

DERECHO A LA PRIVACIDAD, PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL Y LIBERTAD PERSONAL COMO LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL

Sinopsis: En la presente sentencia recaída a un recurso de hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, párrafo 2, de la Ley 23.737 que criminaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El recurso fue interpuesto a favor de cinco personas que fueron detenidas durante un operativo policial en un lugar de venta de estupefacientes. Estas personas portaban algunos cigarrillos de marihuana “de armado manual”, cuya cantidad era para uso personal, por lo cual fueron procesados y sancionados. A consecuencia del operativo, otras personas también fueron procesadas, entre otros, por la comercialización de diversos estupefacientes. La defensa de los primeros alegó básicamente la inconstitucionalidad de la disposición referida por ser contraria al principio de reserva, en particular, porque la conducta imputada se había llevado a cabo dentro de la esfera de intimidad protegida constitucionalmente. Asimismo, invocó la doctrina de la arbitrariedad para sostener que, en el caso concreto, no se había acreditado que los imputados hubieran afectado la salud pública —bien jurídico tutelado por dicha disposición—, y que con fundamento en el principio de lesividad, no era admisible la sanción impuesta.

En primer lugar, la Corte Suprema se refirió a la necesidad de revisar la vigencia del último de sus precedentes conforme al cual la tenencia de estupefacientes era punible. Entre otros, argumentó que con la reforma constitucional de 1994 en ese país se incorporaron los tratados de derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional. Señaló que, en razón de ello, se habían modificado sustancialmente varios aspectos del panorama constitucional, como los relativos a la política criminal del Estado, por lo cual éste estaba obligado a adoptar determinadas acciones para adecuarse a los estándares internacionales. La Corte Suprema indicó que decidía apartarse de la doctrina jurisprudencial más reciente y acoger nuevamente un precedente anterior que despenalizó la misma conducta, luego de lo cual realizó el análisis constitucional de la disposición respectiva.

Entre otros, la Corte expuso que si bien los tratados internacionales esbozan valores que imponen límites al ejercicio de los derechos humanos para preservar ciertos bienes jurídicos colectivos, como por ejemplo, la salubridad pública, estos deben ser interpretados estrictamente para evitar que su sola invocación sea utilizada arbitrariamente por el Estado para limitar el ejercicio de los derechos. En este sentido, señaló que los tratados internacionales en la materia reconocen varios derechos humanos previstos por la Constitución argentina, entre otros, el derecho a la

privacidad, en relación con el principio de autonomía personal, que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y que su desenvolvimiento no quede sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. También hizo alusión al principio de dignidad de la persona conforme al cual, ésta no puede ser tratada utilitariamente, como por ejemplo, ser incriminada como técnica de investigación de otros delitos. Asimismo, señaló que la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en contra del ejercicio punitivo del Estado con base en la mera peligrosidad de las personas. Por lo tanto, de acuerdo al principio *pro homine*, estableció que debe preferirse la interpretación que sea menos restrictiva de los derechos humanos, en el caso concreto, para el análisis de la constitucionalidad de la disposición respectiva.

La Corte Suprema también refirió que si bien el modo de perseguir el delito y la determinación de los bienes jurídicos que quieren mayor protección son cuestiones de política criminal correspondientes a otras esferas del Estado, la cuestión estaba referida a la impugnación de un sistema que penaliza conductas que, realizadas bajo ciertas circunstancias, no afectan a un tercero y, por lo tanto, están protegidas por la Constitución. En consecuencia, señaló que el Congreso había rebasado las facultades que le han sido otorgadas por la Constitución y, por lo tanto, declaró la inconstitucionalidad de la disposición bajo estudio por penalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal cuando no implique un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Con ello, la Corte estimó procedente el recurso extraordinario.

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Argentina se refirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, se remitió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* y *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, así como al voto particular de uno de sus jueces en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Además, citó la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de dicho Tribunal. La sentencia se encuentra acompañada de cinco votos particulares.

Synopsis: *In this sentence rendered on a factual motion, the Supreme Court of Justice of Argentina made a decision on the unconstitutionality of article 14, paragraph 2, Law 23.737, penalizing the possession of narcotic drugs for personal consumption. The motion was filed in favor of five persons who were detained during a police raid in a place where narcotic drugs were sold. These persons were in possession of "manually made" marihuana cigarettes enough for personal use so they were prosecuted and penalized. As a consequence of the raid, other persons were also prosecuted for marketing various narcotic drugs, among others. Basically, the defense of the former alleged the unconstitutional nature of the provision mentioned since it is contrary to the principle of reserve, particularly because the alleged behavior had occurred within the individual's right to privacy duly protected by the Constitution. Likewise, the doctrine of arbitrariness was*

mentioned to affirm that, in this specific case, there was no evidence that the defendants had affected public health—a juridical property protected by such provision—, and that the penalty imposed was not admissible on the grounds of the principle of damages.

In the first place, the Supreme Court made reference to the need to review the enforcement of the latest of its precedents whereby the possession of narcotic drugs was punishable. *Inter alia*, the Court affirmed that upon the constitutional reform in Argentina in 1994, the human rights treaties had been introduced at the same level as the Argentine Constitution. On that basis, the Court also pointed out that several aspects of the Constitution had been substantially modified, such as those related to the criminal policy of the State. Therefore, the State had to adopt certain actions to be in line with international standards. The Supreme Court indicated that it had decided to deviate from the most recent jurisprudential doctrine and once again adopt a previous precedent decriminalizing that same behavior. Then it made the constitutional analysis of the corresponding provision.

Inter alia, the Court stated that although international treaties outline values setting limits to the exercise of human rights in order to preserve certain collective juridical property, such as public health for example, such limits must be construed strictly to avoid that they be used in an arbitrary manner by the State to limit the exercise of rights. To that end, it pointed out that international treaties in this matter recognize several human rights under the Argentine Constitution, *inter alia*, the right to privacy, in relation with the principle of personal autonomy, preventing that any person should be the object of arbitrary or abusive interference in their private lives, and that their development should not be subject to the initiatives and care of the public power. It also made reference to the principle of dignity under which a person cannot be treated in a utilitarian manner, for example to be incriminated as a technique to investigate another criminal case. Likewise, the Court pointed out that international jurisprudence has been against any punishable exercise by the State on the mere basis that some persons are simply dangerous. Therefore, following the *pro homine* principle, the Court established that a less restrictive interpretation of human rights should be preferred to analyze the constitutionality of the corresponding provision in this specific case.

The Supreme Court also mentioned that although the way to persecute crime and the determination of the juridical goods requiring higher protection are matters of criminal policy pertaining to other fields of the State, this matter referred to the challenges of a system penalizing behaviors that do not, when carried out under certain circumstances, prejudice any third parties. Therefore, they are protected by the Constitution. Consequently, the Court pointed out that the Congress had exceeded the powers granted by the Constitution and hence, the Court declared the unconstitutionality of the provision under analysis for penalizing the possession of narcotic drugs for personal use when it does not involve any specific danger or harm to the rights or goods of third parties, insofar as it invades the field of personal liberty excluded from the power of state bodies. Thus, the Court considered that the extraordinary motion was appropriate.

In this sentence, the Supreme Court of Justice of Argentina made reference to the American Convention on Human Rights, the International Covenant of Civil and

LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL

Political Rights and, the Universal Declaration of Human Rights. Likewise, it referred to the jurisprudence of the Inter- American Court of Human Rights in the cases of Baena Ricardo et al. v. Panama, and Fermín Ramírez v. Guatemala, as well as to the particular vote of one of its judges in the case of Ximenes Lopes v. Brazil. Furthermore, it made reference to Advisory Opinion OC-5/85, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 of the American Convention on Human Rights) of such Court. The sentence rendered is accompanied by five special votes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
ARGENTINA

RECURSO DE HECHO EN LA CAUSA No. 9080
INTERPUESTO POR GUSTAVO ALBERTO FARES,
MARCELO EZEQUIEL ACEDO,
MARIO ALBERTO VILLARREAL,
GABRIEL ALEJANDRO MEDINA
Y LEANDRO ANDRÉS CORTEJARENA
SENTENCIA DE 25 DE AGOSTO DE 2009

Buenos Aires,

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la

causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que esta causa se inició el 19 de enero de 2006, a raíz de lo informado por el Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que de distintas actuaciones sumariales labradas en esa dependencia por infracción a la ley 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido contacto en forma esporádica con una finca emplazada en la calle Nicaragua casi esquina Forest, donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes al menudeo.

...

2°) Que, tras la realización del debate oral y público ..., el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y condenó a: ... IV) Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena, como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional (artículo 26 del Código Penal), imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta (artículo 27 bis del Código Penal): 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes. En todos los casos sustituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la ley 23.737, dando intervención a ese efecto al señor juez de ejecución penal

...

3°) Que la defensa interpuso recurso de casación en favor de ... Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena..., que fue rechazado por el tribunal a quo ..., quien —a su vez— declaró inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por la defensa.

...

De tal modo, la cuestión sometida a estudio de este Tribunal ha quedado circunscripta a los hechos vinculados a Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena, en la queja en estudio.

4°) Que, en este sentido, corresponde señalar que al fijar la materialidad de los hechos el tribunal de juicio tuvo por acreditada la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

También tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual —cada uno de ellos— (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.

5°) Que en el recurso de casación la defensa se agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la

nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso “Bazterrica”, en el cual se había declarado la invalidez constitucional de un texto normativo —ley 20.771, artículo 6°— que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal con un alcance semejante al que lo hace la norma impugnada.

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

7°) Que en el recurso extraordinario la defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado.

Por otro lado, alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales.

Agregó que si bien la postura del tribunal a quo hacía pie en el precedente “Montalvo”, la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la ley 23.737 demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se había pretendido obtener persiguiendo indistintamente al tenedor de estupefacientes para consumo personal.

Expuso que la postura asumida por la Corte Suprema en los precedentes “Bazterrica” y “Capalbo” era la más adecuada a un Estado de Derecho que respete el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos; en este sentido avaló su posición en torno a la afectación al principio de re-

serva con transcripciones del fallo “Bazterrica”, y el voto en disidencia del juez Petracchi en “Montalvo”.

Asimismo, subrayó que el argumento de cambio de composición del Tribunal había sido utilizado por la misma Corte como fundamento al retomar en “Montalvo” lo decidido en “Colavini”.

Por último, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad sostuvo que en el caso no se había acreditado que la conducta de los imputados hubiese afectado de alguna forma el bien jurídico protegido por la norma —salud pública—, de modo que con fundamento en el principio de lesividad que proscribía el castigo de una acción que no provocara un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto, era inadmisibles la sanción pretendida por tratarse de una acción atípica.

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

Tal decisión dio origen a la presente queja.

9°) Que de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso Constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48).

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

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

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

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

13) Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de “Montalvo” y “Bazterrica”, lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio.

En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas...

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montal-

vo” 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 ..., pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

...

16) Que 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...

Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

...

17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvol-

vimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad —e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en “Bazterrica”.

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

19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso...

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.

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la considera-

ción de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...”(CIDH, Serie C No. 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re “Gramajo” ... quién además agregó que “... En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...” ...

Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.

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

No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcritos, es más amplia ...

22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado.

Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (parágrafos 66 y 67).

Es claro que las consideraciones en que se sustenta el precedente “Bazterrica” se ajustan más a esa pauta interpretativa de la Corte Interamericana, que el precedente “Montalvo”, en referencia a los bienes colectivos invocados.

23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio “pro homine”. De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de

Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio “pro homine” resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.

24) Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales.

...

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

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 3º, inc. 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes).

Por su parte la Oficina de las Naciones Unidas sobre Droga y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes ...

26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al 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.

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas

...

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico...

...

29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor.

Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

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

31) Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras

esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.

32) Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo... Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

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

33) Que es jurisprudencia inveterada de esta Corte que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico” ...

34) Que ello se debe a que las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente por- que son mayoritarias...

35) Que sobre tal cuestión la Corte Interamericana ha señalado que [...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de

carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardo v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, *Fondo, Reparaciones y Costas*).

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

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

...