

Poder Judicial de la Nación

///Plata 21 de noviembre de 2012.

Y VISTA: Esta causa, registrada bajo el N° 6602, caratulada “M., M. A.; Z., M. M. s/ Inf. Ley 23.737”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1, Secretaría N° 2, de La Plata.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. La causa llega a conocimiento de esta Alzada, en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 226/228 vta. y fs. 229/231 vta. por la Dra. Luz Palma Zaldua, en representación de M. A. M. y M. M. Z. respectivamente, contra la resolución obrante a fs. 210/214 vta., por la cual el Juez de Primera Instancia dispuso el procesamiento de los nombrados, por considerarlos, *prima facie*, autores penalmente responsables del delito previsto en el art. 5°, inc. “a”, de la ley 23737, en la modalidad de cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes.

El recurso fue concedido a fs. 232.

II. Previo a realizar el relato de los hechos, adelanto que habré de propiciar la revocatoria de la resolución apelada y el correspondiente sobreseimiento de los imputados de marras. Ello, como explicaré a continuación, pues, a mi juicio, y tal como lo solicita la defensa, corresponde encuadrar la conducta enrostrada a M. A. M. y M. M. Z. dentro del ámbito de las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Según surge de la lectura de las actuaciones, la causa tuvo su inicio el día 9 de marzo de 2011, con la acción realizada, *motu proprio*, por el Oficial Inspector de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, F. S. P., quien, en su declaración ante la Unidad Especial de Lucha Contra el Narcotráfico obrante a fs. 2/3, dijo prestar servicios en la referida unidad, “*en horarios discontinuos*” .

Conviene transcribir algunos pasajes de la declaración de S. P. referida supra. El citado Oficial de Policía expresó ante las autoridades pertinentes, que “*Es así que siendo aproximadamente las 13:30 horas, y en circunstancias se encontraba [sic] recorriendo la jurisdicción de Villa del Plata Norte, partido de Ensenada, junto a personal a sus órdenes a bordo de móvil policial no identificable, pudo observar que en la esquina de la intersección de las calles X y X, se halla emplazado un vivero. Donde en dicha esquina se halla delimitado el terreno con alambre tipo tejido con media sombra negra a media altura a su alrededor, con el detalle en partícula que visto de frente hay un sector en el alambrado con cañas*

obstruyendo la vista directa de las plantas, las cuales pueden ser vistas desde el costado de las mismas cañas. Que en dicho vivero, desde la calle, se puede observar plantas de la familia de la Cannabis (comúnmente conocida como planta de Marihuana), el declarante por su especialidad en la materia la reconoce debido a la característica de sus hojas lanceoladas y dentadas. Ante tal situación y encontrándonos ante una Posible Infracción a la Ley 23.737, y con la finalidad de no ser detectados, procedemos a observar por un breve lapso de tiempo, obteniendo material fotográfico como soporte visual para luego retirarnos del lugar. Que de averiguaciones practicadas en el lugar, siempre en forma disimulada, encubierta y subrepticia, logró establecer que ...”

En tales circunstancias, el Oficial de Policía S. P. hizo entrega a las autoridades ante las que declaró, de las placas fotográficas obrantes a fs. 5/12, y el Comisario Inspector Ángel David Ayala, Jefe de la citada Unidad Especial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, elevó las actuaciones preventivas a la Unidad Fiscal de Instrucción (UFI) N° 11 del Departamento Judicial de La Plata (fs. 18).

III. Arribados los autos a la UFI N° 11 de La Plata, el Agente Fiscal Álvaro Garganta solicitó orden de registro domiciliario y secuestro del vivero y la vivienda ubicados en las calles X y X del Partido de Ensenada (fs. 19 y vta.), solicitud que tuvo acogida favorable por parte del titular del Juzgado de Garantías en lo Penal N° 6 del Departamento Judicial de La Plata, Dr. Fernando Jorge Mateos (fs. 20 y vta.).

El allanamiento ordenado se llevó a cabo el día 10 de marzo de 2011, es decir, un día después de las investigaciones personales y autónomas del Oficial de Policía S. P.. Acorde el acta de procedimiento obrante a fs. 26/29, la policía, en presencia de dos testigos hábiles y de los moradores del lugar, los imputados M. A. M. y M. M. Z., secuestró nueve (9) plantas de marihuana, un envase de cartón de dulce de leche en cuyo interior se hallaban ramas y hojas de la misma planta, un frasco plástico con cincuenta y cinco (55) semillas de cannabis sativa linneo y una gavilla de ramas también de marihuana. Realizados los tests de rigor sobre las sustancias incautadas, todas arrojaron resultado positivo para la presencia de marihuana.

El Fiscal Álvaro Garganta, dado el resultado del allanamiento, citó a M. A. M. y M. M. Z. a prestar declaración indagatoria en los términos del artículo 308 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (fs. 50/51). Los citados M. y Z. se presentaron ante el Fiscal, y, una vez

Poder Judicial de la Nación

realizadas sendas audiencias, el Dr. Garganta formuló la requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 78/80.

Con fecha 11 de mayo de 2011, el Juez Fernando Jorge Mateos resolvió declinar la competencia del Juzgado de Garantías a su cargo, en orden a los hechos investigados en autos a los que configuró, *prima facie*, como cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes (art. 5º, inc. "a", de la ley 23737), en razón de la materia. El Dr. Mateos dispuso, en consecuencia, la remisión de la Investigación Penal Preparatoria (IPP) al Juzgado Federal de La Plata que por turno corresponda (fs. 89/91).

IV. Las actuaciones, previo paso por el Juzgado Federal Nº 3 de La Plata, cuyo titular se declaró incompetente en razón de los turnos judiciales (fs. 96 y vta.), fueron radicadas en el Juzgado Federal Nº 1 de esta sede judicial y su titular, en el acto, corrió vista al Fiscal a tenor de lo establecido en el art. 180 C.P.P.N. (fs. 97).

El Fiscal Federal, Dr. Sergio Alejandro Franco, se abstuvo de formular el correspondiente requerimiento fiscal de instrucción alegando que ha existido en autos prevención policial (fs. 98).

La causa siguió su curso y el Dr. Manuel Humberto Blanco, Juez titular del Juzgado Federal Nº 1 de La Plata, una vez oídos en declaración indagatoria los imputados, dictó el auto de procesamiento ahora apelado obrante a fs. 210/214 vta., encuadrando la conducta de M. A. M. y M. M. Z., como ya se dijo, en el delito previsto por el art. 5º, inc. "a", de la ley 23737, en la modalidad de cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes.

La defensa se agravia, en primer término, en cuanto a la realización del peritaje que obra a fs. 70/77, realizada por la Superintendencia de Policía Científica del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

Ese agravio es admisible ya que debe advertirse que carece de sentido investigar, incluso por medios químicos, el rendimiento en THC (tetrahidrocannabinol) que podría obtenerse de las plantas secuestradas.

Yace allí un profundo error, resultante de tratar a las plantas como si fuesen ya materiales producidos, lo cual conduce al Juez a atribuir la tenencia de 81.745 dosis umbrales (v. fs. 213), cuando en realidad sólo tenían una cantidad de marihuana que razonablemente se puede considerar destinada al propio uso.

Acerca de este último punto, la defensa de M. y Z. se agravia de la calificación escogida por el a quo, y solicita, en su lugar, y como ya se dijo,

encuadrar el hecho investigado en aquel que se describe en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, es decir, la tenencia de estupefacientes destinados al consumo personal. Asimismo, solicita la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la citada ley, en base a los argumentos expuestos por la Corte Suprema en la causa "Arriola".

V. Ahora bien, tal como lo adelanté, comparto los argumentos defensas, por considerarlos ajustados a derechos y a los hechos de la causa, aunque no coincido en la norma en la cual se pretende encuadrar los hechos, tal como desarrollaré en el apartado siguiente.

Según surge de las manifestaciones del propio M. A. M., licenciado en ciencias naturales, al brindar declaración indagatoria ante el Juez Manuel Blanco a fs. 191/192 vta.: *"... no trafica ni comercia, ni nada que se le parezca, que se encuentra en esta situación porque usa la planta como uso medicinal, porque tuvo un accidente de tránsito en el año 1994, por el que estuvo internado tres meses y medio, y las secuelas son múltiples fracturas [...] Aclara que casi siempre la consume en forma de infusión para calmar sus dolores [...] Que desea dejar claro, que como el declarante solo efectúa cultivos naturales, solo puede sembrarse una vez al año, y ese cultivo anual, crece, se desarrolla y muere; en ese contexto es que el declarante debe proveerse de dicha planta durante un año. También quiere aclarar que la planta tiene un efecto sobre sus problemas urinarios, aparte de los dolores y en principio la utiliza como relajante, ya que luego del accidente utilizó otras terapias y no le dieron los resultados deseados y como dijera desde aquel accidente quedó muy nervioso, cuando empieza a percibir dolores"*.

Vale tener en cuenta también, lo expresado por M. al finalizar su declaración: *"...solo quiere aclarar que el declarante no consume el THC en estado puro como está planteado en la pericia, que él consume toda la planta y por ello el análisis de cantidad de dosis pierde efecto en esta cuestión"*.

Por su parte, la coimputada M. M. Z., pareja de M. con quien convive desde hace aproximadamente 17 años y junto a quien tiene una hija de 12 años, también licenciada en ciencias naturales con orientación botánica de la U.N.L.P., manifestó ante el Dr. Blanco: *"En relación al trabajo en sus plantas, trabaja con cien especies para la experimentación y sus usos medicinales y se hacen tareas de investigación. que dentro de esa tarea de investigación y luego del accidente traumático de M. [M.], esta planta en cuestión, es decir la secuestrada, posee la propiedad de paliar tanto las*

Poder Judicial de la Nación

cuestiones psicológicas y físicas como anti depresivo y relajante muscular [...] Que siempre la consumían en su casa entre ambos” (fs. 193/194).

Estas manifestaciones vertidas por los imputados acerca de su consumo personal de marihuana fueron corroboradas por sendos exámenes médicos practicados sobre los encartados de marras por disposición del juzgador (v. fs. 205/207 y fs. 208/209).

De todo lo expuesto surge que, ya a esta altura, no parece que puedan producirse otras medidas de pruebas efectivas que permitan presumir que la droga en poder de M. y Z. estuviera destinada a otro propósito que no fuera el consumo por ellos mismos.

VI.- La figura típica

De acuerdo a mi opinión no debe negarse que M. y Z. habían sembrado y cultivado plantas y guardaban semillas utilizables para producir estupefacientes, más precisamente cannabis. Sin embargo resulta imprescindible realizar un adecuado análisis de las circunstancias fácticas que aquí se analizan para proceder a algunas modificaciones respecto de la calificación realizada por el a quo de modo de darle un encuadre normativo más preciso.

Surge con claridad que tanto M. como Z., utilizaban la sustancia producida en forma personal.

Por tal motivo corresponde aplicar a las conductas que se describen en el presente expediente el penúltimo párrafo del artículo 5to incluido por la ley 24424, que contempla el siguiente supuesto: ***“En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.”***

Si de la ponderación de las constancias de la causa quedase un margen de duda respecto del destino de consumo personal (duda que no se me presenta) de las sustancias obtenidas como resultado de la guarda, siembra y cultivo es preciso aplicar la pauta interpretativa desarrollada por la Corte Suprema en Fallos 329:6019.

Allí, en una situación en la que se analizaba la duda respecto de la finalidad para consumo personal de la tenencia de estupefacientes, el Alto Tribunal concluyó que dicha duda no puede razonablemente resolverse subsumiendo el caso en el artículo 14, primera parte de la ley 23737.

Por tal motivo, y tal es la clara pauta establecida por la Corte Suprema, si existiese duda respecto del destino de las sustancias, esta

situación no puede nunca ser resuelta por el juzgador de modo tal de ocasionar un encuadre más gravoso a los imputados, por lo que concluyo que la adecuada calificación legal de las conductas de M. y Z. es la contemplada en el penúltimo párrafo del artículo 5 de la ley 23737.

VII.- Está cuestionada la constitucionalidad de la norma aplicable en el presente caso?

Resuelto el tema de la calificación normativa corresponde analizar si la legitimidad de la norma aplicable, está cuestionada y si como consecuencia está habilitado este tribunal para considerar la constitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 5to de la ley 23737? La respuesta es afirmativa.

Para llegar a tal conclusión tomo especialmente en cuenta que la defensa insiste en sus presentaciones en afirmar que las conductas quedan dentro del ámbito de las acciones privadas y por consecuencia toda prescripción normativa que signifique una intromisión del ordenamiento jurídico a su respecto deviene inconstitucional, aunque centra su análisis en el artículo 14 segunda parte de la ley 23737, que considera aplicable al caso.

La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma producida por el Congreso de la Nación, debe ser restrictiva, tal como lo ha señalado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia, indicándose que dicha declaración sólo debe ser la última ratio del ordenamiento jurídico, lo que exige una mayor profundidad de fundamentos ante la excepcional posibilidad de que se llegue a ella de oficio.

A efectos de resolver la cuestión, he de afirmar que el debate acerca de la competencia del legislador para imponer sanciones por conductas privadas que solo tengan como destinatarios a los autores ha sido debidamente incorporado a este proceso, entendido como ámbito de intercambio dialógico de discursos jurídicos, por la defensa de M. (fs. 251/256 especialmente 254 vta. y 255) y Z. (fs. 257/262 especialmente 260 vta. y 261).

Para llegar a esta conclusión considero que debe compararse, en lo pertinente el texto de ambas normas, el penúltimo párrafo del artículo 5to y el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23737. Dice el primero: ***“cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal”*** mientras la segunda de las normas referidas expresa: ***“... cuando por su escasa cantidad y***

Poder Judicial de la Nación

demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

Realizada la comparación observo que la legitimidad de la norma cuya aplicación he propuesto ha sido directamente cuestionada por la defensa y por tal razón concluyo que la situación fáctica planteada en la presente causa, y los razonamientos jurídicos realizados en los escritos de apelación contrastados con los argumentos en contrario expuestos por el Ministerio Público Fiscal, ponen a este Tribunal en la situación de considerar y resolver la cuestión de la constitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 5 de la ley 23737.

VIII.- La inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 5to es una cuestión novedosa?

Los argumentos centrales en virtud de los cuales se ha declarado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23737 (o normas similares), se refieren a la ultraintención asignada a la tenencia y ha sido en esta donde se asienta el carácter violatorio del objetivo constitucional.

El núcleo de las posturas conforme a la cual las normas que establecen penas para la tenencia de estupefacientes para consumo personal se basan, desde el claro voto del juez Petracchi en el fallo Bazterrica hasta el más reciente fallo Arriola, en la necesidad de dar cumplimiento adecuado a la clara letra del artículo 19 de la Constitución Nacional, que expresamente prohíbe la regulación jurídica respecto de ***“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero...”***.

Por mi parte al momento de analizar la constitucionalidad del art. 14 2do párrafo de la ley 23737, también fundé mi razonamiento contrario a la legitimidad de dicha norma en el incuestionable objetivo del constituyente consagrado en el artículo 19.

Por tales razones y entrando a la cuestión planteada en este apartado entiendo que en realidad el tema no es nuevo y no debe darse a su respecto una decisión contradictoria con la asumida al tratar la cuestión de la tenencia para uso personal. Se exige en este tipo penal, el del artículo 5to, que la sustancia esté destinada inequívocamente a consumo personal. Este es el punto preciso desde donde debemos partir. Al así hacerlo podemos observar que el texto es prácticamente similar al 2do párrafo del artículo 14 de la ley 23737, como lo hemos bosquejado en el punto II.

En conclusión, en una primera aproximación, a la que por cierto nos hemos referido, indica que en orden a la coherencia analítica no resulta posible proponer soluciones diversas respecto de un mismo postulado¹.

IX.- *Es probable interpretar la norma de modo que resulte constitucional?*

La conducta descrita tiene una única posibilidad que es el consumo personal, y en consecuencia, no existe otro destinatario más allá del autor, de los efectos de dicha conducta. No hay interferencia alguna entre el ámbito de organización propio del tenedor con el ámbito de organización de otra persona.

Puede decirse sin embargo que esta falta de interferencia directa es en realidad propia de los delitos de peligro. De todos modos la interferencia entre el ámbito de organización del autor y de otra u otras personas en estos casos resulta de una presunción del legislador respecto de que la proyección de determinada conducta interfiere con uno o varios ámbitos de organización ajenos al autor.

La norma cuestionada, no cumple ni siquiera mínimamente este último presupuesto. Esto es así ya que expresamente la fórmula utilizada: “***...surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal***”, no deja lugar a dudas respecto a la inexistencia de interferencia alguna con ámbitos de organización ajenos y a la vez afl. contundentemente que estamos en presencia de conductas no riesgosas para terceros, toda vez que los estupefacientes obtenidos son para consumo personal.

No es, de ninguna manera, compatible con la letra y el objetivo de la primera frase del artículo 19 CN, que se imponga una sanción por tal conducta. Esta conclusión no resulta de acuerdo a mi criterio de una posición de injerencia desmedida en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad por parte de los jueces, ya que la contradicción constitucional que aquí se nos presenta configura lo que a criterio de Thayer implica un ***muy claro error*** (Bradley Thayer, James, “*The origin and scope of the American Doctrine of constitutional Law*”, *Harvard Law Review*, vol. 7, 25/10/1983)². En este mismo orden de ideas, aun cuando adoptásemos una posición absolutamente restrictiva de la actividad judicial en cuanto se refiere al control de constitucionalidad, me imagino

¹ En función de tal afl. ción puede observarse que, en gran medida, se reitera en el presente voto el núcleo central de mi voto en la causa Maldonado.

² “Los tribunales sólo pueden pasar por alto la ley cuando aquellos que tienen el derecho de hacer leyes han cometido meramente no un error, sino uno muy claro.”

Poder Judicial de la Nación

que la norma bajo análisis no podría superar un test mínimo, el shock de conciencia del que hablaba Frankfurter o la prueba del vómito atribuida a Oliver Wendell Holmes³.

La compatibilidad de una norma con la Constitución se debe realizar en un caso concreto y como consecuencia de entender la declaración de inconstitucionalidad como la última ratio del sistema jurídico, corresponde al juez explorar la posibilidad de interpretarla de modo tal de favorecer su aplicación. En definitiva lo que se trata de evitar son situaciones concretas de violación o desatención de las normas constitucionales y no sólo una coherencia lógica interna del sistema jurídico, observado a tal evento como un sistema cerrado y autopoiético en términos de Luhmann, que se autoprograma y desvincula de la realidad social que regula.

Es por esto que son, no sólo posibles, sino convenientes, las posiciones consecuencialistas, que tienden a evitar la afectación concreta sin desautorizar injustificadamente al legislador, preservando de este modo los ámbitos competenciales de cada órgano del Estado. Sin embargo esto no resulta posible en el presente caso según mi modo de ver. No hay posibilidad de evitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma bajo análisis, toda vez que de su propia redacción y de toda posible interpretación resulta una clara afectación del principio consagrado en la letra expresa del artículo 19 de la Constitución Nacional.

X.- El artículo 19 CN como consagración de la autonomía. Libertad y autolegislación

La libertad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, puede y debe ser vista como autonomía, es decir, una libertad jurídicamente relevante tanto en el ámbito privado, o individual, cuanto al ámbito público. Se diferencian las dos esferas de competencia normativa y en ambas se establece el principio cardinal de la autonomía. La primera parte, en cuanto refiere a acciones privadas establece la autonomía privada y la segunda afl. la autonomía pública a partir de la definición del principio de legalidad en su manifestación más fuerte.

Debe considerarse, en el análisis de esta primera parte del artículo 19 CN, la existencia de dos principios que no se excluyen ni se confunden: el principio de acto y el principio de lesividad (ver Mario Magariños, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del artículo 19 de la Constitución*

³ Sobre este punto se puede ver un interesante análisis en Posner, Richard A. "Law, pragmatism and democracy" 2003 y en Sola, Juan V. "Derecho Constitucional" Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 55 y 56.

Nacional, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008) No hay competencia del legislador sin acto, pero no todo acto autoriza al legislador a establecer sanciones⁴.

Sólo la ley, decisión colectiva, nos manda o nos prohíbe, pero justamente antes de abrir paso a la competencia del legislador se establece una valla a su atribución.

Antes de habilitar a la ley, resultado de la voluntad colectiva y expresión de la autonomía pública, el constituyente le sustrajo el ámbito de la autonomía privada de su esfera de acción. En el ámbito de la autonomía privada nos encontramos con la capacidad de cada individuo de definir su propio proyecto de vida, de elaborar sus propias reglas de conducta, en definitiva de ser y de hacer consigo mismo lo que mejor le parezca sin interferencias, ni de los otros ni del Estado.

Esta concepción es el piso mínimo de marcha. Sin este alcance no hay individuo como titular de derechos, como ciudadano. Como enseña Jakobs, “cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto: sin su ámbito privado el ciudadano no existe” (*Günther Jakobs, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico” en Fundamentos del Derecho Penal, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad Hoc, Buenos Aires 1996, pág 188*)

Por otro lado, esta idea de libertad es imprescindible para la posibilidad de igualdad como pauta objetiva y punto de partida de una sociedad integrada.

Al analizar la libertad en términos políticos podemos concebirla como no dominación, pero en el ámbito de la propia persona, tanto en su interioridad como en lo tocante a las acciones autorreferentes, no podemos sino consagrar el principio de no interferencia (*conf. Philippe Petit, Una teoría de la libertad, Losada, Madrid, 2006*).

Llegados a este punto corresponde afirmar que un análisis democráticamente contextualizado (el único compatible con el propio texto constitucional por otra parte) nos lleva a concluir que el objetivo del texto constitucional en general y del artículo 19 en particular, es una sociedad de personas que se autogobiernen. En su ámbito privado, a partir de la toma de las decisiones que consideren adecuadas y aceptando, en su accionar público, limitaciones impuestas por la ley, que no es otra cosa que su propio producto pero en tanto integrantes del colectivo social.

⁴ De esto se trata el núcleo central del razonamiento aquí desarrollado: no hay competencia del legislador pues no hay lesión alguna a terceros.

Poder Judicial de la Nación

Como dice Habermas la persona moralmente libre tiene que poder comprenderse al mismo tiempo como autora de los mandamientos morales bajo cuyo mandato se encuentra como destinatario (*Jürgen Habermas, La inclusión del otro, Paidós, Barcelona, 1999, pág 61*).

El autogobierno requiere de una correcta identificación de competencias, definir qué queda en el ámbito de la autonomía privada y qué le corresponde a la pública. A tal fin y a partir de esta diferenciación de ámbitos es que se puede hablar de cooriginalidad de la autonomía privada y la autonomía pública y esto se da a través de la "autolegislación" o sea cuando los destinatarios son a la vez autores de sus derechos (*Jürgen Habermas, Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág 169*).

Desde esta lectura de la asignación de competencias diferenciadas entre el ámbito público y privado resulta además que ni el legislador como sujeto ideal equiparable al colectivo social, ni los distintos individuos integrantes de ese colectivo, tienen atribución para legislar sobre las acciones autorreferentes de los otros individuos, justamente porque no existe posibilidad de que las normas así establecidas se proyecten sobre sus vidas.

La afirmación del principio de autolegislación como fundamento de un sistema normativo, lleva en sí misma la exclusión de toda norma que no tenga como destinatario directo o indirecto al autor, sea este un individuo en tanto tal o en tanto integrante del colectivo social.

En otros términos, el legislador no sólo carece de competencia para legislar en el ámbito de las acciones privadas porque éste está reservado al propio individuo, sino además, porque no hay modo de que las acciones que así se pudieran normar tengan punto de contacto con el propio desarrollo vital de quienes resultan directa o indirectamente investidos de la atribución de legislar, o sea que no se verifica el requisito de la autolegislación.

Esto no implica negar una óptica realista que afirma que la ley no siempre siempre significa efectivizar la voluntad popular. Sin embargo como afirma Zagrebelsky, la vigencia de un verdadero régimen democrático, en su acepción más amplia y más profunda no es sostenible ni adquiere sentido, si no se entiende a la ley como instrumento de autogobierno popular (*Gustavo Zagrebelsky, "El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia"*

Editorial Trotta, Madrid, 2005)⁵. En definitiva, la idea de autolegislación no es sólo, ni principalmente, una ficción imprescindible por la que se busca justificar la obediencia a decisiones efectivamente ajenas, es un objetivo en sí mismo, por el que se deben remover los obstáculos que sean menester de modo de asegurar el autogobierno.

La autolegislación puede ser vista desde una óptica procedimental, conforme a la cual a ningún habitante se le puede imponer un criterio por coerción, ya sea interna o externa, ni se le puede privar de su derecho a participar en la construcción colectiva y en términos discursivos de las normas a las cuales habrá de someter sus acciones. Estas reglas, junto con otras, garantizan la universalidad y la autonomía y en su consecuencia cualquiera puede decidir con libertad y en igualdad aquello que acepta, para sí y para el conjunto (*conf. Robert Alexy, "La construcción de los derechos fundamentales" Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2010, págs 69 y sgtes*).

XI.- Otros posibles enfoques sobre la autonomía y el ámbito de libertad.

El desarrollo realizado en el apartado precedente no significa que afirmar la existencia de un ámbito de autonomía conduzca fatalmente a basar la decisión individual en el puro apetito sensorial, ya que desde antiguo se ha desarrollado una línea de pensamiento que identifica la libertad con autonomía de conciencia, que no niega, antes bien todo lo contrario, la existencia de un orden trascendente.

En el claro e ilustrado voto emitido en la causa A.⁶, (en la que se declaró la inconstitucionalidad del delito de tenencia para consumo) el juez Schiffrin planteó con agudeza que la conciencia religiosa no debe verse afectada por el reconocimiento de un ámbito en el cual el legislador es excluido.

En dicho voto afl. Schiffrin que, desde su punto de vista: "*...-la conciencia religiosa de muchos puede sentirse rozada cuando la autonomía individual es entendida como absoluto desligamiento del individuo respecto de toda instancia trascendente. Kant es el pensador que obligadamente ha de tomarse aquí como punto de referencia, para decir que -- según creo-- el sentido que el filósofo de Königsberg da a su doctrina de la autonomía de la*

⁵ En la página 151 se puede leer: "Aunque la vieja concepción de la ley como instrumento de autogobierno popular haya caído en descrédito bajo los embates de la crítica realista, sigue siendo verdad que en democracia esta crítica es menos infundada e ilusoria que en cualquier otro régimen". Será cuestión de analizar la profundidad y extensión democráticas de cada sistema para terminar de corroborar tal aserto.

⁶ causa N° 10.727 de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, caratulada: "A., L. I. y otro s/ inf. Ley 23.737, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de Mar del Plata, resolución del 1º de junio de 1990

Poder Judicial de la Nación

conciencia no es el que acabo de apuntar. Al tratar de la existencia de Dios como postulado de la pura razón práctica, afl. que con ello no quiere decir que sea necesario suponer la existencia de Dios, como base de toda obligación en general "porque --sigue Kant-- ha sido suficientemente probado que ésta --la obligación-- se basa simplemente en la autonomía de la razón misma". La existencia de Dios es, expresa Kant, postulado necesario para la inteligibilidad del "summum bonum", cuya instauración es objeto de la ley moral. "Se sigue que el postulado de la posibilidad del más alto bien derivado (el mejor mundo), es al mismo tiempo la postulación de un supremo bien original, esto es, de la existencia de Dios""⁷

Observemos en idéntico sentido que este desarrollo teórico no significa que Kant renuncie a plantear la autonomía como base de la validez de la construcción de las reglas morales, a punto tal que la Tesis IV de la ya citada Crítica de la Razón Práctica comienza afirmando "*La autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les convienen; por el contrario, toda heteronomía del arbitrio, no sólo no funda obligación alguna, sino que más bien es contraria a su principio y a la moralidad de la voluntad*".

La capacidad de decisión es, en este sentido, necesaria como circunstancia posibilitadora del libre albedrío. Toda persona puede tener la posibilidad de desarrollar conductas privadas particulares acordes con los preceptos generales como resultado de la propia voluntad. No se trata de que actuar bien por imposición externa sino por propia decisión.

En definitiva la libertad, la decisión autónoma, consiste en la posibilidad de cada individuo de elegir el bien no como consecuencia de la imposición externa como la que se daría ante la amenaza de sanción estatal por la intromisión de la ley penal en el ámbito privado.

Esta idea que, se compadece con el mérito entendido como posibilidad de ubicarse la persona en condición de merecer una retribución de la divinidad por sus acciones, es expresada por Tomás de Aquino en la Summa Theologica, al tratar la cuestión 114 donde puede leerse entre otras consideraciones: "*El hombre merece cuando hace voluntariamente lo que debe; de lo contrario no sería meritorio el acto de justicia por el que se restituye lo que se adeuda.*"

Ningún merecimiento habría si no le quedase a la persona otra posibilidad que hacer el bien. Frente al Bien Absoluto no hay tal

⁷ La cita Kant efectuada por Schiffrin es extraída de la cita de la traducción al inglés de la Crítica de la razón práctica -- párr. V-- hecha por Thomas K. Abbott, en la colección Great Books of the Western World, publicada por la enciclopedia Británica, t.42, impresión 24, año 1982, p. 345

libre albedrío y la coacción resultante de la amenaza de sanción lo reduce notablemente. El legislador debe mantenerse al margen de la fijación de pautas en el ámbito privado de las personas de modo tal de permitir el ejercicio de la libre decisión sin la cual no hay virtud.

De todos modos, podría ser posible ir más allá e incluso cuando se niegue el carácter absoluto de la autonomía esto no implica negar la posibilidad de ejercicio práctico de la capacidad de decisión. En este sentido afl. Schiffrin⁸ *“Esto puede llegar a significar que aún no aceptando, la autonomía (teónoma o no) de la razón moral humana, quepa admitir la autonomía práctica de la conciencia, fundada en la dignidad del hombre y la responsabilidad trascendental que la persona tiene por sí y por los otros.”*

El reconocimiento de este límite infranqueable al legislador lo plantea desde esta postura, con claridad meridiana Sergio Cotta "...ninguna autoridad terrena podrá asumir legítimamente la primacía respecto a la conciencia, la cual tiene el derecho de ser libre, ya que es el lugar privilegiado de la atención y el acogimiento, sobre todo del Dios vivo" ("Itinerarios humanos del derecho", p. 76, 2^a ed., Pamplona, 1978, traducción al castellano de Jesús Ballesteros, conf, cita efectuada por el juez Schiffrin en el voto referido).

XII.- Puede forzosamente aparecer un "tercero" respecto de las conductas previstas en la norma analizada?

Podría plantearse al analizar la afectación, ya sea daño ya sea riesgo, para un tercero, la cuestión atinente a la aparición de "nuevos sujetos" de derecho, o eventualmente el carácter difuso que se presenta en el llamado derecho penal ambiental. Si bien esta cuestión es ajena, en principio, al sub lite, no debe descartarse de plano que haya lesividad por esta vía.

En este punto, la relación de cada individuo con el medio en que desarrolla su existencia, en la medida que no excluya ni reduzca de modo notable la posibilidad de que otros individuos y grupos humanos lo hagan, ni signifique una modificación irreversible del sistema, tampoco puede ser objeto de regulación por el legislador. La concepción de la tierra como ente en tanto sistema que se autorregula y del que participan los seres humanos⁹ podría traducirse en modificaciones al paradigma clásico del

⁸ En el voto citado en nota 5.

⁹ Esta visión propia de la teoría de sistemas puede aparecer novedosa para la concepción occidental pero no lo es para las culturas más antiguas de nuestro continente por ejemplo. Un desarrollo del tema se puede ver en la obra de Eugenio Zaffaroni "La Pachamama y lo humano" Colihue, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

Poder Judicial de la Nación

derecho y especialmente del derecho penal, pero no viene a imponer cambio alguno en el tema que aquí se debate.

En este orden de ideas los pueblos originarios andinos parten de una concepción diversa que ubica en un lugar central a la Madre Tierra, fuente existencial de vida. Para ellos el concepto fundamental es la coexistencia e interdependencia del ser humano con el mundo en su totalidad, sin que pueda darse el dominio sobre la naturaleza con la producción o explotación de la tierra. Ésta, la Pacha Mama, brinda, da y ofrece sus frutos en un continuo y recíproco intercambio con el ser humano.

Pues bien, ni siquiera en este supuesto que requiere un salto de calidad en el análisis jurídico de la vinculación del hombre con su medio es posible advertir la existencia de “otredad”, es decir de un tercero que pueda ser eventualmente afectado.

Esto es así por cuanto la vinculación de un individuo con el medio ambiente consistente en cultivar determinada especie que tiene origen natural, sin que dicho cultivo produzca afectación alguna, ni actual ni futura, en el entorno utilizable por otros, claramente cierra la posibilidad de incorporar por esta vía también una idea no tradicional de daño o de riesgo para terceros.

XIII.- Un fundamento práctico. El crimen organizado como objeto central de la Política Criminal del Estado de Derecho.

El análisis realizado a lo largo de los apartados precedentes está destinado a demostrar que la norma prevista en el artículo 5to penúltimo párrafo de la ley 23737 es incompatible con el texto y el objeto del artículo 19 de la Constitución Nacional, pero más allá de este desarrollo existe también una razón práctica de base constitucional.

La prohibición de la producción y comercio de drogas es una decisión política del legislador, coincidente en principio con compromisos internacionales adoptados por el Estado Nacional, que se inscriben en la dimensión del prohibicionismo. Dicha postura no ha dado, de acuerdo a varios análisis, un resultado adecuado y se ha planteado una modificación del paradigma de abordaje a la cuestión de los estupefacientes.

La adecuación a nuevas tendencias puede observarse en el debate que se desarrolla en el ámbito del Congreso Nacional respecto de la modificación integral de la ley 23737. En este aspecto es destacable que los proyectos sostenidos por casi todos los bloques mayoritarios plantean la eliminación de las figuras penales vinculadas con el consumo personal,

que reciben y consagran de este modo el desarrollo jurisprudencial reciente.

Por otro lado y en la misma dirección pueden verse la actividad de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia¹⁰ y las iniciativas tendientes a despenalizar ciertas sustancias en países vecinos¹¹.

La persecución penal no debe proporcionar indirectamente clientela cautiva a los grupos que, a través del manejo de dinero, poder e influencia, funcionan como organizaciones paraestatales que debilitan las bases de funcionamiento de las instituciones sociales democráticas. Justamente el objetivo central de la política criminal en un marco democrático, es la remoción de las estructuras que debilitan la capacidad de decisión autónoma de las personas y de la sociedad, y a tal efecto reafirmar el monopolio de la fuerza y de la atribución punitiva en cabeza del Estado.

Por lo hasta aquí expuesto considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 5to penúltimo párrafo de la ley 23737 y en consecuencia disponer el sobreseimiento de Z. y M..

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

Por los argumentos que vertí in re N° 10.727, "A., L. I. y otro s/ inf. Ley 23.737, resolución del 1º de junio de 1990, que el colega preopinante me hace el honor de recordar en el apartado XI de su meditada opinión, estimo que, en efecto, no existe diferencia esencial entre el supuesto contemplado por el art. 14, segunda parte de la ley 2.737 y el que describe el penúltimo párrafo agregado al art. 5º de dicha ley por la n° 24.424.

Por tal motivo, no existiendo óbice para declarar inconstitucionalidades de oficio, adhiero a la conclusión referida a que aquella norma también es inválida por incompatible con el art. 19 de la C.N., correspondiendo entonces, sobreseer a M. A. M. y M. M. Z..

LA JUEZA CALITRI DIJO:

Que si bien, con la reunión de la mayoría precedente, la cuestión ya ha sido dilucidada, quiero dejar expuesta mi opinión en el sentido de que en las presentes actuaciones se ha procedido a la incautación de nueve plantas de grandes dimensiones, de las siguientes alturas: 1,20 metros;

¹⁰ En la Declaración de la Comisión, emitida bajo el título "Drogas y Democracia. Hacia un cambio de paradigma" se afl.: *"El modelo actual de política de represión de las drogas está firmemente arraigado en prejuicios, temores y visiones ideológicas. El tema se ha transformado en un tabú que inhibe el debate público por su identificación con el crimen, bloquea la información y confina a los consumidores de drogas a círculos cerrados donde se vuelven aún más vulnerables a la acción del crimen organizado"*

¹¹ Especialmente la iniciativa oficial en la República Oriental del Uruguay que apunta a regular y despenalizar la tenencia y consumo de cannabis.

Poder Judicial de la Nación

1,50 metros; 2,10 metros; 2,30 metros; 1,75 metros; 1,90 metros; 2,10 metros, 2,10 metros y de 2,16 metros, las que vulgarmente se denomina marihuana, es decir, *cannabis sativa linneo*.

Asimismo, surge que del interior de la vivienda se habrían secuestrado ramas, hojas y un frasco transparente con 55 semillas del mismo estupefaciente.

Recordemos, por otra parte, que esta causa tuvo inicio a raíz de la intervención del funcionario preventor, quien desde el exterior del domicilio allanado pudo advertir, a simple vista, la existencia de dichas plantas. Cabe acotar, asimismo, que dicha vivienda tenía instalado un vivero, de cuyo interior se comisaron aquellas

El Sr. Juez *a quo* calificó legalmente las conductas atribuidas como constitutivas del delito previsto y reprimido en el art. 5, inciso “a”, en la modalidad de cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, de la ley 23.737 .

No obstante de los votos precedentes se modifica la calificación legal por la prevista en párrafo agregado por ley 24.424, que establece expresamente que **“En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión....”**.

Se culmina con la inconstitucionalidad de la norma por considerar que afecta el ámbito de privacidad, rememorándose los fallos “Bazterrica”, “Arriola” de nuestro más Alto Tribunal y por aplicación del principio *favor rei*, en caso de duda. Éste sería el núcleo de la cuestión.

En efecto, entiendo que no nos encontramos ante un caso límite, en el que pueda ser razonable la duda acerca de si la plantación encontrada, con más sus semillas y hojas se encontraba inequívocamente destinada al consumo personal.

Menos aún se encuentra acreditada la escasa cantidad cuyas circunstancias fácticas distan holgadamente de las comprobadas en los fallos de nuestro más Alto Tribunal que a ese efecto se citan. Nótese que en precedente “Bazterrica” se refería a una cantidad de 3,6 gramos de marihuana y 0,006 grs. de clorhidrato de cocaína.

En tanto que en “Arriola” se advierte la existencia de unos cigarrillos de marihuana y de dos paquetes de cigarrillos conteniendo algunos gramos de marihuana.

En prieta síntesis, mal pudo haberse afectado la esfera de intimidad de las personas (art. 19, CN), cuando era ostensible para un simple espectador la existencia desde el exterior de las plantas comisadas, que, además, se hallaban en un espacio comercial y con acceso público, sus grandes dimensiones y su cantidad impiden considerar que nos encontramos ante un caso, de “escasa cantidad” de estupefaciente e interpretar que inequívocamente se hallaba destinada a su consumo personal.

Ello conforme, además, las consideraciones que se vierten en la causa N° 12.989, de la Sala IV, de la Cámara Federal de Casación Penal, que hago propias, y que remiten, asimismo, al precedente “V. J., C. E., s/tenencia simple de estupefacientes –causa N° 660- dela Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por último cabe recordar que es jurisprudencia inveterada de la 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” (Fallos 315:923; 316:188 y 321:441, entre otros, citados en fallo aludido precedentemente), es que voto porque se confirme el decisorio en crisis.

Por ello y por mayoría, **SE RESUELVE:**

DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 5to penúltimo párrafo de la ley 23737 y en consecuencia disponer el sobreseimiento de M. A. M. y M. M. Z..

Regístrese, notifíquese y remítase.

Fdo: César Álvarez- Leopoldo J. Schiffrin- Olga A. Calitri (en disidencia)

Jueces de Cámara. Ante mí, Ana Miriam Russo- Secretaria