

Tenencia de estupefacientes para consumo personal, acciones privadas y derecho a la privacidad

“Arriola, Sebastián y otros”

25 de agosto de 2009

Fallos: 332:1963

Nota introductoria

Los condenados por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal se agraviaron ante el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la norma que tipificaba el delito (art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737).

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.

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.

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.

Sentencia

La Corte recordó el precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) y consideró oportuno remitirse a él, especialmente al voto del juez Petracchi. Sin desconocer la existencia del posterior pronunciamiento en la causa “Montalvo” (Fallos: 313:1333), que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, el Tribunal, decidió apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente.

Sostuvo que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo” habían fracasado en tanto la actividad criminal lejos de haber disminuido se había acrecentado notablemente.

También analizó la trascendencia de la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 y sostuvo que este acontecimiento histórico había modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los

vinculados a la política criminal del Estado, que le impedía sobrepasar determinados límites y además lo obligaba a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y dejó sin efecto la sentencia apelada en lo que había sido motivo de agravio.

Estándares

1) Es inconstitucional el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, 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, pues en tales condiciones, 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 (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

2) El art. 19 de la Constitución Nacional 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 (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

3) La prescripción del art. 19 de la Constitución Nacional 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 (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

4) Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecta 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 esta pública o privada (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

5) Si se aceptara que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional, es solo el del fuero íntimo, en cuanto no se refleje en acciones privadas, de proyecciones comunitarias, la disposición constitucional solo consagraría una especie de libertad interior, pero negaría toda libertad exterior, definición de aquella cláusula solo 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 (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

6) 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, tratándose de la impugnación de un sistema normativo –art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737– que criminaliza conductas que realizadas bajo determinadas circunstancias no afectan a un tercero y están a resguardo del artículo 19 de la Constitución

Nacional, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

7) Los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos 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, aquel 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” (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

8) El 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 del precedente “Montalvo”, respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

9) No hay dudas de 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 (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

10) Las 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 solo en base a la peligrosidad (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

11) No hay dudas de que el principio *pro homine* resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”, pues aquel amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

12) La decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está de más 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 (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

13) 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 solo 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. 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. 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. La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros. De conformidad con lo expuesto, corresponde aplicar el criterio que esta Corte desarrollara en el precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392). Corresponde exhortar a las instituciones para que implementen medidas efectivas para el combate preventivo de la drogadicción (del voto del juez Lorenzetti).

14) Toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional) (del voto del juez Lorenzetti).

15) 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 partícipe 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 solo 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 (del voto del juez Lorenzetti).

16) En el precedente “Montalvo” (Fallos: 313:1333 - considerando 26) 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, lo que 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 (del voto del juez Lorenzetti).

17) 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, y tal como desde hace años la Corte ha señalado, es necesario y no se ha advertido una política pública consistente y efectiva, con lo cual el problema no solo no ha disminuido, sino que ha aumentado (del voto del juez Lorenzetti).

18) En tanto la conducta bajo examen –tenencia de estupefacientes– involucra 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, valoración que otorga carácter preeminente al señorío de la persona –siempre que se descarte un peligro cierto para terceros–, sin desentender la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes –especialmente quien abusa en su utilización– (del voto del juez Fayt).

19) 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 aquella. 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) (del voto del juez Fayt).

20) Teniendo en cuenta que el poder punitivo emanado del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes), no se manifiesta solo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada y la existencia de condiciones carcelarias adecuadas, 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, situación que produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto –o su reemplazo– con las anomalías propias que implica acceder a ellos en un lugar de encierro, por lo que antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava (del voto del juez Fayt).

21) La adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados, sino que 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, conjugándose 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 (del voto del juez Fayt).

22) 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, y solo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad, pues lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son solo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (del voto del juez Fayt).

23) 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 1º 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 solo 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 (del voto del juez Zaffaroni).

24) 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 (del voto del juez Zaffaroni).

25) 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 (del voto del juez Zaffaroni).

26) Dado que la escasa cantidad de droga incautada en la causa 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 tales 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 (del voto del juez Zaffaroni).

27) La falta de precisión sobre las razones que llevaron a la conclusión de que la conducta del imputado no estaba protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional en el precedente “Montalvo” (Fallos: 313:1333), impide la formación de un estándar aplicable a otros casos, por lo que aquella decisión, así como su mayor o menor acierto, está confinada a la causa en que fue dictada (del voto de la jueza Argibay).

28) 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 ya que, 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 (del voto de la jueza Argibay).

29) Si 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 (del voto de la jueza Argibay).

Votos

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, RICARDO LUIS LORENZETTI (SU VOTO), CARLOS S. FAYT (SU VOTO), ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SU VOTO), E. RAÚL ZAFFARONI (SU VOTO), CARMEN M. ARGIBAY (SU VOTO).

Bienes colectivos, tala de bosques nativos, protección del medio ambiente, principio precautorio y generaciones futuras

“Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de
y Estado Nacional”

26 de marzo de 2009

Fallos: 332:663

Nota introductoria

Los actores promovieron acción de amparo contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional, a fin de que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de dicho Estado provincial, se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones otorgadas a esos efectos y se prohíba otorgarlas en el futuro, se imponga a las demandadas el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso de no resultar ello técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a favor de las comunidades indígenas y agrupaciones criollas de la zona, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental creado por la ley 25.675.

Solicitaron asimismo el dictado de una medida cautelar que ordenara y garantizara el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos en la zona referida.

Sentencia

En virtud de la suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables, la Corte dispuso una medida cautelar ordenando de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, autorizados por la provincia¹.

Ante el pedido del Estado provincial para el levantamiento de la medida cautelar, la Corte lo rechazó sobre la base de que se había demostrado claramente que se habían otorgado autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se había efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones; y por el otro, que la tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendría un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar.

Con posterioridad, dada la actividad normativa desplegada por el Estado provincial y otras circunstancias, al no subsistir las condiciones que determinaron el dictado de la medida cautelar,

¹ Sentencia del 29 de diciembre de 2008, publicada en Fallos: 331:2925.

se dispuso su levantamiento². Por otra parte, la Corte consideró que se habían alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente, se desprendió del conocimiento en la causa, en la medida en que no correspondía a su competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

En su decisión, el Tribunal señaló que el respeto a las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versen sobre aspectos propios de su derecho público, y ello es lo que determina la incompetencia de esta Corte para intervenir en el proceso por la vía prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, sin perjuicio, claro está, de que las cuestiones federales que también pueda comprender este litigio sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48.

Estándares

1) La medida cautelar adoptada por la Corte que dispuso de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos, se funda en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4) que establece que: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

2) Resulta procedente la medida cautelar dispuesta en tanto se configura una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio.

3) El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

4) La aplicación del principio precautorio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

5) La aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. A tal fin, deberá contemplar

² Sentencia del 13 de diciembre de 2011, publicada en Fallos: 334:1754.

el impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras.

6) Con la adopción de estas medidas, no debe verse una intromisión indebida en las atribuciones de otros poderes del Estado, sino que, como custodio de las garantías constitucionales, se tiende a tutelar derechos de la índole de los invocados, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI.
