

**Inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes en pequeñas cantidades para consumo personal (art. 14 segunda parte de la ley 23.737). Consumidores que acababan de comprar unos gramos de drogas y la llevaban en el bolsillo. Regreso al precedente "Bazterrica".**

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). Han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad. (...) 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. 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). 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 institucional 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). 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".

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 revictimización. 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. Sobre la interpretación de los bienes colectivos la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que 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). 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. No obstante ello, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal. 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.

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 inculcado 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. La decisión 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. 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. 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. 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, 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-. 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).

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 (voto del Dr. Lorenzetti). Por este principio: (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. 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) (voto del Dr. Lorenzetti). 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. 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 (voto del Dr. Fayt).

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. 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 (voto del Dr. Fayt). El procesamiento de usuarios 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. 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 (voto del Dr. Zaffaroni). C.S.J.N., 25/8/2009, "ARRIOLA, Sebastián y otros s/ causa" (Lorenzetti, Zaffaroni, Highton, Argibay, Maqueda, Fayt).

**Tenencia de estupefacientes para consumo personal en la cárcel. Inconstitucionalidad del delito del art. 14 segunda parte de la ley 23.737.**

Las cuestiones planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en los autos “Rodríguez, Héctor Ismael” (Fallos: 344:2409) -disidencia del juez Rosenkrantz-, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. C.S.J.N., 30/8/2022, “SALVINI, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario”.

**Preso que, en el interior del colchón que llevaba consigo en su traslado a otra cárcel, tenía 4 grs. de marihuana en 16 porros. Controles y sanciones penitenciarias por tenencia de estupefacientes en prisiones.**

Esta Corte en la causa “Arriola” (Fallos: 332:1963), con apoyo en la decisión antes adoptada en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), ha establecido una doctrina acerca del alcance del derecho a la privacidad protegido por el art.19 de la Constitución Nacional y el modo en que este derecho inhibe la punición estatal de ciertas conductas. La decisión allí adoptada resulta determinante para establecer si, como denuncia el recurrente, el art.14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en tanto castiga la conducta de los imputados consistente en la tenencia de estupefacientes para consumo personal en escasa cantidad, en un lugar oculto y dentro de un establecimiento carcelario, resulta contrario a la Constitución Nacional.

En “Bazterrica” la policía había encontrado marihuana en poder del imputado durante un allanamiento en su domicilio. La Corte analizó entonces la norma que incriminaba la tenencia de estupefacientes de un modo similar al art.14 de la ley 23.737 para determinar si constituía una intromisión indebida al ámbito de privacidad del imputado protegido por el art.19 de la Constitución. Dos de los jueces que conformaron la mayoría (los jueces Belluscio y Bacqué) concluyeron que sí lo hacía. En ese sentido, afirmaron que no estaba probado, no obstante haberse reiteradamente afirmado de modo dogmático, que la incriminación de la simple tenencia evitase consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general y que no resultaba suficiente la justificación de la norma penal con base en la prevención de potenciales daños y peligros abstractos a terceros. Destacaron también que el problema que planteaban las drogas podía abordarse mediante otras herramientas, de naturaleza no penal, y que a la luz de opiniones vertidas por varios comités de expertos el encarcelamiento de simples tenedores carecía de razonabilidad. A la luz de estas consideraciones, a los efectos de resolver el caso, concluyeron que adquiriría 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 la libertad para que ellos los elijan”, y que por ello debía declararse la inconstitucionalidad de la norma penal referida.

El voto concurrente del juez Petracchi, que conformó la mayoría, también giró alrededor del derecho a la privacidad. Sostuvo que la Constitución garantizaba ese derecho dentro de un marco al que llamó un "esquema de ordenada libertad", expresión que previamente ya había usado el juez Cardozo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Palko vs. Connecticut" (302 U.S. 319), y que era integrado por los derechos básicos de los individuos en el cual la libertad individual estaba protegida de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido (art.28 de la Constitución Nacional). Respecto del derecho a la privacidad, y siguiendo la estela de la famosa disidencia del juez Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Olmstead vs. United States", (277 U.S. 438, 478), el juez Petracchi sostuvo que debía ser concebido como un "derecho a ser dejado a solas", aclarando que esta era una —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.

La pretendida justificación según la cual la incriminación de la tenencia de estupefacientes contribuía a evitar consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general era una mera afirmación dogmática, especialmente si se consideraba que el Estado podía adoptar una serie de medidas legislativas y de otro tipo más eficaces. En particular, el juez Petracchi sostuvo 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, concluyó que "la sanción penal, per se, es inútil y, por lo mismo, irrazonable".

Según la doctrina de "Bazterrica" y "Arriola", el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuando se trata de drogas en pequeña cantidad y la tenencia o el consumo no son visibles u ostensibles, es inconstitucional porque constituye una intromisión por parte del Estado en el ámbito de la privacidad protegido por el art.19 de la Constitución Nacional sin que haya una justificación razonable que muestre que ello es necesario para proteger los bienes jurídicos que la norma penal puede legítimamente apuntar a preservar (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico) y, por lo tanto, que se dañen los bienes o derechos de terceros protegidos por la norma penal. No constituye una consideración decisiva para analizar la inconstitucionalidad de la norma penal cuestionada si el lugar donde ocurre la conducta imputada (es decir, la tenencia de estupefacientes para consumo personal en pequeña cantidad de modo no visible) es público o privado. En "Bazterrica" los estupefacientes fueron hallados durante

un allanamiento al domicilio del imputado mientras que en “Arriola” fueron incautados cuando los imputados circulaban por la calle. En ambos casos, más allá de la diferencia mencionada, la doctrina utilizada por esta Corte fue la misma.

Se protege un ámbito de libertad personal de alguna manera ligado a la auto-determinación que debe estar fuera del alcance del reproche estatal. La caracterización más perspicua de esa idea aparece en las palabras del juez Petracchi, que conviene citar nuevamente: toda persona “goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado...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”. Este derecho responde, tal como lo enfatizaron los jueces Belluscio y Bacqué en su voto en “Bazterrica” “a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos los elijan”. En la visión de estos jueces el derecho a ser dejado a solas es un derecho instrumental para la realización de la autonomía.

La importancia instrumental del derecho a ser dejado a solas para asegurar la determinación autónoma no agota toda su relevancia constitucional. El derecho a ser dejado a solas es un derecho aún más básico y fundamental en tanto protege, tal como lo establecieron los jueces Carrió y Fayt en su voto conjunto en “Ponzetti de Balbín” “un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres,...reservados al propio individuo” cuya ausencia no solo nos impediría vivir autónomamente sino que, además, nos haría imposible experimentar nuestra vida como propia.

Los internos —aquellas personas que se encuentran bajo la custodia del Estado en prisiones y otros establecimientos con la libertad ambulatoria restringida— no pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad.

Si el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en pequeña cantidad y no ostensible fuera del establecimiento penitenciario, cuando no están afectados los bienes jurídicos que la norma penal apunta a preservar (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico), constituye una intromisión inadmisibles por parte del Estado al ámbito de la privacidad garantizado por nuestra Constitución, el mismo tipo de castigo a la tenencia de estupefacientes dentro de dicho establecimiento constituye también una intromisión inadmisibles salvo que se muestre que hay algún grado de afectación a los bienes jurídicos mencionados.

En el caso de autos no hay prueba alguna de que haya habido terceros que, por ejemplo, hubiesen advertido que el imputado consumió estupefacientes o que tenía estupefacientes en su poder. Por otro lado, ni el Ministerio Público Fiscal ni el tribunal a quo han acercado argumentos para mostrar por qué la tenencia de estupefacientes en este caso afectaría la salud o la seguridad pública o estaría vinculada al combate al narcotráfico,

lo que sin duda podría suceder si quien posee estupefacientes en pequeña cantidad es un eslabón más de una cadena de comercialización que opera dentro del penal. Por lo tanto, por el respeto debido a la privacidad protegida por el art.19 de la Constitución Nacional, esta Corte no puede justificar en este caso la criminalización de la conducta imputada por el mero hecho de que haya ocurrido dentro de un establecimiento carcelario. El art.14 de la ley 23.737 es por consiguiente, en las presentes circunstancias, inconstitucional.

Nada de lo anterior significa, ni la doctrina aceptada por esta Corte en “Arriola” implica, que el derecho a la privacidad de los internos consagrado en el art.19 de la Constitución Nacional necesariamente impide toda medida que busque disuadir la tenencia o el uso de estupefacientes en los establecimientos carcelarios. La necesidad de estos establecimientos de disuadir las conductas que afecten el bienestar de los internos, el buen funcionamiento de la institución (e.g. el orden, la seguridad o la disciplina en el penal) o que dificulten su reinserción social—objetivos que de hecho aparecen invocados en la ley 24.660 en sus arts.1, 69 y 70— podría justificar, por lo tanto, que los reglamentos carcelarios impongan sanciones disciplinarias por la tenencia o el uso de estupefacientes.

*Disidencia del juez Rosenkrantz en el fallo de la C.S.J.N., 9/9/2021, “RODRÍGUEZ, Héctor Ismael s/ incidente de recurso extraordinario” (la mayoría no ingresó al fondo porque declaró inadmisibile el recurso extraordinario –art. 280 CPCCN-).*