

**C. 36.989 - 'CIPOLATTI, HUGO s/procesamiento' - CNCRIM Y CORREC FED - 08/06/2005**

Buenos Aires, 08 de Junio de 2005.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

El doctor Horacio R. Vigliani dijo:

I. El Dr. Albino José Stefanolo interpone recurso de apelación contra la resolución que dicta el procesamiento de su defendido, Hugo Cipolatti, en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal -art. 14, segundo párrafo, ley 23.737- (fs. 44/48 y 114)). El letrado cuestiona la versión de los hechos plasmada en el resolutorio y, paralelamente, introduce el planteo de inconstitucionalidad del citado artículo por oponerse al principio de reserva -art. 19 C.N.-

Al informar oralmente en los términos del artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa atacó el procedimiento policial que diera origen al sumario y reiteró el pedido de inconstitucionalidad (fs. 65).-

Ahora bien, dados los planteos introducidos por la defensa resulta prioritario examinar, como en toda causa penal, la existencia o no de nulidades, ello así, pues de existir algún vicio de insusceptible reparación, los cuestionamientos dirigidos contra el origen de la investigación en la medida en que prosperasen, tornarían innecesario el tratamiento de la inconstitucionalidad alegada, ya que las presentes actuaciones habrían perdido virtualidad y en consecuencia se carecería en autos del imprescindible objeto procesal que le diera vida y dinámica, es decir no ( ) existiría causa alguna.-

Lo expuesto guarda absoluta correspondencia con los sólidos fundamentos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que señalan la imposibilidad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, "es decir fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento" (conf. 324:3219).-

II. En esa dirección, corresponde entonces evaluar los motivos que originaron el accionar policial y que culminaron con la detención de Hugo Cipolatti y el posterior secuestro de material estupefaciente.-

Al respecto, cabe señalar que los preventores se encontraban recorriendo "el radio jurisdiccional...con fines de prevención y represión de ilícitos" (conf. declaraciones de los policías Ariel Dario Vila de fs. 1 y Héctor Osvaldo Espelt de fs. 7) y en esas circunstancias fue que advirtieron la presencia de "tres personas del sexo masculino que se encontraban conversando en el interior de un Bar allí existente en actitud dubitativa." Ante tal situación y "En razón de los hechos delictivos que se están cometiendo en ese tipo de comercio y a fin de identificar a estos sujetos...concurren al comercio...notando que dos de los tres masculinos ya no se encontraban y se percatan que el restante sería el conocido 'PIPO CIPOLATTI!'" (fs. 1 y 7).-

Repárese, que según los propios testimonios de los preventores que fueron ampliados en sede jurisdiccional, el origen de su intervención se debió a que "por el momento de inseguridad que se vive debe prestar especial atención a los restaurantes en horas de la noche" (conf. fs. 82/83).-

De lo expuesto, se advierte que los motivos previos, que resultan precisamente los fundamentos en los que deben apoyarse los procedimientos policiales para llevarse a cabo, cedieron de manera concluyente ante su casi desaparición. Ello, en la medida que el temor por la comisión de un acto ilícito que se había generado en los preventores atento "los hechos delictivos que se están cometiendo en ese tipo de comercio", se desvaneció al percatarse que dos de las personas ya no se encontraban en el lugar y el tercero fue individualizado por ambos como un conocido integrante del ambiente artístico y por lo tanto ostensiblemente ajeno, a lo menos, de la conducta delictual motivadora de su actividad prevencional.-

Desde otro ángulo de análisis, no es posible avizorar en el caso, que existieran los indicios vehementes de culpabilidad que prevé el artículo 284, inc. 3º, del Código Procesal Penal de la Nación para proceder a su detención (ver. "Romero"C.N.C.C., Sala VI, resuelta el 23 de octubre de 1986), como así tampoco flagrancia, peligro inminente de fuga o el supuesto amparado por el artículo 1º de la ley 23950, que autoriza al personal policial a detener a una persona si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional, ello así, por las apreciaciones expuestas en el párrafo precedente.-

Tales consideraciones ya han sido materia de análisis por este Tribunal y la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos nº 32354 "Callamullo Mamani, Luis Beltrán", resuelta el 5 de octubre de 2000, registro nº 950;; c. nº 32344 "López, Héctor Humberto", resuelta el 19 de octubre de 2000, registro nº 995 y "Yon Valentín, Noelí", de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, resuelta el 8 de octubre de 1997, registro nº 1810, entre otros.-

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropas de una persona, se halla sujeta a fuertes restricciones en virtud de encontrarse en juego el ámbito personal de intimidad constitucionalmente protegido (artículo 18 de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales). Se trata de un acto gravemente restrictivo de la libertad personal, que exige la existencia de una clara justificación que legitime los motivos de un proceder como el referido. (Conf. c. nº 27419 "Rosental, Alejandro s/ nulidad", rta. el 19 de marzo de 1996, registro 197; c. nº 27416 "Medina, Ángel s/ nulidad", rta. el 21 de marzo de 1996, registro nº 234, entre otras).-

En el caso Yon Valentin señalado anteriormente, los jueces al evaluar esa situación, establecieron que el hallazgo del material estupefaciente ex post a la detención y claramente después de la requisa no la justifica, apoyándose en citas de ese Tribunal.-

Para que puedan darse en la práctica, y resulten válidos estos dos supuestos (detención y requisa), deben existir, y es requisito esencial, "motivos previos".-

Los motivos previos que deben presentarse, se refieren a la sospecha que genera una persona respecto de la posible comisión de un hecho ilícito, en consonancia con los parámetros reseñados anteriormente -flagrancia, indicios vehementes de culpabilidad.-

Nuestro más Alto Tribunal en el Fallo "[Fernández Prieto](#)" (L.L. t.1999-B), apoyándose en casos y consideraciones efectuadas por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU., señaló que la doctrina de la "causa probable" -motivos previos- ha sido desarrollada en el precedente [Terry vs. Ohio, 392, US, 1, \(1968\)](#), efectuando un análisis extenso en cuanto a la similitudes fácticas que encerraron ambos procedimientos a los que se hace expresa remisión.-

Para el caso que se me trae a estudio, resultan pertinentes las consideraciones efectuadas en torno a la distinción de "causa probable" y "sospecha razonable", por cuanto esta última representa un estándar inferior.-

El Tribunal Estadounidense sostuvo en los casos *United States vs. Cortez* 449, U.S., 411 (1981) y *Alabama vs. White*, 496, U.S., 325 (1990) que para establecer si existe "causa probable" o "sospecha razonable" se deben considerar la totalidad de las circunstancias del caso "The whole picture", pronunciándose en el sentido de que deben examinarse todas las características en las que se desarrolló el hecho y que basada en aquéllas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con la existencia de un probable hecho ilícito.-

En el caso bajo estudio en mi concepto, la solución no resulta tan compleja como en los antecedentes reseñados, ello por cuanto sea una u otra la fuente de motivación que tuvo el personal policial para detener y requisar a Cipolatti, ella se esfumó a raíz de los pormenores señalados en los párrafos que anteceden -dos personas ya no se encontraban en el lugar con lo cual el peligro de la eventual producción y prevención de los hechos que se tenían como objetivo a evitar, se habían en buena medida disipado, a lo que debe adicionarse que, claramente, el tercero fue reconocido por los preventores, no concurriendo ninguno de los supuestos que habilitarían su intervención (artículos 283, 284 y concordantes del C.P.P.N. y ley 23.950)-.-

Este Tribunal sostuvo en reiteradas oportunidades que "Si la requisita aparece como infundada por no existir acción externa alguna que legalmente constituya motivo de sospecha, ésta indudablemente deviene nula" (conf. c. n° 29506 "*Vidales, Juan*" rta. el 17 de marzo de 1998, reg. n° 143 y c. n° 31652 "*García Castro, John s/ nulidad de requisita*", rta. el 12/5/00, reg. n° 397, entre otras).-

De la totalidad de las consideraciones efectuadas, entiendo inexcusable en el sub iudice, prescindir de todos aquellos elementos probatorios que hayan sido obtenidos ilegítimamente, pues darle valor a esas pruebas y apoyar en ellas una sentencia judicial compromete la buena y recta administración de justicia.-

Sobre el tópico la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por

nuestra constitución".(conf. "Rayford, R.", resuelta el 13 de mayo de 1986 [Fallo en extenso: elDial - AA53D], publicado en ED t.118, pág. 476)

En este orden de ideas un gran número de precedentes jurisprudenciales se aprecian encolumnados directamente con los fundamentos dados "in re" "Rayford", que sin perjuicio de considerar distintas cuestiones fácticas, la regla de exclusión es analizada de manera congruente en todos los casos, por ejemplo "Montenegro", resuelto el 10 de diciembre de 1981, "Fiorentino", resuelto el 27 de noviembre de 1984, entre otras.-

Por lo tanto no existiendo elementos que permitan establecer otra fuente investigativa y probatoria independiente y distinta a la de la investigación de autos, que hubiese permitido arribar al correcto secuestro del material estupefaciente, y en consecuencia a la sustanciación de un procedimiento subordinado a la garantía del debido proceso, es que propongo se declare la nulidad de todo lo actuado en la presente causa. Tal es mi voto.-

El Dr. Gabriel R. Cavallo dijo:

En el caso no existieron circunstancias previas al secuestro del material estupefaciente -cuya tenencia se imputa en autos- que avalen el accionar policial. Entonces, dado que comparto las consideraciones sobre el punto efectuadas anteriormente, voto en el mismo sentido que el Dr. Horacio Raúl Vigliani.-

Con relación a la pretendida inconstitucionalidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y no obstante dejar a salvo los fundamentos desarrollados por la mayoría del Tribunal en los autos "Baraj, Bernardo s/sobreseimiento" (reg. n° 905, rta. el 30/11/94), no encuentro nuevos argumentos que permitan soslayar el criterio asentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes caratulados "Caporale, Susana y otros s/infracción a la ley 23.737" y "Di Prato, Sergio Marcelo y otro s/infracción a la ley 23.737", ambos resueltos con fecha 24/10/95.-

El Dr. Eduardo Freiler dijo:

I. Controvertida la constitucionalidad de la norma que pena la conducta achacada a Cipolatti, es forzado abordar prioritariamente su análisis, no sólo por el orden en el que la defensa parece haberlo introducido (v. fs. 76) sino porque sin eventual reproche carece de sentido el proceso.-

El artículo reza: "Será reprimido con.... el que tuviere en su poder estupefacientes.- La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal". Es decir, reprime con pena de prisión la tenencia de estupefacientes para consumo personal.-

Pocos temas han sido tan discutidos y generaron tamaños reveses jurisprudenciales (de la C.S.J.N.: "Colavini" (1978) -ese mismo año, el entonces juez de sentencia Eugenio Zaffaroni, resolvía la invalidez del artículo 6 de la ley 20771 en "Yáñez Alvarez, Manuel"-, "Bazterrica" (1986) y "Montalvo" (1990)), lo que me lleva a evitar extenderme sobre cuestiones que no son novedosas

y que, de un lado y del otro, han sido contestadas. Quizás baste para comprender los argumentos principales de aquí y de allá, con sólo revisar los trabajos de Nuñez -en particular su artículo publicado en "Doctrina Penal" en defensa de la incriminación a través de la crítica al fallo "Bazterrica"- y de Nino y Malamud Goti -quienes por caminos diversos confluyen en similar cuestionamiento respecto de la penalización-. En tanto, también es recomendable para evitar un examen superficial más lleno de "tabúes" que de argumentos racionales, el análisis del "discurso de las drogas" que realiza Rosa del Olmo, recuperando categorías que había trabajado Foucault en su legendario ensayo "El orden del discurso". ("Las drogas y sus discursos" en "El derecho penal hoy" -Julio B.J. Maier y Alberto M. Binder (comps.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995).-

Es preciso, si, recordar que esta misma Sala registra un importante precedente que valoró "la exigüidad y naturaleza de la sustancia incautada, el lugar íntimo en que era llevada, las circunstancias que rodearon la tenencia, y la consiguiente intrascendencia de ella a terceros" para afirmar que una acción tal se ubicaba debajo del umbral de ilicitud del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 (c. 15.601 "BARAJ, Bernardo L. s/ sobreseimiento", rta. 30/11/94, reg. 905). Allí también se sostuvo que "es indudable que el límite entre lo interno y lo externo se decide según parámetros de cada sociedad, y también está fuera de duda que en una sociedad que otorgue valor a las libertades del individuo, la injerencia estatal se detiene frente a aquellas conductas que de modo alguno hayan tenido la posibilidad de trascender a terceros y que se hayan desarrollado en el ámbito de intimidad del sujeto" (del voto del Dr. Cortelezzi).-

En lo sustancial, las razones de este antecedente eran las mismas que explicaba Nino cuando, contestando al argumento de la defensa social, decía que "no son los meros actos de consumir drogas los que perjudican o ponen en peligro los intereses ajenos, sino o bien tales actos cuando se ejecutan en condiciones particulares (como en público o en circunstancias tales que el sujeto tiende a delinquir), o bien otros actos asociados con el consumo de estupefacientes pero que se pueden distinguir claramente de esta última conducta (y de la conducta de tener drogas para el propio consumo). En ambos casos los actos nocivos son perfectamente individualizables a los efectos de ser desalentados mediante la amenaza de pena, y esto se puede -y se debe- hacer sin necesidad de proyectar la represión sobre una clase más vasta de actos que incluyen a los actos anteriores o que están más o menos conectados con ellos" (cf. "Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación", Cap. X "Los límites de la interferencia estatal: el perfeccionismo", pág. 444).-

Por mi parte, intentaré incorporar argumentos nuevos para contrastarlos con la última posición asumida sobre la materia por el Más Alto Tribunal y, de allí, concluir si la conmueve o no, pues "los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las conclusiones arribadas en aquellos, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el Tribunal" (Fallos 318:2105, con cita de Fallos 312:2007). En este sentido, también se dijo que "a esta Corte no incumbe emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento" (Fallos 308:2268).-

El Ministerio Público en esta encuesta se ocupó de destacar los principales lineamientos de "Montalvo" (Fallos 313:1333) con cita de sus párrafos más sobresalientes (v. fs. 71vta/72). Lo que

la doctrina norteamericana conoce como holding (Jonathan M. Miller y otros, "Constitución y Poder Político", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992) de la decisión podría resumirse así: el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal no atenta contra el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues esa conducta ofende (al menos potencialmente) el orden, la moral y la salud pública, lo que hace que tal punición sea razonable, en atención a la relación entre bienes jurídicos protegidos y la conducta incriminada.-

Creo que ese estándar de razonabilidad es el que debe ser revisado.-

Toda aplicación de una norma por parte de los jueces supone un previo examen de razonabilidad, lo que se traduce en verificar si hay proporcionalidad entre medios y fines. Esto no implica suplantar al legislador en la consideración de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia para determinar la utilidad de tal o cual remedio para atacar una acción que pueda entenderse contraria al orden, la moral y la salud pública. Tan sólo significa que, estando en juego los derechos del individuo, su restricción deba mantenerse dentro de los límites de lo razonable.-

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que "aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad" (Fallos 310:2845; 311:394; 312:435; entre otros).-

"La misión judicial...no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma; ello por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial" (Fallos 249:37; 302:1284).-

El análisis que sigue estará guiado por esa categoría, que no es asimilable a lo racional, tampoco su antónimo, sino a la razón práctica, ala búsqueda del equilibrio propio de la iuris prudentia que animaba a los jurisconsultos romanos. En su estudio sobre el pensamiento de Hannah Arendt, Celso Lafer se refiere a la lógica de lo razonable, como inspiradora del paradigma de la filosofía del derecho y responsable de llevar al saber jurídico "a apreciar la adecuación de los medios teóricos a los fines prácticos a que se destinaban; a referir la utilidad de las teorías a las circunstancias en que operan; a trazar un límite a lo que era insensato señalando, por un lado, el absurdo a que llevan ciertas posiciones si se toman radicalmente, y por el otro equilibrando por el entrecucharse de las opiniones el impacto de las distintas posiciones de los iusfilósofos" ("La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt", Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 86). A esto me refiero yo.-

Es oportuno mencionar que en también se había adjudicado un papel protagónico a un examen de este tipo ("no se encuentra probado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aún de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas" y "una

respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo..." -Fallos 308-1392-).-

La cuestión se reduce, entonces, a determinar si es razonable que la conducta bajo estudio sea reprimida con pena de prisión. O, en otras palabras, si de acuerdo a nuestro estado de derecho, el encierro, como castigo de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo, es constitucional.-

Paralelamente, no es posible un examen de razonabilidad que omita considerar los efectos de los medios utilizados y, en ello, su eficacia o ineficacia. Pues si el medio resulta ineficaz en orden a los fines que lo inspira, también será irrazonable su utilización.-

Debo adelantar que no pretendo discutir aquí los fines de la pena y su eficacia en términos generales. Únicamente sostengo que, estando en juego libertades individuales, su restricción debe cumplir un propósito que la justifique.-

Un análisis así -podríamos llamarlo consecuencialista- ha sido recientemente empleado por la Corte en el caso "Itzcovich" [[Fallo en extenso: elDial - AA2886](#)], también como criterio de control de razonabilidad, donde a diez años de la vigencia de una norma evaluó sus efectos nocivos para llegar a la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente (v. comentario de María A. Gelli "El caso "Itzcovich" ¿Un fallo institucional de la Corte Suprema?" en LL 11/4/05). Allí el Tribunal concretamente sostuvo que, junto al contexto de sanción, debía considerarse el contexto de aplicación de una norma "de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional".-

Un buen ejemplo para representarnos lo que significa mantener la legislación actual es el que nos ofrece Malamud Goti, quien dice: "Supongamos que mi vecino baja sus persianas pero sin lograr impedirme observar que, instalado en el sofá de su living, intenta inhalar un polvo blanco que ha esparcido cuidadosamente sobre un cristal ubicado sobre una mesa de café. Puedo observar también, a través de las rendijas de las persianas, que mi vecino se inclina hacia delante, con el visible propósito de inhalar el polvo. Para impedir un hecho que guarda todas las apariencias de ser un delito de acción pública, llamo por teléfono a la policía, pero el oficial que atiende el teléfono me advierte que es imposible que el personal logre llegar a tiempo. Bajo entonces rápidamente las escaleras, transpongo el patio que separa los dos cuerpos del edificio para ingresar en el departamento del vecino. Lo aparto enérgicamente cuando éste resiste mi ingreso y avanzo hacia su mesa. Con un vigoroso soplido esparzo el polvo por toda la habitación. He impedido la comisión de un delito castigado con prisión y contribuido, presumiblemente, a prevenir una acción prohibida por la ley penal por que soy un ciudadano convencido de que las prescripciones legales deben ser acatadas" ("Castigo de la tenencia de drogas para el consumo personal (entre la vigilancia y la privacidad)", en "Moralidad, legalidad y drogas" -Pablo y Gustavo De Greiff (comps.)-, Fondo de Cultura Económica, México, 2000).-

A la mayoría le parecerá que obrar como lo hace el "buen vecino" es una exageración y, ciertamente, no han llegado a los tribunales muchos casos así (si es que existe alguno). La

explicación es simple: pocos creen que el hecho justifique semejante invasión de la privacidad, no sería razonable.-

Quienes defienden la penalización consideran vigentes los argumentos de y nos remiten a ellos frente a una observación como la hecha más arriba.-

En ese precedente, cuyas conclusiones ya expusimos, la Corte explica que el derecho penal ha debido salir al ruedo tras las experiencias frustradas de otros medios alternativos. De este modo justifica la aparición del derecho penal como ultima ratio. La Cámara Nacional de Casación Penal, también lo ha manifestado así, haciendo suyas tales consideraciones (Sala I "Echaide" (1997), Sala II "Silvera Silva", Sala IV "Radovich" (2004), entre varios otros). Justamente por eso recalco la necesidad de verificar si los fines que parecían justificar en aquel entonces la invasión se cumplen o no.-

La legislación argentina se sumó en una fórmula que concibe a la demanda como uno de los pilares fundamentales en "la guerra contra la drogas" que, no se discute, es un flagelo de la humanidad. La idea fue que, a través del consumidor se llegara al traficante, pues ambos eran considerados eslabones de una misma cadena.-

La elección de contener el consumo a través de su represión penal, entonces, no fue un invento vernáculo, aunque sí puede decirse que fue una entre varias opciones registradas a nivel mundial. Entre estas últimas se encuentran las políticas de reducción de riesgos que priorizan otros objetivos antes de la abstinencia (se prefiere asistir a los consumidores para que superen la dependencia).-

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes (1988), que ha sido fuente de inspiración de la ley 23.737, no obliga a tipificar como delito penal la tenencia para consumo. Por el contrario, se cuida de especificar que "a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal..." (v. art. 1.2 de la Convención, aprobada por ley 24.072). Su propósito "es hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes que tengan una dimensión internacional" (art.2), por lo que los consumidores son sólo vistos como una estrategia para acceder y desbaratar el tráfico.-

Esto explica que países que la han suscripto y ratificado han despenalizado la tenencia para consumo personal, por ejemplo, España -castiga el consumo si es en un sitio público.-

También cabe citar el caso de Colombia, donde en simultáneo a una ofensiva intensísima contra el narcotráfico, de la que incluso participa el ejército, no está penalizada la tenencia de estupefacientes en dosis mínimas que son catalogadas como para consumo. Pero esto no significa que no se considere dañoso, ni mucho menos. Colombia ha puesto en práctica una política integral de reparación de las consecuencias de ese consumo (v. Decreto 1108/94 -"El presente decreto tiene por objeto sistematizar, coordinar y reglamentar algunas disposiciones de los Códigos del



Menor, Nacional de Policía, Sanitario, Penitenciario y Carcelario, Sustantivo del Trabajo y Nacional de Tránsito Terrestre y otras normas (EMPRESA INTERDISCIPLINARIA) que establecen limitaciones al porte y al consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y fija los criterios para adelantar programas educativos y de prevención sobre dicha materia", art.1; "La prevención integral es el proceso de promoción y desarrollo humano y social a través de la formulación y ejecución de un conjunto de políticas y estrategias tendientes a evitar, precaver y contrarrestar las causas y consecuencias del problema de la droga", art. 44-).-

Amén de estos ejemplos, por si alguna duda queda, el informe de 1997 del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) destaca que no hay obligación de las partes a castigar al que adquiere, posee o consume drogas.-

En palabras de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), organismo dependiente de la ONU: "El mundo se droga cada vez más, sin importarle si lo que consume es legal o ilegal" (Reporte 2000).-

La misma Junta en 1997, al evaluar el funcionamiento de la justicia penal, llegó a recomendar a los estados miembros que diesen mayor prioridad a la captura y castigo de los delincuentes más importantes, concibiendo la posibilidad de imponer penas distintas al encarcelamiento a aquellas personas en cuya posesión se encontrasen pequeñas cantidades de droga.-

La Argentina no asumió internacionalmente la obligación de penar la tenencia para consumo sino que escogió hacerlo porque habían fallado los resortes estatales de los que había echado mano con anterioridad. Tensó la cuerda de los derechos individuales con la esperanza de solucionar el problema.-

Los resultados de esta opción demostraron, a quince años de la vigencia de la ley 23.737, su fracaso. A pesar de la política de "tolerancia cero" el comercio ilegal de drogas y su consumo han aumentado.-

En tal sentido resultan elocuentes las estadísticas del Fuero Federal que evidencian un gran incremento de causas por tenencia para consumo personal, a partir de la vigencia de la ley 23.737, sin que esto haya demostrado un resultado favorable acorde al fin con el que fue concebida. El saldo fue una avalancha de expedientes tendientes a investigar consumidores sin lograr ascender en los eslabones de la cadena del tráfico en la gran mayoría de los casos. Además, la experiencia refleja que de ese enorme número, una porción insignificante derivó en medidas tendientes a asistir al consumidor. Incluso, a pesar de ello, en casos en los cuales se logró cumplir con la medida curativa ordenada, no se alcanzó el objetivo deseado, sino por el contrario una reincidencia en el consumo.-

De otra parte, no debe subestimarse la enorme inversión de recursos represivos destinados hacia el consumidor en lugar de ser aplicados contra el narcotráfico, cuyos actores, de manera indirecta pero en definitiva, aprovechan la dispersión de esfuerzos provenientes del Estado.-

El paso del tiempo demostró la ineficacia de la norma y, por ende, su irrazonabilidad (muchos dicen que, incluso, la criminalización funcionó como un sistema autorreproductivo - ver. Exp.-Dip. 5616-D-03, Trámite Parlamentario 182, fecha de publicación 18/11/2003).-

Esta circunstancia, entonces, debe ser tomada como un hecho nuevo sobre el que no tuvo oportunidad de expedirse el Más Alto Tribunal; de allí la necesidad de revisar su doctrina.-

II. El panorama jurídico también ha variado desde la ocasión de, proporcionando nuevos argumentos que justifican la modificación del criterio entonces sostenido por la Corte en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos 311:1644).-

"Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquellos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos" (Fallos 308:857;; 311:1937).-

La posibilidad de volver sobre la doctrina de la Corte a partir de la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de fallar goza de antecedentes en esta Sala. Tales modificaciones pueden provenir de las interpretaciones que efectúan los órganos supranacionales, recogiendo la importancia conferida en los casos (v. c. n° 30.406 "HURTADO, A. s/inc. de excarcelación", reg. n° 4, rta. el 08/01/99). Sobretudo es muy posible que esto suceda si nos atenemos a los principios de progresividad en materia de derechos humanos.-

Hay unidad de criterio en cuanto a que las condiciones de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (cfg. art. 75 inc. 22 C.N.) nos remite a la aplicación jurisprudencial por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación y, concretamente, a la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pero esto no implica limitarse a los informes que el órgano supranacional realiza sobre casos en los que está involucrado el Estado Argentino o recomendaciones a nuestro país, sino a toda la actividad de seguimiento que en general despliega respecto de la situación de los derechos humanos en los países que son parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.-

Es de crucial relevancia para nuestro análisis, por lo tanto, que la Comisión considere a aquellas personas detenidas con sustancias estupefacientes para su propio consumo como enfermos, y no delincuentes, y que estime que corresponde que reciban tratamiento en un centro de salud, en lugar de ser reclusos en un centro carcelario.-

Esta toma de posición, a mi criterio, se deriva claramente del Informe de seguimiento sobre el cumplimiento por parte de la República de Ecuador de las recomendaciones formuladas en su informe sobre la situación de los derechos humanos de ese país de 1997, al decir que "valora la reforma de 1997 a la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, según la cual los

narcodependientes o consumidores que hubieren sido detenidos en posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, destinadas a su propio consumo, serán considerados enfermos y no podrán ser reclusos en un centro carcelario, sino sometidos a tratamiento de rehabilitación en un centro de salud". Ese "valora" no puede entenderse sino con el agregado "positivamente", de lo que concluyo que esa es la pretensión de la Comisión.-

La interpretación se fortalece si tenemos en cuenta que en el Informe de 1997, la Comisión había señalado: "La CIDH está plenamente consciente de los grandes problemas que está generando el narcotráfico en el hemisferio, y considera que mientras se puedan tomar medidas de carácter especial, esas medidas deben ajustarse a los marcos que establece el Estado de derecho" (OEA/SER. L/ V/ II.96, Doc. 10 rev. 1, 24/4/97, Cap. VII -Derecho a la Libertad Personal-). Considerar a quien tenía estupefacientes para el propio consumo, tan sólo por ello, como un delincuente era algo que se apartaba de los marcos del Estado de derecho y de la protección al derecho a la privacidad establecida en el artículo 11, incs. 2 y 3, del Pacto de San José de Costa Rica.-

Las circunstancias apuntadas me llevan a afirmar que si nuestra Constitución de comienzos de la década pasada soportaba la penalización de la mera tenencia de estupefacientes para consumo, hoy no la resiste más.-

Como sostiene Zaffaroni, "en el plano ideológico los derechos humanos retoman los límites penales del siglo XVIII, es decir, de un movimiento diacrónico (históricamente incompatible) con la inquisitio del siglo XIII" ("El marco constitucional ius humanista del saber penal" en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" -V9C-, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999). El standard del individuo kantiano como sujeto de derechos ha variado sensiblemente.-

Vale recordar lo dicho por la Corte Suprema en el legendario caso, en cuanto a que las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción. Con este razonamiento, el Alto Tribunal entendió que las normas se tornan constitucionalmente indefendibles con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas.-

En virtud de todo lo expuesto, voto por que se declare la inconstitucionalidad del artículo 14, 2da. parte, de la ley 23.737, por violar los artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional y 11, inciso 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en consecuencia se revoque la resolución de fs. 44/48 y se sobresea a Hugo Cipolatti en orden al delito por el que fuera indagado (art. 336, inciso 3, del Código Procesal Penal de la Nación).-

En mérito al Acuerdo que antecede el Tribunal RESUELVE: DECLARAR la nulidad del procedimiento policial que diera origen a las presentes actuaciones y de todo lo actuado en consecuencia, decretándose el SOBRESIMIENTO de HUGO CIPOLATTI y haciendo la expresa declaración de que la formación del presente sumario en nada afecta el buen nombre y honor del que gozara (arts. 166 y concordantes y 336 inc. del del Código Procesal Penal de la Nación.-

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal de Cámara y devuélvase a la anterior instancia a fin de que realice las notificaciones de rigor.-  
Sirva la presente de atenta nota de envío.//-

Fdo.: Vigliani - Caballo - Freiler

Citar: elDial - AA2A9C

Copyright © elDial.com - editorial albrematica