamiento de su vigencia hace tambalear las propias bases del sistema constitucional.

23) Que, en orden a lo dicho precedentemente, sólo cabe concluir que en el conflicto de normas planteadas en la presente causa, el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el artículo 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el primero garantiza. Por lo tanto, sólo cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" que antecede, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737,

con el alcance que surge de los considerandos precedentes, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales.

Hágase saber y devuélvase. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 11 a 91 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Tal como surge de los antecedentes que han sido reseñados, la defensa ha reclamado durante su actividad recursiva que se realice un examen basado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que determine si la conducta por la que fueron condenados sus asistidos, calificada como tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), se halla protegida por dicha cláusula constitucional. Esto es, si la tenencia en el bolsillo del pantalón de los imputados Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo y Mario Alberto Villarreal de algunos cigarrillos de marihuana, hallados con motivo de la requisa de la que fueron objeto al ser detenidos por personal policial, y la posesión de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de dos paquetes de cigarrillos conteniendo algunos gramos de marihuana, que arrojaron a la vía pública al verse cercados por la policía, resultan acciones privadas, en los términos de la norma constitucional mencionada que dispone: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". No obstante, esta insistencia ha fracasado, fundamentalmente porque las diversas instancias judiciales que han dictado sentencia consideraron que la defensa no introducía ninguna cuestión novedosa respecto de las que fueron tratadas por esta Corte en la causa "Montalvo" (Fallos: 313:1333) y que, tal como había sucedido en ese antecedente, correspondía dictar la condena de los acusados. Cabe aclarar que la autoridad de "Montalvo" ha sido invocada por los tribunales de grado para justificar en general la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal y la consiguiente irrelevancia de cualquier análisis en particular sobre el modo en que fue realizada la conducta para decidir si ha sido o no una acción privada.

Esta circunstancia hace necesario establecer cuál es la regla de derecho que contiene "Montalvo" y, en su caso, en qué medida puede utilizarse ese antecedente para bloquear a priori el examen judicial de las razones que esgrime el recurrente para justificar la pretensión de que la conducta de cada uno de sus asistidos, en concreto y por las condiciones en que se llevó a cabo, fue una acción privada.

11) a) Según surge de algunos pasajes de "Montalvo", "el procesado, junto con otra persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana..." (Fallos: 313:1333). La mayoría argumentó que el Tribunal "en su actual composición" retornaba a la doctrina del caso "Colavini" (Fallos: 330:254) del año 1978, pues las mismas razones por las que en aquel entonces se había afirmado la validez del artículo 6º de la ley 20.771 que penaba a quien "...tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal", resultaban aplicables en el análisis del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que conmina la misma conducta inclusive cuando por su "escasa cantidad" y demás circunstancias surgiera inequívocamente que la tenencia era para uso personal. El argumento central de la sentencia fue que por ser la figura penal en cuestión un delito de peligro abstracto, la conducta allí descripta contenía implícita su trascendencia a terceros. Esa exteriorización estaría dada por el "efecto contagioso" de la drogadicción, esto es, por constituir un medio de difusión de la droga y por ser parte necesaria de la cadena de tráfico, cuestiones ambas vinculadas a asuntos de política criminal cuya evaluación, según se estimó, incumbía a otro poder del Estado. Ahora bien, derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si "Montalvo" hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución. Es claro que ese tipo de análisis se enfrenta con la doctrina elaborada por esta Corte que supedita su actuación jurisdiccional a la existencia de un interés (particular o colectivo) al que la norma resulta aplicable. Precisamente, mucho antes de "Montalvo" e incluso de "Colavini", se había consolidado la doctrina según la cual la jurisdicción de la Corte se ejerce en el marco de "causas" a las que aluden los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27 y, por lo tanto, "la impugnación de las leyes con base constitucional no puede contemplarse en abstracto" (doctrina de Fallos:106:109; 182:398; 187:79; 190:142, 389; 252:328; 256:602; 259:69; 304:1088; 311:2088; 317:335, 1224, entre otros). De ahí que declarada la inconstitucionalidad de una norma, ésta no pierde vigencia en general, sino en lo que respecta a la decisión del caso concreto; de modo simétrico, tampoco el rechazo de un planteo de inconstitucionalidad tiene como efecto la convalidación absoluta de la ley en cuestión para todos los casos posibles y la consiguiente inmunidad contra cualquier planteo posterior. En segundo lugar, extraer de la retórica utilizada en aquel pronunciamiento una regla que afirme la validez en todos los casos del tipo previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, es erróneo, pues ello implicaría conceder a los términos generales contenidos en el fallo un alcance impropio. En efecto, también la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus

precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo" (Fallos: 33: 162) sostuvo que: "Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...". Este distingo responde a la diferencia entre las expresiones generales u obiter dicta y aquellas otras que conforman el argumento central que sustenta la decisión. Las primeras, de acuerdo con "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo", no pueden ser utilizadas para obligarla en otras decisiones. Así, según lo explicado precedentemente, la pretensión de convalidar de manera general y absoluta una norma legal carece de toda fuerza vinculante.

b) Por lo tanto, "Montalvo" sólo sería un precedente con peso en la presente decisión si contuviese una descripción de los rasgos que el Tribunal estimó relevantes en la acción del acusado para concluir que era dañina hacia terceros y que puedan ser comparados con las características de las conductas probadas en esta causa.

Sin embargo, la brevedad de las referencias al caso concreto que contiene la sentencia mencionada hace imposible conocer si hubo aspectos del comportamiento concretamente realizado por el imputado que influyeran en su consideración como ofensivo hacia el orden y la moral pública o los derechos de terceros. El pronunciamiento hace apreciaciones generales sobre el carácter "contagioso" del consumo de droga y en torno al puesto que necesariamente ocupan los compradores en la cadena de "tráfico". Lo primero no está seguido por una identificación de las circunstancias que tienen la propiedad de producir el temido contagio, es decir, sobre el modo en que Montalvo podía lograr ese efecto teniendo droga entre sus ropas o de alguna otra manera que estuviese presente en su comportamiento. En relación con lo segundo, debe decirse que el significado de "tener" droga no incluye el haberla comprado. Si la exteriorización de la conducta reprochable consistió en ser parte de la cadena de tráfico como comprador, entonces debería haberse probado dicho extremo y apoyado en esa circunstancia la afirmación de que la conducta de Montalvo no resultó inocua para terceros. Cabe insistir en lo siguiente: cualquiera sea el elemento de juicio que se tome como pauta para restar carácter privado a una acción como es la mera tenencia de estupefacientes se trata de un elemento cuya presencia no es necesaria, sino contingente y, por lo tanto, es un dato que ha de ser debidamente probado para entrar así en la consideración del tribunal. Como se ha visto, esta falta de precisión sobre las razones que llevaron a la conclusión de que la conducta de Montalvo no estaba protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, impide la formación de un estándar aplicable a otros casos. Por lo tanto, aquella decisión, así como su mayor o menor acierto, está confinada a la causa en que fue dictada.

A mayor abundamiento, y respecto de las posibles interpretaciones de las que ha sido objeto "Montalvo", me permito una última reflexión. Debe recordarse que no son las intenciones que abrigan los jueces que suscriben el fallo de la Corte lo que vale como precedente, sino la regla que sirvió de base a la decisión que efectivamente se tomó. Por eso, más allá de tales intenciones y de los efectos desencadenados a partir de su pronunciamiento, corresponde hacer una distinción. Si el argumento utilizado en "Montalvo" es interpretado, como lo he hecho antes, en el sentido de que el daño a terceros está implícito en la definición del delito, no merece objeciones de peso, salvo que ello no agrega demasiada información puesto que, explícita o implícitamente, ello sucede con todas las normas que establecen delitos; lo contrario las pondría en una colisión literal y manifiesta con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, esto nada nos dice sobre la verificación en el caso de un daño o peligro para terceros. Sin embargo, distinta es la valoración que merecería ese argumento bajo la inteligencia de que el daño a terceros está implícito no en la definición, sino en el hecho de tener estupefacientes, en la conducta misma, puesto que es humanamente imposible contar con una previsión exhaustiva sobre todas las características de los hechos futuros como para poder afirmar a priori que todos ellos producirán un daño a terceros. Ahora bien, por lo general las leyes penales que establecen delitos brindan algunas pautas sobre la dirección que debe tomar el examen sobre los efectos dañinos de la acción ilícita, sea describiendo los rasgos principales de la víctima o, al menos, de las derivaciones o consecuencias que han de seguirse de la acción criminal. De ahí que no es frecuente que un análisis constitucional de este tipo se proponga respecto de otros delitos. Así, por ejemplo, una acción que se comete dentro de la cadena de comercialización de estupefacientes no contiene precisiones sobre las víctimas, pero sí incluye, entre los caracteres definitorios del comportamiento delictivo, el hecho de que está orientado, en última instancia, a la provisión de sustancias prohibidas a consumidores generalmente indeterminados cuya salud es la que se busca proteger. Sin embargo, la prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, ninguna referencia o precisión sobre quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas. Más aún, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo. Por ese motivo, es significativa la probabilidad de que dentro de la definición legal puedan caber conductas que no se conectan en absoluto, o lo hacen de una manera excesivamente vaga e imprecisa, con algún efecto dañino sobre los intereses individuales o generales que busca proteger la ley 23.737. Si se combinan las dos cosas, a saber, la humana imposibilidad de predecir con certeza cómo serán los hechos futuros y la indeterminación con que está definido el delito de tenencia de estupefacientes en lo concerniente justamente a cuáles son los efectos sobre los intereses ajenos, se explica por qué motivo "Montalvo" no puede ser interpretado como una barrera inexpugnable para que los jueces decidan en cada caso si el acusado llevó a cabo una acción privada o no.

12) Por lo que se lleva dicho y regresando a la proposición inicial, si bien puede sostenerse que al analizar el caso la mayoría concluyó que la conducta de Montalvo tenía aptitud para dañar a terceros y por lo tanto escapaba a la protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, el fallo no ofrece ninguna pauta para examinar si en casos como el que hoy estamos juzgando el comportamiento probado de los imputados constituye o no una acción privada protegida por aquella norma constitucional. Ahora bien, en atención a que como ya se ha dicho, hay una multiplicidad de acciones posibles de infringir el tipo penal, a fin de determinar si en el caso que aquí se examina la conducta se trata o no de una acción privada, resulta necesario recurrir a las decisiones anteriores que se han tomado al respecto, y a través de un examen integral, detectar qué elementos han resultado de trascendencia para resolver los casos en uno u otro sentido. En primer lugar, debe mencionarse el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392). Según la referencia que contiene en relación a los hechos que motivaron la sentencia condenatoria recurrida, durante un allanamiento en su domicilio la policía encontró marihuana en poder del imputado. En aquel fallo se declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal; en tal sentido, se señaló que en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, estaba amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional. Siguiendo ese criterio, la mayoría de los ministros consideró que el comportamiento de Bazterrica, consistente en tener en su domicilio droga que, dada su cantidad, resultaba inequívocamente para consumo personal, no tenía aptitud para interferir con acciones legítimas de terceras personas, dañar a otros, o lesionar más que la "moral privada" de un conjunto de personas y, por lo tanto, integraba las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional. La aplicación de la regla de derecho con base en la cual se decidió "Bazterrica" fue utilizada en sentencias subsiguientes, construyéndose una línea de interpretación constitucional discernible sobre el tipo de conductas que podían considerarse privadas y que básicamente estuvo centrada en el carácter ostensible de la tenencia en pequeñas cantidades. Así se entendió que constituían acciones resguardadas por el artículo 19 de la Constitución "el transportar 54 gramos de hoja de marihuana debajo de un suéter, en momentos en que circulaba como pasajero de un taxi ("Capalbo", Fallos: 308:1392); cuando fue necesario revisar las pertenencias a la imputada para encontrarla ("Noguera, María Marta y otras", Fallos: 310:294), cuando la marihuana (0.66 gramos) se encontraba dentro del armario del living-comedor del domicilio ("Giménez, Nancy Gladys y otros", Fallos: 311:185) y en un caso en que fueron halladas cinco colillas de cigarrillos de marihuana en el domicilio del imputado ("Rossi, Emilio Fabián", Fallos: 312:2475). Por el contrario, se consideró que la conducta del condenado no era una acción privada cuando "fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público plaza San Martín" (Fallos: 310:2836), o en un caso en que el imputado fue descubierto con marihuana en su poder "en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino además había logrado que uno de ellos aceptara el convite" ("García,

Alejandro Marcelo y otros", Fallos: 311:2228). Tampoco se encontraba resguardada la conducta de quien poseía marihuana en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos, cuando "Gerstein en concordancia con Gabriel Pereyra, quien ocasionalmente cohabitaba con ella no sólo reconoce la posesión de estupefacientes sino que admite también que, parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados" ("Gerstein, Myriam Noemí", Fallos: 311:2721), ni la conducta de quien fumaba marihuana mientras caminaba "sin rumbo fijo" con un amigo ("Fiscal c/ Ideme Galesi, Daniel y Galesi, Alberto", Fallos: 312:587), ni la de quien tenía la droga para consumirla en un lugar público. En esta ocasión, el condenado fue detenido al presentarse en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisa de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana ("Di Capua, Sergio Héctor", Fallos: 312:1892).

13) La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional. Por otro lado, y aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionado con la existencia de actos de exhibición en el consumo. Esto no se cumple cuando la acción ha sido descubierta no por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esa conducta. Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder de la/el imputada/o. Este es el panorama completo en el que debe insertarse la decisión en la presente causa, pues en coincidencia con los argumentos expuestos en "Bazterrica" entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes). En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica" implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

14) En el caso de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo y Mario Alberto Villarreal el hecho por el que fueron condenados guarda similitud con las

circunstancias tomadas en cuenta por esta Corte en el precedente "Noguera", al que ya se ha hecho referencia más arriba, en el que la tenencia de droga destinada al propio consumo "no era ostensible, pues debieron revisarle las pertenencias de la procesada para encontrarlos". En efecto, según se ha dado por cierto en la sentencia, la escasa cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros, y que los imputados mantuvieron así hasta ser requisados por el personal policial. En estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros. Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de la situación de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena, puesto que se trata de una cantidad reducida que también se atribuyó en la sentencia al consumo personal y que fueron imputados sólo por esa acción. Por cierto los nombrados al percatarse de la presencia policial, dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado, sin embargo, el contexto en el que se produjo el hallazgo no alcanza para considerar su conducta aptitud para afectar derechos de terceros. Ello pues la razón de su detención, al igual que la situación analizada respecto de los otros tres imputados, no fue la realización de actos que puedan ser considerados como ostentación, sino que ambos mantuvieron la droga en su esfera íntima hasta que se desprendieron de ella inmediatamente antes de ser detenidos, es decir, sólo anticiparon el hallazgo que de todas formas se hubiera producido en la requisa de la que iban a ser objeto.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" que antecede, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando 13, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por: **Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena**, representados por el **Defensor Oficial, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h)**. Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I**. Tribunales

que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal nº3 de Rosario; Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº2 de Rosario.**