

Tenencia de estupefacientes para consumo personal y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sobre su constitucionalidad.

Por Guillermo David Gerbaudo.

Sumario: Tenencia de estupefacientes para consumo personal - Ley 20771- Ley 23737 - Principio de Reserva - Tipo penal de peligro abstracto.

Introducción

A mediados del año 2009 resurgió la controversia en torno a la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, discusión de la que tomaron parte los poderes estatales, la prensa y la sociedad civil.

¿Está esta conducta amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional, o bien se trata de un campo en el que puede actuar el poder represivo del Estado? Este interrogante no ha recibido una única y pacífica respuesta por parte del Alto Tribunal, que en los diversos momentos históricos y según sus composiciones, lo ha abordado de diferentes maneras y con distintos criterios. Es que influyen los grandes problemas que subyacen detrás de esta cuestión – la drogadicción y el narcotráfico – a los que no parece hallarse un remedio que les ponga freno.

La Corte Suprema se manifiesta altamente preocupada por la expansión de estos flagelos. Con respecto a ello el Dr. Petracchi ha dicho: *“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, (...) en lo que no son contestes las opiniones es sobre si la incriminación (...) del mero consumo (...) realizado en condiciones que no generan daño efectivo a terceros, comporta un remedio razonable para un problema de esa naturaleza”*¹.

En el siguiente trabajo ha de analizarse el asunto a la luz de la diversa jurisprudencia de la Corte Suprema. Para ello ha de hacerse primero un breve recorrido por la legislación del tema circunscripto, desarrollando luego el pensamiento jurisprudencial y concluyendo con la situación actual de la cuestión y una reflexión del autor.

¹ En su considerando 15 de su voto in re “Bazterrica”.

La legislación

La Corte ha de reflexionar sobre la ley, única fuente productora de tipos penales, por lo cual es de menester primero saber qué es lo que ella dice. El mismo juez ut supra citado y el Dr. Lorenzetti nos instruyen sobre ello².

En 1921, dictado el Código Penal para la República Argentina, no se legisló sobre la toxicomanía, pero ya en 1926 se agregó la figura de posesión y tenencia de drogas sin razón legítima. ¿Constituía el fin de uso personal una justificante? No, según varios fallos plenarios.

En 1968 se derogó esa figura y se sancionó al "*que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, sustancias estupefacientes...*", considerando como amparado por el Principio de Reserva el consumo privado. Sin embargo, la casuística generada para determinar qué cuantía sería así considerada entorpeció la aplicación práctica de la norma.

Dicha modificación luego fue declarada "ineficaz" por no emanar del Congreso Nacional y se retornó al régimen anterior. En 1974 se dicta la ley 20771 que expresó en su artículo 6: "*será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de cien a cinco mil pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a consumo personal*".

Atento el Parlamento a la renuencia del Alto Tribunal sobre dicho artículo, volvió a insistir con la ley 23737 de 1989, que incorpora con expresión sustancialmente idéntica la figura y determina en su artículo 14 segunda parte: "*La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal*". Además añadió la posibilidad de aplicación de medida de seguridad curativa si dependiere física o psíquicamente de la sustancia, o educativa si fuere principiante no adicto. Con ello el legislador trató de ampliar su campo de respuesta.

La jurisprudencia de la Corte Suprema

Los casos que se analizarán son "Colavini", "Bazterrica", "Capalbo", "Montalvo" y "Arriola", al ser los más representativos.

Los hechos sobre los que versan todos los fallos son muy similares. A la mayoría de los condenados se les encuentra cigarrillos de cannabis sativa o marihuana entre sus ropas. Es fundamental esta consideración pues la Corte, al momento de expedirse sobre su desincriminación, resalta que lo será siempre que no se haya verificado el riesgo concreto o

² El juez Petracchi se explaya sobre la cuestión en su considerando 14 in re "Bazterrica" y el juez Lorenzetti en su considerando 12, in re "Arriola".

un daño a bienes o derechos de terceros. En ello hará hincapié la Dra. Argibay en su voto in re “Arriola”.

Caso Colavini

En este fallo de 1978, primera oportunidad que tiene la Corte para expedirse, considera constitucional el art. 6 de la ley 20771 que incrimina la conducta. En resumidas cuentas, este fallo se expresa de la siguiente manera: *“no puede sostenerse con ribetes de razonabilidad que el hecho de tener drogas en su poder, por los antecedentes y efectos que supone tal conducta, no trasciende de los límites del derecho a la intimidad”*³

Por ende, desestima los planteos de la defensa de su supuesta contradicción con el Principio de Reserva, apoyándose en los siguientes argumentos:

- La ley reprime, según su nombre, el “Tráfico de estupefacientes”, lo que supone inevitablemente que no solo se englobe la producción, distribución y venta de estupefacientes, sino también la compra por parte del consumidor, al ser ello conducta indispensable para que exista tráfico.
- Que la acción excede el mero vicio individual, pues lleva ínsita la posibilidad de propagación, y su consecuente afectación a bienes colectivos fundamentales como lo es principalmente la salud pública, pero también la moralidad y seguridad públicas. La entidad superlativa de estos bienes justifica la amplitud de la prohibición.
- Qué por los múltiples efectos nocivos de la drogadicción – aniquilación de los individuos, delincuencia común y subversiva, destrucción de las familias entre otros – es aceptable emplear todo medio idóneo para erradicar el flagelo.

Fue unánime la decisión en tal sentido, y en conformidad con la opinión del Procurador General de la Nación, a cuyos argumentos se remitió.

Caso Bazterrica y Capalbo.

En agosto de 1986, la Corte dicta simultáneamente dos fallos sobre la cuestión, “Bazterrica”, donde la mayoría se expresa a favor de la inconstitucionalidad, y “Capalbo”, donde la minoría lo hace respecto de la constitucionalidad.

Le exige esta vez al legislador algo más que la remisión a potenciales peligros a la hora de tipificar. No presume juris et de jure que dicha conducta traiga siempre una

³ Considerando 12 del fallo.

consecuencia negativa a los bienes protegidos, aunque ello haya sido reiteradamente afirmado.

Por otro lado, investigaciones internacionales dan cuenta del fracaso de la incriminación penal para lograr el pretendido efecto disuasivo. Los perjuicios que trae el etiquetamiento del delincuente producen secuelas totalmente contrarias a la recuperación y reinserción social buscadas.

Es el Dr. Petracchi quien, según su voto, desarrolla ampliamente los fundamentos de esta posición, argumentos a los que se remitirá la Corte in re “Arriola”.

El magistrado sigue considerando a la droga como “*una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas*”⁴, pero no por ello legitimará al Estado a invadir el ámbito de la autonomía personal consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional. Esta norma, a cuyo análisis destina la mayor parte de su voto, es fundamental para la existencia de una sociedad libre y democrática como la que se pretende construir, máxime el momento histórico que se vivía, y permite diferenciar a los Estados de Derecho de los totalitarismos. Sentencia que son “*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*”⁵, impliquen una libertad interna o tengan cierta proyección comunitaria.

Para responder a los argumentos en los que se sustenta el tipo penal construido por el legislador, los engloba en tres grandes grupos:

1. Argumentos éticos: considerar que el consumo de estupefacientes no satisface los standards éticos de nuestra sociedad es uno de los argumentos, insuficiente pues no hace referencia a los daños concretos y porque no es función del Estado establecer modelos éticos de excelencia sino asegurar pautas de una convivencia posible y racional. Por otro lado se dice que si no es punible el consumo tampoco podría serlo la venta, pero se pasa por alto que esta es una conducta distinta mediante la cual se favorece a la autolesión y se aprovecha de la situación de limitada libertad de decisión propia de un adicto.
2. Política criminal: el consumidor es la vía de acceso al traficante, se dice. La acción sobre el consumidor para llegar al proveedor es desechable pues se obligaría al reo a declarar en su contra (prohibido por el art.18 de la Constitución Nacional). Otra de las derivaciones son el desarrollo de un tráfico hormiga (es decir, de pequeñas cantidades) que se ampararía en la eximente de consumo personal para eludir la prohibición,

⁴ En el considerando 5.

⁵ En su considerando 12.

argumento que también se desecha pues puede ser punible por eso último y no por el simple consumo. También se afirma que eliminando la demanda se eliminaría la oferta, pero *“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”*.⁶

3. Creación de un grave peligro social: fundamentalmente se dice que el estado de drogadicción llevaría a la perpetración de otros delitos, afirmación no amparada por los datos fácticos. Aunque ello sea verdadero, el castigo debe ser siempre por la realización concreta y no por la mera posibilidad, pues implicaría negar el principio de culpabilidad y sustituirlo por el de peligrosidad.

Sostiene, por otra parte, que se ha generalizado entre los menores la adicción a inhalantes de gases de nafta, pegamentos sintéticos y disolventes de pintura. La sola respuesta penal deja fuera estas situaciones pues dichas sustancias no entran dentro del concepto de “estupeficientes” y no pueden ser prohibidas, a más de que se trata de sujetos inimputables.

Por lo tanto para la mayoría de los magistrados, la tenencia de estupeficientes para consumo personal siempre que se realice en circunstancias que no impliquen ni riesgo concreto ni daño a los bienes protegidos, es una conducta exenta de la autoridad regulatoria del Estado y solo reservada al Juicio de Dios.

La disidencia, compuesta por los doctores Caballero y Fayt, sigue resolviendo con la misma doctrina in re “Colavini”. Sostiene que es potestad exclusiva del legislador el juicio de valor sobre la importancia de los bienes jurídicos en juego y por consiguiente, la extensión de la protección, que en este caso ha llegado a sancionar la creación de un riesgo a los mismos. A la Corte, sostienen, solo le incumbe analizar la razonabilidad de la medida, la cual se da teniendo en cuenta las consecuencias de este flagelo y el riesgo potencial de daño a los bienes protegidos por actos voluntarios o involuntarios del tenedor.

*“No debe considerarse a la tenencia de estupeficientes para consumo personal como un derecho fundamental”*⁷, y mientras una persona se halle en posesión de tales sustancias, con conocimiento de ello, ya se da el peligro abstracto, sin que incumba al Poder Judicial indagar sus finalidades ni el riesgo en el caso concreto, pues ni una cosa ni la otra exige la norma.

⁶ En su considerando 18.

⁷ En el considerando 16 de la disidencia de los Doctores Caballero y Fayt.

Si la incriminación es útil o no, piensan al finalizar, es tema de la que sólo se puede pronunciar el Parlamento.

Caso Montalvo

En este fallo la Corte se pronuncia a favor de la constitucionalidad de la ley 20771 y 23737. El condenado lo fue en primera instancia por violación a la primera disposición, encuadramiento luego subsumido en la segunda por el a quem, al considerarla más benigna. La defensa del imputado se agravia de ambas leyes por violación al Principio de Reserva, por lo que el Alto Tribunal comienza analizando la ley 20771, pues de prosperar el planteo sería innecesario el tratamiento de la 23737. Sendas normas son consideradas conformes a las exigencias de la Ley Fundamental.

Varía nuevamente su pensamiento retornando a in re “Colavini” y la disidencia en “Capalbo”, aceptando la constitucionalidad de ambas normas. Dado que ya se había expedido en “Bazterrica” en contra utiliza el argumento de cambio de composición del tribunal para modificar la jurisprudencia.

Reitera la improcedencia de los planteos de la utilidad de la incriminación y busca circunscribirse únicamente a la razonabilidad de la medida con respecto al fin perseguido. Por otro lado, resalta la expresión del art. 19 de la Constitución Nacional “*de ningún modo ofendan...*”, concluyendo pues que basta con que “de algún modo”, cierto y ponderable, lo hagan, para ser excluidas de tal amparo. “*Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza "de algún modo" es apartarse de los datos más obvios, penosos y aun dramáticos de la realidad cotidiana*”⁸ afirmaron.

Por último si la acción sería de índole privada la intromisión del Estado no se justificaría ni a título de poder represivo (pena) ni a título de poder de policía (medida de seguridad), respondiendo a aquellos que se amparan en el Principio de Reserva para desincriminar pero que a la vez proponen otros paliativos no penales.

El fallo no es unánime, y presenta la disidencia de dos magistrados, Dres Belluscio (que se remite directamente a “Bazterrica”) y Petracchi (que también lo hace pero agregando nuevos argumentos).

Este último magistrado, ya reconocido por su extenso análisis en el precedente “Bazterrica”, recuerda que en dicho fallo se resolvió que “*la incriminación de la mera tenencia, al crear una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto, no susceptible de*

⁸ En el considerando 11.

ser destruida por la prueba en contrario del acusado o por la apreciación judicial de las circunstancias concretas del caso, no satisfacía los requisitos del art. 19”⁹.

Agrega además que castigar a los consumidores justificándolo como una vía de acceso a los traficantes es contrario al orden de valores consagrados por la Constitución Nacional, que ve a los hombres como fines en sí mismos y no medios para otros objetivos.

Concluye que no hay “causas suficientemente graves” que obliguen a la Corte a alejarse de su pensamiento precedente.

Caso Arriola

El último pronunciamiento de la Corte sobre la cuestión fue, como ya se ha dicho, el pasado agosto de 2009. En dicho caso decidió resolver la cuestión retornando al caso “Bazterrica”, específicamente a los amplios argumentos del Dr. Petracchi.

Habiendo pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo”, la Corte admite que por el paso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas (aumento del consumo) esa norma que fue considerada legítima, ya no lo es. Este es el argumento central del voto del Dr. Carlos Santiago Fayt, quien modifica su propio pensamiento con respecto a los casos anteriores.

Otra de las razones que utiliza el Alto Tribunal es la incorporación con nivel constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con sus derivaciones del principio de la dignidad del hombre (que enerva los anteriores argumentos utilitaristas), el principio pro homine (la interpretación menos restrictiva a los derechos humanos) y el freno a la invocación de bienes colectivos para limitar los derechos del hombre (ciñéndolo a las “justas exigencias”). Dada la nueva configuración constitucional de la República Argentina, el criterio que encaja cómodamente en ella es el utilizado en “Bazterrica”.

Según su voto, el Dr. Lorenzetti afirma que: *“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”*¹⁰. Desecha además las razones utilitaristas porque sacrifican derechos para alcanzar resultados que no se lograron, y que bien podrían ser obtenidos por otras medidas no represivas.

⁹ En su considerando 5.

¹⁰ En el considerando 14 de su voto.

El Dr. Zaffaroni por su parte sentencia: “*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*”.

Por último, dentro de los considerando del voto propio de la Dra. Carmen Argibay se destaca que la declaración de inconstitucionalidad es siempre para el caso concreto y que será de aplicación la doctrina sentada cuando el caso futuro a analizar “*contuviese una descripción de los rasgos que el Tribunal estimó relevantes en la acción*”¹¹.

El estado actual de la cuestión

Declarado inconstitucional el artículo 14 de la ley de Estupefacientes N° 23.737, el Poder Ejecutivo y el Legislativo se han puesto en marcha para sancionar un nuevo régimen legal en la materia.

En este sentido, el Jefe de Gabinete Aníbal Fernández, aseguró que “*La política represiva de los últimos 20 años en Argentina ha sido un fracaso*”, y con respecto al objetivo de la nueva legislación, “*es transformar a los adictos compradores de drogas en pacientes del sistema de salud, estatal o privado*”¹².

Por lo tanto, la nueva ley despenalizaría el consumo personal sin trascendencia a terceros, y utilizaría medidas no penales para solucionar dicho flagelo, mientras que las armas punitivas del Estado se concentrarían en los productores y vendedores de estupefacientes.

Conclusión

Del análisis de los casos se evidencia que la tenencia de estupefacientes para consumo personal se constituye como una de aquellas conductas en el límite entre las acciones privadas y las de trascendencia a terceros.

Los argumentos a favor y en contra de la despenalización son igualmente atendibles y sin duda cada posición busca la mejor solución a la problemática. Pero hay dos puntos que no se pueden soslayar: el fracaso de penalización para combatir el consumo y las soluciones despenalizadoras que legislaciones comparadas han adoptado en esta materia.

¹¹ En el considerando 11 de su voto.

¹² Agencia TELAM, Nota correspondiente a la publicación del día Jueves de 6 de Agosto de 2009. <http://www.telam.com.ar/vernota.php?tipo=N&idPub=156973&id=306160&dis=1&sec=1>

La Corte no se desentiende de la magnitud del problema tratado y recalca que no legitima la droga. Ha dedicado por ello uno de sus considerando a aclarar que esto debe ser bien informado por los medios de comunicación, atento a las repercusiones que tendrá la decisión.

Los jueces exhortan también a los poderes públicos a adoptar medidas globales contra este flagelo, disuadiendo del consumo de estupefacientes por medios no penales (educativos y de salud) y adoptar políticas contra el tráfico ilícito de dichas sustancias.

Los nuevos caminos que se prevé recorrerá la política criminal sobre este tema, es trasladarlo del ámbito penal al social o de la salud, buscando un enfoque integral en vista al mejor tratamiento de los adictos.

Pero hay algo en común en toda la jurisprudencia analizada y es la preocupación del Alto Tribunal, cualquiera sea su integración y momento histórico, en la erradicación de este flagelo que no sólo compromete la salud de cada individuo afectado sino que amenaza también el bienestar del pueblo de la Nación, y más aún, de la Humanidad toda.

Correo electrónico del autor: guillermogerberbaudo26@hotmail.com