

de principio, a la avocación de la Corte Suprema, ya que se trata de un recurso cuya naturaleza excepcional debe extremarse tratándose de la aplicación de una ley de carácter extraordinario, como la citada precedentemente.

---

ARIEL OMAR COLAVINI

*CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales. Comunes.*

No es violatoria de la garantía establecida por el art. 19 de la Constitución Nacional la represión de la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal, prevista en el art. 6º de la ley 20.771.

*ESTUPEFACIENTES.*

No es ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras o a las pestes, ni es sobreabundante recordar sus tremendas consecuencias, tanto en la práctica aniquilación de los individuos como en su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducida en ociosidad, delincuencia común y subversiva, incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.

*ESTUPEFACIENTES.*

Resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar el mal provocado por el tráfico de drogas, o por lo menos, si ello no fuera posible, circunscribirlo a sus expresiones mínimas. El interés económico en ese tráfico no se daría si no existieran usuarios o consumidores, lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse no habría tráfico ilegítimo de drogas; el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico; no puede sostenerse con 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, protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional; ni es asimilable a las hipótesis de tentativa de suicidio o de autolesión, que carecen en principio de trascendencia social

—e incluso la autolesión puede resultar reprimida cuando excede los límites de la individualidad y ataca otros derechos, Cód. de Justicia Militar, art. 820—.

#### SENTENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL

La Plata, a los 22 días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y seis, reunidos en acuerdo los señores jueces que integran la Sala I Dres. Eduardo Servini y Segismundo Cortés, por encontrarse en uso de licencia el Dr. Juan Manuel Garro, para considerar la causa C-168-1976, caratulada: "COLAVINI ARIEL OMAR infracción a la ley 20.771" proveniente del Juzgado de 1ª Instancia de San Martín; practicado el sorteo resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. Segismundo Cortés y Dr. Eduardo Servini.

1º: La sentencia de fs. 95 vta., condena a Ariel Omar Colavini a la pena de dos años de prisión, en suspenso, y al pago de una multa de cinco mil pesos, por considerarlo autor y responsable del delito que sanciona el art. 6º de la ley 20.771.

2º: Apelada por el señor Procurador Fiscal y el señor Defensor Oficial (fs. 96), cuyos recursos han sido concedidos a fs. 100, han sido sostenidos en la alzada mediante las presentaciones de fs. 103 y 104.

3º: El señor Procurador Fiscal sostiene que, atento lo que resulta de la acusación de fs. 47/48 y la sentencia recurrida, la apelación se reduce a cuestionar el monto de la pena privativa de libertad y, no obstante considerar que la pena impuesta se ajusta a derecho habida cuenta de la falta de antecedentes y buen concepto, por imperativo legal (art. 521 Cód. Proc. Crim.) mantiene formalmente el recurso y peticiona se condene al procesado en la forma peticionada a fs. 47/48.

4º: El señor Defensor Oficial sostiene, por un lado, que no se ha tipificado el hecho imputado a su defendido, toda vez que estima que, conforme interpretación auténtica de la ley, para que una substancia sea estupefaciente debe reunir dos condiciones: a) producir dependencia psíquica o física y b) figurar en la lista preparada por la autoridad nacional. Por tanto, no resultando de la pericia de autos que la Cannabis Sativa produzca dependencia ni informando el perito que la analizada contenga T.H.C., no puede hablarse en el caso de autos de estupefaciente. Por otro lado y a renglón seguido plantea la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771 por atentar contra la libertad que garantiza el art. 19 de la Constitución Nacional. Plantea la cuestión federal y deja reservado el recurso del art. 14 de la ley 48. En consecuencia peticiona la revocación de la sentencia y la absolución de su defendido.

5º: No se discute y, por lo demás, resulta fehacientemente acreditado en autos mediante las constancias que cita el a quo en el considerando II, que

en un procedimiento realizado en la vía pública, le fue secuestrado al procesado un paquete de cigarrillos de marca, mezclados con los cuales, se hallaron dos cigarrillos de 200 gms. uno y 480 gms. el otro, que al ser analizados resultaron contener *Cannabis Sativa* Linneo, o sea marihuana, con lo que queda firme la consideración relativa a autoría, calificación y responsabilidad efectuada en la sentencia.

6º: La tesis del señor Defensor Oficial en cuanto a los dos requisitos que, a su juicio, requiere la calificación de estupefaciente, ha sido motivo de consideración por esta Sala en la causa A-49 1976, declarándose entonces que para la ley son estupefacientes, tanto éstos como los psicotrópicos y las demás sustancias que produzcan dependencia psíquica o física, *en tanto todos ellos figuren en las listas que prepare la autoridad sanitaria nacional.*

Afinando el análisis de las disposiciones legales vigentes, resulta necesario hacer notar que, en materia de estupefacientes se comprende a los señalados precedentemente, *como drogas puras* y, además a los *preparados, especialidades farmacéuticas o fármacos que contengan estupefacientes.*

En efecto, no cabe duda alguna que la ley 20.771, como así también las ratificar (decreto 7672/63 y ley 16.478) la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, con las modificaciones introducidas por el Protocolo Adicional del 25 de marzo de 1972 (ratificado por ley 20.449), por lo que, a los fines de una correcta interpretación debe tenerse en consideración el contenido de todo ello.

En consecuencia, son estupefacientes "...cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas" (art. 1º, inc. 1, ap. j de la Convención); listas que, incorporadas por la ley 17.818 obligaron al legislador a reiterar que se consideraran tales a: "a) las sustancias drogas y preparados enunciados en las listas anexas..." y "b) aquellas otras que, conforme a estudios, dictámenes propios o a recomendaciones de los organismos internacionales, la autoridad sanitaria nacional resuelva incluir en las mismas", por lo que, en definitiva "El término estupefaciente comprende a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente" (art. 77 últ. párr. Cód. Pen. s/art. 10 ley 20.771).

*Lo que esté en las listas es estupefaciente*, "En consecuencia la atipicidad no resultará por ausencia de efectos tóxicos ... o porque no se trate de una sustancia venenosa o incapaz de producir hábito ... La no punibilidad radicará simplemente en que no se ha cubierto todavía la previsión del legislador (LISTAS ANEXAS), o en cuanto a la autoridad sanitaria nacional aún no ha llenado el blanco dejado por aquél". (Laje Anaya, JA., Doctrina, 1974-286).

Se ha sostenido por este distinguido jurista (JA., 20-1975-318) que los estupefacientes definidos en la ley 20.771 y art. 77 del Código Penal comprende: a) Estupefacientes propiamente dichos, los cuales todos son malos per-sé; b) Psicotrópicos, los cuales, algunos son malos per-sé y otros no; y, finalmente, c) Las demás substancias que produzcan dependencia. Por tanto, existiendo legislación independiente para psicotrópicos y estupefacientes, habrá de acudirse a cada una de ellas para la debida identificación y verificación de penalidad, toda vez que, en cuanto a los psicotrópicos, solamente resultan punibles las listas I y II (art. 22 de la ley 19.303).

Opino que se incurre en error: sancionada la ley 20.771 (B.O. 9/X/74), la autoridad sanitaria nacional dictó la resolución 162 de fecha 14/XI/74, cuyo art. 1º establece: "Quedan comprendidos en el último párrafo del art. 77 del Código Penal (art. 10 de la ley 20.771), los productos incluidos en las listas anexas que forman parte de la presente resolución". Y, cuando se compara la lista I de la misma con las listas anexas a las leyes 17.818 y 19.303, se advierte que, *además de los estupefacientes* incluidos en la primera, *se agregaron los psicotrópicos* que figuraban en la lista I de la segunda, a saber: Afetamina, Bencedrina, Dexafetamina, Dietil triptamina (DET), DMHP, Feciclidina, Fenmetrazina, Lisérgida LSD 25, Mescalina, Mentafetamina, Metilenedidato, Oara-hexilo, Silicina, STP DOM, Tetrahrocannabino, sus sales y todos los isómeros.

Por tanto la lista única de estupefacientes es la lista I de la resolución N° 162, actualizada mediante la Resolución 845, del 7/V/75 incluyendo a la droga isopril dimetil amino propil fenicetonitrilo, desde que las Resoluciones 585, 705, 337/75 y 1508/76, se refieren todas ellas a psicotrópicos no considerados estupefacientes.

Ahora bien, en lo que antecede se ha tratado de los estupefacientes como droga pura o substancia, pero las listas incluidas en la Convención Unica numeradas I, II, III y IV, fueron anexadas a la ley 17.818 y ellas comprenden a "...estupefacientes o preparados..." (art. 1º, inc. 1, ap. u de la CONVENCIÓN) y *por preparados* debe entenderse "...una mezcla sólida o líquida, que contenga un estupefaciente" (art. 1º, ap. s del mismo cuerpo legal), resulta evidente que, además de los estupefacientes como droga pura o substancia, *se consideran tales a los preparados que contengan estupefacientes.*

La Convención no ha incluido lista especial de preparados, lo que es obvio si se considera la multiplicidad de las fórmulas y la distinta denominación según cada país; solamente se refiere a ellos en la lista III en la que incluye a los más poderosos. Pero no excluye a *preparados distintos* de la referida lista; y ello se pone en evidencia por la lectura del art. 2º incs. 3 y 4 (este último con las modificaciones introducidas por el Protocolo Adicional, ley 20.499).

En consecuencia los preparados distintos de aquellos de la lista III, estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los estupefacientes que con-

tengan, siempre, claro está, que figuren en las listas que prepare la autoridad nacional.

Al respecto la ley 19.303 anexó cuatro listas: I, II, III y IV; la primera identifica las drogas y su denominación química; la segunda, tercera y cuarta identifican drogas y preparados (especialidades farmacéuticas como las llama la ley) en que dichas drogas intervienen en la fórmula.

A los efectos penales, el art. 22 de dicha ley excluyó las infracciones con relación a los incluidos en las listas III y IV, remitiéndose, respecto de las cometidas con relación a los de las listas I y II a lo dispuesto en los arts. 204 bis, 204 ter y 204 quarter Código Penal.

Finalmente la resolución N° 162, además de la lista de estupefacientes, como drogas puras o sustancias, tiene la lista de especialidades farmacéuticas que, por contener alguna de las drogas o sustancias consideradas estupefacientes en la lista respectiva, son consideradas también estupefacientes, por lo que deberá considerarse estupefacientes también a toda especialidad farmacéutica que se encuentre identificada por su nombre comercial en la referida lista.

Por tanto el requisito de dependencia solamente tiene relación con las demás sustancias a que se refiere la ley y, a mi entender, sirve como criterio de razonabilidad respecto de su inclusión en las listas, admitiendo así el control jurisdiccional para evitar la posible arbitrariedad de una injustificable inclusión en ellas por parte de la autoridad sanitaria nacional, inclusión que, por otra parte debe responder a estudios propios o a recomendaciones de los organismos internacionales, con lo que se supera así la crítica hecha por Moras Mom (Toxicomanía y Delito, Abeledo-Perrot 1976, pág. 143).

7º: En el caso de autos la pericia de fs. 36 acredita que la sustancia secuestrada al procesado y en cuyo poder estaba, resultó ser *Cannabis Sativa* Linneo, la que, como estupefaciente figura en la lista de la Resolución N° 162.

Para satisfacción del señor Defensor, advierto que la inclusión de la marihuana en la lista de estupefacientes, se vio precedida de profundas investigaciones y estudios realizados por la OMS tal como lo señala Laplaza en Rev. de Der. Crim. N° 1 págs. 2/7, por lo que ni siquiera puede atribuirse arbitrariedad de la autoridad nacional su inclusión en la lista.

8º: La inconstitucionalidad alegada por el señor Defensor Oficial constituye un tema que en su oportunidad dividió a la doctrina y jurisprudencia y, por el prestigio de quienes lo sostuvieron, motivó una reforma legislativa que significó un retroceso; pero que en la actualidad se encuentra superado.

En efecto: El Código Penal de 1921, a pesar que a la fecha de encararse el proyecto y a la de su sanción, ya una fuerte corriente internacional tendía a la persecución de la toxicomanía, no legisló sobre el tema puesto que el art. 204 se refería a lo que en doctrina se conoce como suministro infiel de medicamentos. —Fue la ley 11.309— B. O. 4/VIII/24 la que introdujo la puni-

bilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos y, dos años después, la ley 11.331 B. O. 13/VIII/26 agregó una nueva figura o sea la tenencia ilegítima con lo que se convierte en delito la mera tenencia por parte de personas no autorizadas.

Pronto habría de plantearse, pues, el tema relativo a la tenencia para uso personal y en el plenario de las Cám. Crim. de la Capital Federal *in re* GONZALEZ ANTONIO (17/X/30) el grupo minoritario la pretendida afectación del art. 19 de la Constitución Nacional. Variada la composición del tribunal, un nuevo plenario *in re* Teran de Ibarra Asunción (12/VII/66) se hizo eco de aquella opinión minoritaria.

Con tales antecedentes y el apoyo doctrinario de Soler, Der. Pen. Arg., ed. Tea 1953, t. IV pág. 614, se produjo la reforma impuesta por la ley 17.567 cuyo art. 204 ter inc. 3 excluye de punibilidad la tenencia no autorizada en cantidades que no excedan las que corresponden a un uso personal.

La determinación de la cantidad que corresponde a un uso personal se tradujo en una casuística jurisprudencial que hizo de muy difícil aplicación la norma legal y, por lo demás, en la vida real facilitó el tráfico de estupefacientes haciendo que en su *modus operandi* el pasador portara solamente cantidades justificables como de uso personal.

La ley 20.771 vuelve las cosas a su lugar y tipifica como delito la mera tenencia de estupefacientes, con lo que era de esperar el replanteo de la cuestión a la que la aureola del derecho invocado pone una nota de alerta que predispone a su favor: el menos avisado de los juristas se siente herido en su sensibilidad cuando lo que está en juego es la libertad.

Cabe cuidarse de los excesos pues en aras de la libertad puede llegarse al sacrificio de la sociedad con lo que, paradójicamente, en el altar de aquélla restaría el cadáver del individuo mismo.

La libertad, como todos los derechos que la Constitución reconoce y garantiza, no es absoluta pues, en nuestro derecho constitucional, no hay ninguno que lo sea (Fallos: 136:161; 142:80; 191:197; 253:133; 263:393, etc.) y es de la esencia de todos ellos que se ejerzan conforme disponga su reglamentación (arts. 14 y 28 Constitución Nacional). La necesidad de ello resulta de la posibilidad de abusar de unos en detrimento de los otros que también deben ser tutelados (Fallos: 191:97) para hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponden a la comunidad (Fallos: 253:114 considerando 8º).

En la materia que tratamos el bien jurídico tutelado es la salud pública y, por suma de esfuerzos (Convención Unica de 1961), la salud mundial, pues, tal como lo puntualiza con acierto Moras Mom, op. cit. págs. 79 a 89, lo que la toxicomanía compromete es, nada menos, la "continuidad generacional". Tan alto interés justifica plenamente la reglamentación impuesta por la ley 20.771.

Cabe poner énfasis que la ley no pena *ser* toxicómano sino el *tener* estupefacientes, es decir: no se pena la condición de una persona que, si bien puede influir en su modo de obrar, no es en ella misma una acción (Soler, op. cit. pág. 292); se pena precisamente la acción (*tener*), situación fáctica que puede ser aprehendida por el Código Penal: se es libre de no querer descendencia y no son punibles los métodos anticonceptivos; ello no obstante está penado el aborto para el cumplimiento de aquella volición.

No creo que la libertad a la auto-lesión a que alude como fundamento de su tesis el señor Defensor, autorice a pensar en la libertad de ser toxicómano pues significaría, ni más ni menos, que garantizar a éste los medios necesarios para “encontrarse en permanente estado de euforia con sensación de aumento de energías, acompañado de impulsos a la violencia y pérdida de todo género de escrúpulos y a veces también de excitación sexual. Todo ello supone el riesgo de delitos cometidos en banda. La euforia puede transformarse en angustia y desconfianza. Se pierde la noción del tiempo. Todo semeja extrañamente irreal, los miembros y otras partes del cuerpo parecen aumentar de tamaño o cambiar de algún modo. La capacidad de notación disminuye, el pensamiento se torna incoherente. Surgen ilusiones sensoriales (los colores, por ejemplo, aparecen como más intensos) y alucinaciones oniroides, especialmente ópticas, como, por ejemplo, el cumplimiento de deseos. La boca está seca, la piel endurecida, se estimula la diuresis. A ello se agrega taquicardia con sensación de ansiedad, náusea, parestesias y movimientos involuntarios. La mayoría de las veces, esta intoxicación aguda deja amnesia. En el transcurso de la toxicomanía no es aumentada la dosis. Apenas surgen síntomas de deshabitación. Son numerosas las comunicaciones de psicosis aparecidas durante el abuso de la droga”. (Eugem Bleuler, Tratado de Psiquiatría, pág. 366, citado por Laplaza, Rev. Crim. N° 1 pág. 6 nota 8).

La inconcebible aspiración humana de llegar a este estado, puede —hasta donde ha avanzado nuestra legislación actual— seguir considerándola como resorte privado y exento de la autoridad de los magistrados; pero ello no da derecho al acceso a los medios necesarios para lograrlo por lo que, mientras sea legítimo fiscalizar la introducción, producción y distribución de los estupefacientes, no podrá el toxicómano acceder a la droga sino en infracción de la ley: no será, pues, punible por serlo, sino por la acción cumplida para obtener la droga.

El cuadro de sufrimiento personal del toxicómano privado bruscamente de la droga, que el señor Defensor extrae de su experiencia personal en ejercicio de su función, aparte de que en el caso de autos y la droga en cuestión contradice su tesis en cuanto la no dependencia, aparte de ello repito, solamente excita a la reflexión en la misma medida que lo hace el precario régimen carcelario que todos conocemos; pero así como éste, a pesar de no cumplir con el precepto constitucional de servir a la seguridad y no al castigo, no justificaría la derogación del Código Penal, tampoco aquél, con ser deseable que se cumpla

el precepto legal que impone el tratamiento en establecimientos especiales, justificaría legalizar la toxicomanía.

9º: Por todo ello soy de opinión que se desestimen los agravios del señor Defensor Oficial en cuanto los requisitos que pretende para la comprobación de estupefaciente, así como la impugnación de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771.

Por lo que, encontrando ajustada a derecho la pena impuesta por el a quo, oído el señor Procurador Fiscal propicio por la confirmación de la sentencia en todas sus partes y así lo voto.

*El Dr. Eduardo Servini dijo:* Que por compartir los fundamentos del voto que antecede, se adhiere al mismo.

Con lo que terminó el Acuerdo firmando los señores jueces intervinientes con el señor secretario actuante. *Segismundo Cortés. Eduardo Servini.*

#### DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

#### I

El ciudadano Ariel Omar Colavini fue detenido por una comisión policial mientras circulaba por la plaza denominada “Los Aviadores”, en la localidad de la ciudad Jardín Lomas del Palomar, en razón de haberse secuestrado entre sus ropas dos cigarrillos que contenían, según determinó una pericia posterior (cfr. fs. 36), *Cannabis sativa Linneo*, conocida usualmente como “marihuana”.

La Sala I de la Cámara Federal con asiento en la ciudad de La Plata, confirmó la sentencia de primera instancia que condenara al nombrado Colavini a la pena de dos años de prisión de cumplimiento en suspenso, y al pago de una multa de cinco mil pesos, por considerarlo autor del delito previsto en el art. 6º de la ley 20.771.

El señor Defensor Oficial dedujo a fs. 115/118 el remedio extraordinario que prevé el art. 14 de la ley 48, afirmando que el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos aprobado por la ley 21.422 no pena el uso personal de estupefacientes en forma privada y que esta ley es de igual jerarquía y posterior a la ley

20.771. Sostiene, además, que la disposición antes citada de esta ley contraviene lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que al reprimirse la tenencia de estupefacientes aunque esté dirigida al uso personal se sanciona una acción de naturaleza privada de las que se encuentran, de acuerdo al texto constitucional, fuera del alcance del legislador.

## II

A mi modo de ver, el argumento basado en que la ley 21.422 habría establecido la licitud del uso personal de estupefacientes, carece de fundamento.

En primer lugar, cabe señalar que el Primer Protocolo Adicional del referido acuerdo internacional que aprobara la citada ley 21.422, entre las figuras que se aconseja incluir en las legislaciones nacionales represivas, incluye la tenencia ilegítima de estupefacientes (ver punto 2 inc. "h") en una redacción similar a la que ofrece el art. 6º de la ley 20.771.

Por lo demás, el acuerdo de marras sólo reviste un carácter meramente declarativo, donde los países signatarios se comprometen a adoptar las medidas que en él se sugieren a fin de uniformar los instrumentos de lucha contra el tráfico y uso indebido de estupefacientes.

## III

En nuestro régimen constitucional resulta admisible afirmar que existen ámbitos de conducta humana que no pueden ser abrazados por la regulación estatal.

Así, V. E. ha declarado, citando palabras del juez estadounidense Miller, que es necesario reconocer que existen derechos privados en todos los gobiernos libres, fuera del contralor del Estado. Un 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 demo-

cráticos depositarios del poder, es, al fin y al cabo, nada más que un despotismo (Fallos: 150 pág. 432).

La Constitución Argentina reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (Fallos: 179 pág. 117). Se trata, pues, de una esfera intangible del individuo, que le pertenece por su propia condición de tal y que constituye un atributo inseparable de su personalidad, a la que el Estado se obliga a respetar, limitando su potestad, y dando así carácter jurídico a esa zona de libertad (conf. Corwin, Edward S. "Libertad y Gobierno", Buenos Aires, 1958, págs. 30 y 31).

Estos principios emergen del art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen los derechos de un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Esta es, además, la opinión común de nuestra doctrina constitucional (conf. Estrada, José Manuel "Curso de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1927, T. I, pág. 115 y ss.; Montes de Oca, M. A. "Lecciones de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1917, T. I, pág. 420; González, Joaquín V. "Manual de la Constitución Argentina", Buenos Aires, 1951, pág. 116; González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional Argentino", Buenos Aires, 1930, T. I, pág. 381; Linares Quintana, S. V. "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1956, T. III, pág. 267 y ss.; Bidart Campos, Germán "Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1966, T. II, pág. 134 y ss.) y así lo ha declarado también V. E. (conf. causa V.37, L.XVII, sentencia del 5 de octubre de 1976).

De tal precepto constitucional se desprende un primer límite a la potestad estatal de regular la convivencia social. El derecho sólo puede ocuparse de "acciones"; por el contrario, todo cuanto se desarrolle y permanezca en el fuero interno del individuo sin alcanzar ningún grado de exteriorización, pertenece a su ámbito de intimidad en el que no puede haber ingerencia legislativa alguna (cfr. Fallos: 171 pág. 114 y 115).

A su vez, no todas las acciones interesan al ordenamiento jurídico. Este, en su tarea de preservar la paz social protegiendo aquello que

la colectividad valore positivamente, sólo puede atender a las acciones que perturben, de alguna manera, el bien común, es decir, las que afectan el orden y a la moralidad pública o perjudiquen los derechos de terceros. Las acciones que no tienen tal incidencia, en cambio, quedan reservadas al solo juicio de Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Según sostiene el apelante, el art. 6º de la ley 20.771 al reprimir a quien tuviere en su poder estupefacientes, aunque éstos estén destinados a uso personal, está castigando, por vía indirecta, una acción comprendida en el marco de libertad privada que conserva todo individuo, cual sería, el derecho de consumir estupefacientes.

Al ser la tenencia una condición materialmente necesaria para el consumo, la incriminación de aquélla apareja la imposibilidad de ejercer legítimamente esta última conducta. El acierto o desacierto del planteo traído remite, pues, en último análisis, a determinar si el acto de consumir estupefacientes se encuentra incluido en la zona de no ingerencia estatal que asegurara el art. 19 de nuestra Carta Magna, ya que, si así fuera, el legislador no podría castigar la tenencia que llevara esa finalidad.

#### IV

Circunscripto de tal manera al punto a dilucidar, adelanto mi opinión en el sentido de que el uso personal de estupefacientes constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho, estando excluida, por tanto, del ámbito de libertad que señala la norma constitucional a que me vengo refiriendo.

V. E. ha declarado en reiteradas oportunidades que una actividad puede ser prohibida en razón de que afecte la moralidad, la seguridad o la salubridad públicas (conf. Fallos: 157:28; 195:108; 198:111; 199 pág. 525; 253:133).

Habida cuenta del consenso imperante en la sociedad moderna acerca de los gravísimos efectos, tanto de índole física como psíquica, que acarrea el uso de estupefacientes, no puede válidamente sostenerse, a mi juicio, que la acción de consumir tales drogas no pueda

ser prohibida en atención a consideraciones fundadas en la necesidad de salvaguardar la salud de la comunidad.

Así lo pienso, ya que actos de esa naturaleza importan, de por sí, el riesgo previsible, especialmente en punto a su posibilidad de propagación, de secuelas altamente dañosas al bienestar y seguridad general que justifica la intervención del legislador para conjurar dicho peligro.

Por otro lado, la degeneración de los valores espirituales esenciales a todo ser humano, producidos a raíz del consumo de estupefacientes, hacen que esta acción exceda el calificativo de un simple vicio individual, pues perturba, en gran medida, la ética colectiva, constituyendo un ejemplo al que el Estado, sobre quien recae el deber de tutelar la moralidad pública (conf. Fallos: 257:275, considerando 2º), no puede prohijar.

Las razones expuestas han sido recogidas por V. E. en el precedente que registra Fallos: 292:534.

La opinión contraria se apoya en el argumento según el cual la protección constitucional derivaría en la circunstancia de no ser punible la autolesión, conducta a la que se equipara el consumo de drogas, para la cual la tenencia de estupefacientes constituiría un acto preparatorio, siendo, además, una forma velada de castigar el vicio, procedimiento este contra el que se levanta la autoridad médica unánime (cfr. Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, 1963, T. IV, pág. 524).

No comparto este punto de vista.

Si bien es cierto que el derecho penal común no reprime la autolesión, no lo es menos que de allí no puede extraerse la conclusión de que se trata de una acción privada amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional. Máxime, cuando el legislador le asocia pena si compromete un interés jurídico distinto (vgr. art. 820 del Código de Justicia Militar).

Asimismo, esa falta de punición genérica no demuestra por sí sola la inadmisibilidad de que sean reprimidas otras formas particularmente graves de autolesión.

Ello establecido, tanto el fundamento concerniente a los actos preparatorios como el del castigo al vicio, carecen de vinculación directa con el punto constitucional en examen. El primero, en razón de que una vez exteriorizada una conducta, el límite de la materia de la prohibición puede abarcar, incluso, los actos preparatorios, en función de la entidad del bien jurídico que se intente proteger, sin que por ello se irroge agravio constitucional alguno (vgr. arts. 189 bis, 210 y 299 del Código Penal), razonamiento que no se ve alterado por la circunstancia de que la conducta final no resulte inculpada, y sí lo sea, en cambio, el acto preparatorio. El segundo, porque la afirmación de que se sanciona tan sólo al vicio como tal, conduce a discutir, en caso de ser acertada, la eficacia preventiva de la norma, pero no, a sostener que la conducta viciosa constituye una de las acciones libres del individuo.

## V

En suma, según pienso, la acción de consumir estupefacientes no es de aquellas que no toleran la intromisión de una regulación legal, por lo que el art. 6º de la ley 20.771 que castiga la sola tenencia de estupefacientes —salvo, obviamente, que la misma se encuentre justificada— aunque estén destinados a uso personal, no infringe el ámbito de libertad que establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

Opino, por tanto, que corresponde confirmar la sentencia de fs. 109/113 en cuanto ha sido materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 21 de diciembre de 1977. *Elías P. Guastavino*.

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de marzo de 1978.

Vistos los autos: “Colavini, Ariel Omar s/inf. ley 20.771 (Estupefacientes)”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condena

a Ariel Omar Colavini a dos años de prisión en suspenso y cinco mil pesos de multa, como autor del delito previsto y reprimido por el art. 6º de la ley 20.771 (tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal), desestimando la pretensión de la defensa de que este dispositivo fuera declarado inconstitucional.

2º) Que contra este pronunciamiento el señor Defensor Oficial dedujo el recurso extraordinario, autorizado por el art. 14 de la ley 48, reiterando que la norma aplicada era violatoria del art. 19 de la Constitución Nacional. Sostiene, en síntesis, que la Cámara dictó una sentencia basada en política social o penal, pero infundada en derecho, al sustentarse con la invocación de cierta jurisprudencia con fundamento político, incompatible con la necesidad de basarse en derecho y ajustarse a sus principios. Añade que cuando la sentenciante afirma que, mientras sea legítimo fiscalizar la introducción, producción y distribución de estupefacientes, el toxicómano no será punible por serlo, sino por la acción cumplida para obtener la droga, está ampliando el tipo penal que sólo menciona la tenencia y quebrantando el art. 18 de la Carta Fundamental y el art. 12 del Código Procesal. Lo cierto, sigue diciendo, es que el precepto impugnado conculca el art. 19 de aquella Carta, en cuanto dispone que las acciones privadas que “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, están fuera del alcance de la ley y de la justicia. Plantea, a continuación, la tesis de que acciones de este tipo son totalmente inocuas para los demás y, así como no se reprime el suicidio o la autolesión, tampoco deben ser reprimidas. El referido art. 6º no diferencia el delincuente de la víctima, como es esencial en derecho penal, y la lesión eventual a sus descendientes no es admisible para acriminarla, pues con tal criterio debería reprimirse a los alcoholistas, etc. Expresa, también, que el dolo o la culpa han de vincularse a un daño producido a los demás y recuerda que el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos, aprobado por la ley 21.422, interpretando a *contrario sensu*, desincriminaría el uso personal de las drogas, sin daño ni ejemplo para terceros, lo cual en virtud del art. 31 de la Constitución Nacional resultaría derogatorio de la ley anterior 20.771, en el punto observado. Con estas razones y otras a ellas emparen-

tadas, insiste la defensa en la inconstitucionalidad que postula, solicitando, por ende, la absolución del encausado.

3º) Que el señor Procurador General, en amplio y fundado dictamen, pide el rechazo de la pretensión defensiva y la confirmación del fallo en recurso.

4º) Que, sin perjuicio de lo que contiene de positivo el escrito de la defensa en cuanto tiende a afirmar la libertad esencial del hombre, consagrada por el art. 19 de la Constitución, referida a la esfera de su conciencia y a la inmunidad a toda interferencia estatal en el ámbito de la vida privada de los habitantes del país, se torna ineficaz su dialéctica frente a la realidad concreta del hecho *sub judice*.

5º) Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.

6º) Que ante un cuadro tal y su consiguiente prospección resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas.

7º) Que es precisamente por eso que se han celebrado convenciones internacionales y se han creado organismos de la misma naturaleza, con el fin de coordinar la represión del referido azote. Con tal objeto en muchas naciones se han sancionado, asimismo, leyes que lindan con lo draconiano.

8º) Que esto último no es el caso de nuestro país, cuya legislación se ha enriquecido, después de otros ensayos que no arrojaron

el resultado esperado, en el ordenamiento ahora vigente, con un instrumento que, dentro de su moderación y razonabilidad, no debe ser desinterpretado a riesgo de tornarlo ineficaz para la consecución de los altos fines que persigue.

9º) Que, formuladas estas precisiones introductorias, convendrá destacar que el fin primordial de la ley recién referida, reprime, por la definición que resulta de su nombre: "Tráfico de Estupefacientes", ante todo, el suministro en cualquiera de sus formas, de las sustancias que, más allá de su empleo legítimo por la medicina, pueden transformarse en materia de un comercio favorecedor del vicio con todas las secuelas ya recordadas.

10º) Que toda operación comercial, sea ella legítima o ilegítima, supone inevitablemente la presencia de dos o más partes contratantes: la o las que proveen el objeto y la o las que lo adquieran. Ello, sin perjuicio, desde luego, de todas las etapas previas de producción, elaboración, intermediación, etc., que, por cierto, en punto a lo que ahora se trata, también están conminadas por la ley.

11º) Que todo el proceso que se acaba de bosquejar sin entrar en mayores detalles, comienza por la producción y se clausura con la compra y la tenencia por el usuario.

12º) Que ello nos remite a la siguiente consecuencia de una lógica irrefutable: si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas.

13º) Que quiere significarse con lo anterior que el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico.

14º) Que, en tales condiciones, 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, protegida por el art. 19 de mandato constitucional que se proclama aplicable por el apelante. Ni es asimilable aquella conducta a las hipótesis de tentativa de sui-

cidio o de autolesión que carecen, en principio, de trascendencia social; siendo de todos modos del caso recordar, como lo hace el señor Procurador General, que esta última, la autolesión, puede resultar eventualmente reprimida cuando excede los límites de la individualidad y ataca a otros derechos (Código de Justicia Militar, art. 820).

15º) 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 que es lícita toda actividad estatal enderezada a evitarlo.

16º) Que por las razones que suministra el señor Procurador General en el capítulo II de su dictamen, a las que cuadra remitirse *brevitatis causa*, no es audible el argumento de la defensa vinculado con el contenido de la ley 21.422.

17:) Que, parejamente, no puede acogerse la pretensión exhibida por el apelante, concerniente a la falta de tipicidad del hecho acriminado y a un supuesto quebrantamiento del art. 18 de la Constitución, puesto que es inexacto que la sentenciante haya ampliado el ámbito funcional del art. 6º de la ley 20.771 que, por el contrario, aplicó con toda justeza, ateniéndose a su letra y a su espíritu.

18º) Que por lo expuesto, motivación concordante del dictamen de fs. 122/125 y precedentes de esta Corte ahí citados, debe declararse que el precepto legal cuestionado no es violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Procurador General, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

ADOLFO R. GABRIELLI — ABELARDO F. ROSSI  
PEDRO J. FRÍAS — EMILIO M. DAIREAUX.

---