

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

Augusto Lucero

Tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Abogacía

2013

Resumen

Cuando de tenencia de estupefacientes para consumo personal se trata, queda revelada una realidad que coloca al adicto frente a una revictimización; esto es, no sólo porque es una persona enferma que necesita de tratamiento, sino que –a la vez- es considerado un infractor de la ley. Los actos persecutorios realizados sobre estas personas, demuestran un accionar estatal que, en definitiva, no combate la drogadependencia y mucho menos, implica una baja significativa en el consumo. Todas las maneras en las que se trata al adicto, terminan colocándolo en el rol de delincuente, ya que la Ley de Estupefacientes 23.737, en su Artículo 14 segundo párrafo, establece la pena de prisión, aun cuando de acuerdo a la circunstancias de que la cantidad de droga en posesión de un sujeto sea determinada para consumo personal,.

Por todo esto, el problema de este Trabajo Final de Graduación se plantea como sigue: La tenencia de estupefacientes para consumo personal, es un tipo penal que revictimiza al adicto o consumidor; la legislación vigente otorga al Estado un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva. Por esto, la modificación del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737 en un Proyecto de Ley aportaría las herramientas jurídicas necesarias para la eliminación de la punición de aquella conducta.

Palabras Clave: tráfico de estupefacientes, tenencia de estupefacientes para consumo personal como delito de peligro abstracto, objeciones de constitucionalidad del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley de Estupefacientes 23.737, legalizar y despenalizar.

Abstract

When of possession of drugs for personal consumption is talked, the reality reveals that the addict is placed against a victimization, not only because it is a sick person in need of treatment, but-at the same time-is considered a violator of law. Persecutory acts performed on these people, show a state action that does not combat drug addiction and, neither implies a significant drop in consumption. All the ways in which the addict is treated, end up placing him as a delinquent, because the Narcotics Law 23.737, in its Article 14 second paragraph, provides imprisonment, even though, according to the circumstances of the quantity of drugs in possession, it is given for personal consumption.

For all this, the problem for this Final Graduation arises as follows: The possession of drugs for personal consumption, is a type of crime that revictimizes the addict or consumer, the legislation gives the state an instrument of punitive power that rarely translates into an effective punishment. Therefore, the amendment of Article 14 second paragraph of Law 23.737 on a Bill would provide the necessary legal tools for removal of the punishment of that conduct.

Keywords: drug trafficking, possession of drugs for personal consumption as a crime of abstract danger, constitutionality objections, second paragraph of Article 14 of the Narcotics Law 23.737, legalize and decriminalize

Indice

Introducción	2
Objetivo General	3
Objetivos Específicos	3
Capítulo 1: Conceptos clave y aportes de la Doctrina	6
1.1. Tráfico de estupefacientes, narcóticos y drogas	6
1.2. El bien jurídicamente protegido	10
1.3. Tenencia	17
1.4. Inconveniencia de aplicación de pena al adicto	23
1.5. Objeción constitucional a las disposiciones del Artículo 14 párrafo segundo de la Ley 23.737 de Estupefacientes	27
1.6. Legalizar y despenalizar	30
Capítulo 2: Los aportes proporcionados por el Derecho Comparado	33
2.1. Europa	33
2.1.1. Holanda	33
2.1.2. Bélgica	38
2.1.3. Portugal	42
2.2. América Latina	45
2.2.1. Perú	45
2.2.2. México	48
2.3.3. Brasil	52
2.3.4. Argentina	57
Capítulo 3: Los aportes de la jurisprudencia respecto de la constitucionalidad de punir la tenencia para el consumo personal	61
3.1. Caso Colavini	62
3.2. Caso Bazterrica	69
3.3. Caso Montalvo	80
3.4. Caso Arriola	87
Capítulo 4: La Ley de Estupefacientes 23.737 para la modificación del Artículo 14 párrafo segundo a través de un Proyecto de Ley	98
4.1. Ley de Estupefacientes 23.737	98
4.2. Proyecto de Ley	102
Conclusiones	109
Bibliografía	115

Introducción

En la actualidad, cuando de tenencia de estupefacientes para consumo personal se trata, queda revelada una realidad que coloca al adicto frente a una revictimización; esto es, no sólo porque es una persona enferma que necesita de tratamiento, sino que –a la vez– es considerado un infractor de la ley. Los actos persecutorios realizados sobre estas personas, demuestran un accionar estatal que, en definitiva, no combate la drogadependencia y mucho menos, implica una baja significativa en el consumo. Todas las maneras en las que se trata al adicto, terminan colocándolo en el rol de delincuente, con el agravante que si bien, la legislación vigente –Ley de Estupefacientes 23.737– otorga al Estado un instrumento de poder punitivo, éste casi nunca se traduce en una pena efectiva.

En particular, el Artículo 14 segundo párrafo de la Ley de Estupefacientes 23.737, establece la pena de acuerdo a la circunstancias de que la cantidad de droga en posesión de un sujeto sea determinada para consumo personal, fijando prisión. Frente a esta Artículo, aparecen desde la Doctrina, algunos cuestionamientos y objeciones de constitucionalidad, dado que someter a un proceso criminal a un consumidor lo estigmatizará de por vida. La misma consideración vale para el caso de ser penado con prisión.

Desde el Derecho Comparado, cabe mencionarse que, muchos son los países que apuestan fuertemente a la prevención y al tratamiento del consumidor o adicto, alejándose de los actos punitivos contra aquéllos. En estas legislaciones aparecen versiones más progresistas sobre la persona del adicto, al que se lo reconoce más como sujeto de derechos que, como un delincuente merecedor de un castigo.

Por su parte, la jurisprudencia respecto de la constitucionalidad del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737, se encuentra históricamente dividida migrando de criterios a la hora de resolver sobre la cuestión. Por un lado, aquellos tribunales que sostuvieron que, la conducta del adicto es una ‘calamidad social’ y por ende, fallan en consecuencia; mientras que, por otro lado, los que se posicionan como abolicionistas de esta

concepción de delincuencia, se muestran más abiertos a la consideración del sujeto como un adicto, enfermo, plausible de tratamiento más que de prisión.

Por todo esto, el problema de este Trabajo Final de Graduación se plantea como sigue: La tenencia de estupefacientes para consumo personal, es un tipo penal que revictimiza al adicto o consumidor; la legislación vigente otorga al Estado un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva. Por esto, la modificación del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737 en un Proyecto de Ley aportaría las herramientas jurídicas necesarias para la eliminación de la punición de aquella conducta.

Los objetivos se delinearán como sigue:

➤ **Objetivo General**

- Analizar la problemática de la tenencia de estupefacientes para uso personal a través de la modificación del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737 en un Proyecto de Ley que aporte las herramientas jurídicas necesarias para la eliminación de la punición de dicha conducta.

➤ **Objetivos Específicos**

- Abordar conceptos clave y aportes de la Doctrina.
- Examinar los aportes proporcionados por el Derecho Comparado.
- Analizar la jurisprudencia referida a la cuestión.
- Describir la Ley de Estupefacientes 23.737 para la modificación del Artículo 14 párrafo segundo a través de un Proyecto de Ley.

La metodología que se utilizará a los fines de desarrollar el presente Trabajo Final de Graduación es mixta de tipo cualitativo, dado que, no pretende exhaustividad estadística sino más bien, profundización de los aspectos teóricos que refieren a la problemática planteada. Para ello, se hace necesaria una recopilación y análisis de datos

bibliográficos a los fines de ampliar el conocimiento sobre la temática abordada. Al mismo tiempo se analizan un conjunto de conceptos clave que refieren a: tráfico de estupefacientes, narcóticos y drogas, tenencia de estupefacientes para consumo personal como delito de peligro abstracto, legalizar y despenalizar. Posteriormente se da cuenta de las objeciones de constitucionalidad referidas al Artículo 14 segundo párrafo de la Ley de Estupefacientes 23.737, en la que se enmarca la punición del acto de posesión de drogas, como así también el análisis desde el Derecho Comparado y la Jurisprudencia pertinente. Y por último, el acercamiento a la ley vigente para la promoción de un Proyecto de Ley.

De acuerdo al problema planteado, el presente trabajo se organiza como sigue:

Capítulo 1, se abordan conceptos clave tales como: tráfico de estupefacientes, narcóticos y drogas, tenencia de estupefacientes para consumo personal como delito de peligro abstracto, objeciones de constitucionalidad del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley de Estupefacientes 23.737, legalizar y despenalizar.

En el Capítulo 2, se analiza dicha temática desde el Derecho Comparado, a los fines de observar cómo los países de la Unión Europea y de América Latina, han generado legislaciones más o menos progresistas de acuerdo al posicionamiento que se le otorga al consumidor adicto.

En el Capítulo 3, se aborda la Jurisprudencia, confrontando fallos a favor y en contra de la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

En el Capítulo 4, se describe la Ley de Estupefacientes 23.737, introduciéndose lo novedoso de este Trabajo Final de Graduación que refiere a la necesidad de una reforma en la normativa mencionada, a partir del aporte de un Proyecto de Ley.

Por último, se arriba a unas Conclusiones.

Una persona que posee estupefacientes para consumo personal, es hoy criminalizada con pena de prisión por haber perpetrado acciones que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos. Al mismo tiempo, difícilmente esta causa desembocaría en una condena efectiva, quedando prescripta, importando un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales y judiciales.

La penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se viene cuestionando y debatiendo respecto de su constitucionalidad, su justicia, su racionalidad y su real conveniencia en el contexto actual de lucha contra el narcotráfico y, son justamente estos aspectos los que tornan relevante la investigación aquí planteada.

Capítulo 1: Conceptos clave y aportes de la Doctrina

1.1. Tráfico de estupefacientes, narcóticos y drogas

La Real Academia de la Lengua Española establece que traficar es “*comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, andar o errar por varios países, correr mundo, hacer negocios no lícitos.*” (Diccionario de la Lengua Española, 2001:2206)

Una de las principales características de esta acción la constituye su finalidad, la cual casi excepcionalmente reviste un carácter no comercial o lucrativo. Siguiendo la línea de Cornejo, se pone de manifiesto que las acciones que se desarrollan dentro del ámbito tratado, están impregnadas por un notable ánimo de lucro.

El tráfico de estupefacientes como concepto, es uno de los términos que mayor imprecisión posee en los temas referentes a la droga, acarreado como consecuencia que ni la doctrina ni la jurisprudencia hayan podido sistematizar si se trata de un género delictivo que reúne o agrupa a una serie de tipos penales, o si es un delito, o bien una conjunción de procederes delictivos. (Cornejo, 1994) La dificultad de determinar correctamente el concepto se genera principalmente por la gran cantidad de distintas etapas que tiene esta actividad, y la imposibilidad de consensuar cuales de las mismas integran realmente el hecho del tráfico. Dichas etapas van desde la siembra, o recolección de las materias primas, su procesamiento y su posterior venta.

Las convenciones de Nueva York en 1961 y Viena en 1972, tampoco han coincidido acerca de la naturaleza del tráfico ilícito, ni han otorgado una correcta definición de tal conducta. En efecto, la Convención de 1961, tampoco aporta claridad sobre el concepto de tráfico ilícito de estupefacientes. Dado que la redacción de sus disposiciones, no aporta elementos que permitan explicar de qué se trata, cayendo en la tautología de afirmar que el tráfico es el tráfico. (Cornejo, 1994) Por otro lado, en Viena se dijo que por tráfico ilícito se entiende “*la fabricación o el tráfico de sustancias psicotrópicas contrarias a las disposiciones de la presente Convención.*” (Cornejo, 1994:23) Iguales consideraciones recaen en esta definición ya que redundan en los términos fabricación y tráfico sin establecer su alcance.

El término en análisis reúne un complicado conjunto de acciones ilícitas que incluyen desde la producción y la siembra, la introducción, el transporte, el almacenamiento y el suministro; siempre mirados con un propósito de medrar.

“El fin último de toda conducta de tráfico persigue la acumulación de pingües ganancias en base a la destrucción de la salud humana, de allí que sea una expresión abarcadora de una múltiple gama de actividades ilícitas que en ella encuentran su denominación adecuada.” (Cornejo, 1994:24)

En síntesis, al comprender el tráfico de estupefacientes una serie de tipos penales descriptos por la ley, no es muy conveniente sistematizarlo en un concepto que quedaría en la gran mayoría de los casos incompleto, por ser una síntesis de actividades y no un género del cual se desprenden especies. *“El tráfico no puede ser definido per se, ya que es una expresión sintetizadora de una compleja variedad de tipos penales, pero no un tipo en sí mismo.”* (Cornejo, 1994:25) Eh allí la dificultad, ya que si se tratara como delictivas a un grupo restringido de actividades que integran la última etapa del tráfico, esto es el transporte y la comercialización, se dejarían afuera conductas que necesariamente necesitan ser controladas para la correcta eliminación de la actividad.

En el caso de los estupefacientes, por ser una acepción que se ha instalado en el léxico común, es necesario seguir la definición que establece el Código Penal de la República Argentina en su Artículo 77, en la aclaración sobre dicho término¹:

¹ CP Republica Argentina – Artículo 77: “(...) El término ‘estupefacientes’, comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.” (CP, 2007:32)

Se trata de una norma penal en blanco, ya que la tipificación de la conducta relacionada con los estupefacientes dependerá de que la sustancia sea incluida en la lista respectiva elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional, siendo atípica en el sentido que, si no ha sido incluida, aunque produjere los mismos efectos, que las que han sido incluidas no será considerada como tal. (Núñez, 1999) Otra de las grandes dificultades que encuentra el combate contra el narcotráfico, es la difícil determinación de las sustancias que por su propia naturaleza, o por el indebido uso que se les da, reúnen las características necesarias para ser incluidas en la lista elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional, además del hecho de que muy a menudo aparecen nuevas drogas que no han sido incluidas en dicha normativa.

Es útil seguir esta distinción que realiza el Código Penal ya que la doctrina distingue entre los estupefacientes y los psicotrópicos, marcando una diferencia entre aquellas sustancias que no se les reconocen particularidades curativas y aquellas que sí las tienen, registrándole a los estupefacientes la propiedad de mitigar el dolor. (Cornejo, 1994:26)

Pragmáticamente conviene inclinarse por un término suficientemente difundido en la opinión pública, que comprenda tanto a los estupefacientes como a los psicotrópicos, utilizando consecuentemente a la primera de las acepciones para referirse en todos los casos; esto es, estupefaciente. (Cornejo, 1994)

Encontrado ampliamente en distintos fallos judiciales, alcaloide es otro término que es aparece en algunos sectores de la doctrina. Químicamente son una base salificable parecida a los álcalis obtenidos artificialmente de combinaciones de procedencia orgánica. Tal acepción es inexacta e incompleta puesto que será estupefaciente un alcaloide como la cocaína, pero no la marihuana.

Al mismo tiempo, cabe definir qué se entiende por narcóticos.

“Un narcótico es una sustancia medicinal que, por definición, provoca sueño o estupor y, en la mayoría de los casos, inhibe la transmisión de señales nerviosas,

en particular, las asociadas al dolor. El grupo de los narcóticos comprende gran variedad de drogas con efectos psicoactivos, aunque terapéuticamente no se usan para promover cambios en el humor, como los psicotrópicos, sino por otras propiedades farmacológicas: analgesia, anestesia, efectos antitusivos, antidiarreicos, etc.”²

El adjetivo narcótico, académicamente es indicado para calificar algunas drogas que producen adormecimiento, como el opio y sus derivados, debido a que el narcotismo es un estado de sopor que se genera por el uso de una droga narcótica. En este sentido,

“(...) el adormecimiento provocado por dichas drogas se debe a una disminución de la actividad vital del organismo, pero debe tenerse presente que a la par de los tóxicos de dicha naturaleza existen otros que producen estímulos, estados de euforia, etc., en el adicto, de lo cual se desprende que hablar de narcóticos no solo es impropio sino que además es una de las tantas variedades de drogas que actualmente se conocen.” (Cornejo, 1994:27)

Es oportuno hacer referencia a la significación del término droga que para Astolfi, Gotelli, López Bolado; Maccagno, Kiss y Poggi (Astolfi y otros; 1990:3) *“es toda sustancia química capaz de alterar el organismo por cuanto su acción psíquica se ejerce especialmente sobre la conducta, la percepción, la conciencia (...)”*. A pesar de lo acertado de dicha definición, es necesario agregarle las drogas de origen vegetal, tales como cannabis sativa o marihuana y *papaver somniferum* adormidera, amapola. (Cornejo, 1994)

Este último, coincide plenamente con la descripción de la droga que hace Barbero Santos, quien afirma que

“son todas aquellas sustancias naturales o sintéticas que alteran las sensaciones, la actividad mental, la conciencia o la conducta, y producen esa dependencia

² BotanicalOnline.com. Definiciones Narcótico. 16/06/2006. Consultada 11/07/2012. Disponible en: <http://www.botanical-online.com/drogas/drogasnarcoticos.html>

psíquica -necesidad imperiosa de seguir consumiéndola con el fin de obtener sensaciones placenteras o de disipar una sensación de malestar- sea dependencia física -necesidad fisiológica de la droga, sin la cual se origina un grave trastorno orgánico o la muerte, o síndrome de abstinencia por alterarse el equilibrio bioquímico del organismo del sujeto-. Dichos estados pueden acompañarse o no de la tolerancia o exigencia de aumentar las dosis para conseguir el efecto inicial.” (Barbero Santos, 1987:10)

Como se puede observar por lo expuesto anteriormente, definir el concepto de droga es una tarea arduo difícil que ha tenido distintas acepciones, ya sea por los efectos que produce, por su propia naturaleza o incluso por la licitud o ilicitud de su comercialización.

Se considera importante remarcar que la droga constituye una mercancía de inmensa conceptualización económica, y como tal, posee un valor de cambio de enorme importancia en el mundo capitalista. Allí radica el peso del valor y el poder social, económico y política de su control, tanto por parte de los Estados prohibicionistas como así también de los narcotraficantes.

Entonces, puede concluirse, que droga es toda sustancia vegetal o química con poder toxicomanígeno suficiente como para causar dependencia en el sujeto que consume, quien manifiesta a raíz de su adicción trastornos que abarcan todos los aspectos de su vida, tanto en su personalidad, en su salud, como en las relaciones sociales.

1.2. El bien jurídicamente protegido

Los delitos relacionados con estupefacientes ponen en peligro, principalmente a la salud pública, la que se considera lesionada al comprometer la seguridad de las personas en general. (Núñez, 1999) Antes de continuar con esta línea de análisis, aparece como pertinente definir que se entiende por salud pública, la que es

“(...) un valor comunitario, con sentido de dimensión social, que apunta no a la salud individual sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente. Se persigue la protección del bienestar físico y psíquico de la colectividad; del estado sanitario de la comunidad. La salud pública es un interés supraindividual de titularidad colectiva, y de naturaleza difusa.” (Dalessio, 2004:638)

La salud pública pasaría a proteger de esta forma a un conjunto de personas, un grupo indeterminable, un colectivo social, sin considerar puntualmente la salud o el bienestar físico de los individuos.

Particularmente, Levene sostiene que la idea de bien jurídico protegido va más allá de la salud pública en general y apunta

“(...) sobre todo a la salud de la juventud que son las víctimas más frecuentes de la afición por las drogas. Se protege la salud de la población, ya que el drogadicto no solo se destruye a si mismo sino que, al hacerlo así, causa un grave perjuicio a quienes lo rodean (...)” (Levene, 1976:413)

Nuevamente, esta definición pone el acento en la salud general de la sociedad o de un grupo mayoritario de esta, sin centrarse en el individuo, ya que entiende que la destrucción propia de la persona repercute directamente sobre el resto.

No obstante, Cornejo, citando a Beristain sostiene

“(...) que el bien jurídico protegido en materia de estupefacientes resulta difícil de concretar, pues proviene de -y se extiende a- ramificaciones en sectores diversos de la salud individual, de la salud pública, del orden público de la economía, de las finanzas, etc., y se complica a través de dimensiones históricas, políticas y culturales. Sin embargo, por varios motivos, se puede aceptar como

bien jurídico principalmente protegido la salud pública (...)” (Beristain, 1983:17)

El concepto de salud debería ser tomado de acuerdo al criterio amplio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*³ ya que debido a la gran cantidad de drogas, efectos y secuelas que dejan dichas sustancias en los adictos, no existe un diagnóstico generalizado, sino una sintomatología de cada enfermo. La OMS, a partir de 1957, definió la toxicomanía como el abuso habitual, compulsivo de un medicamento, de manera tal que produzca resultados nocivos para el individuo y para la sociedad, privilegiando no sólo al individuo, sino también a la circunstancia de ser integrado a un medio como un ente sociable por naturaleza y nacido para la convivencia. Por tal motivo, el tráfico de drogas afecta principalmente a la salud de la sociedad en su conjunto, porque lo que no se logra entender cómo puede defenderse a la libertad o a la seguridad, si previamente se destruye la integridad física de las personas.

En este sentido, Cornejo sostiene que

“(...) el problema de la droga es horizontal, ya que ataca las bases mismas de la sociedad, en la desintegración de la salud de sus miembros, en el aumento de la violencia y la perversidad en algunos delitos, en la obtención de riquezas pingues procedentes de un mercado espurio y abyecto y en la falta de reproche eficiente sobre el tráfico, la propagación y el consumo, lo que encierra una apología encubierta a un mal que no reconoce fronteras y que sacude institucionalmente a varios países del planeta.” (Cornejo, 1994:38)

De todas maneras, se considera que cuando se habla de salud pública, sería pertinente preguntarse por la correcta aplicación de programas de prevención, si es que estos existen, y si es que verdaderamente la salud del pueblo interesa de modo serio y honesto. Se cree fervientemente que una correcta manera de defender la salud pública o

³ Preguntas Mas Frecuentes (2012) (Ref. 4 de agosto de 2012) Disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/index.html>

social, es mediante mecanismos de prevención y en todo caso asistencia, ya que el prohibicionismo del consumo crea un ambiente propicio al uso de drogas sumamente adulteradas que dañan aun más la salud de los individuos.

El Estado ha pasado a controlar los estupefaciente amparándose en un criterio medico paternalista, reprimiendo o protegiendo justificándose por sobre el derecho a la opción de utilizar drogas. Se considera que se ha olvidado la enseñanza histórica que han aportado las “leyes secas” en diversas experiencias en otros confines del mundo; estas, lejos de intimidar o disuadir, fomentaron la adicción y el consumo de las sustancias prohibidas.

No obstante lo hasta aquí expresado, debe definirse con mayor claridad, de acuerdo al tipo de peligro que se genera para el bien jurídico protegido. Es clásica la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, en los primeros se requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, en los segundos se castiga una acción típicamente peligrosa *in abstracto*. Esta distinción mira la razón de la tutela represiva. Asimismo, los delitos de peligro se consuman con la creación de un peligro para el bien jurídico tutelado, se puede realizar con la simple posibilidad o probabilidad de causación de daño.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro es sólo la motivación que llevo al legislador a la tipificación, no es un elemento del tipo, es un peligro presumido que la ley considera inherente al comportamiento, un peligro potencialmente contenido por este. Son generalmente delitos de pura actividad, donde ni siquiera el legislador incluye la expresión peligro en el supuesto de hecho típico. (Núñez, 1999)

Zaffaroni por su parte, sostiene “*sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real.*” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2002:491) Solo hay tipos en los que se exige prueba efectiva de que el bien jurídico ha corrido peligro, mientras que en otros, la carga de la prueba se invierte ya que se presume el peligro una vez realizada la conducta siempre y

cuando no se pruebe lo contrario, lo cual debe probar el imputado. No hay delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

En todo delito, el núcleo central es la acción, por medio de la cual un bien jurídico es lesionado, de allí que sea importante diferenciar los injustos propios de lesión con los característicos de peligro, y en este último grupo, los de peligro abstracto o potencial y los de peligro concreto o real. Los delitos del tráfico por generar en si mismos un riesgo al bien jurídico tutelado con independencia del autor, están comprendidos en los delitos de peligro abstracto. (Cornejo, 1994)

Los delitos de tráfico, son incluidos dentro del peligro abstracto por la probabilidad de una situación de peligro para la salud de los ciudadanos ya que establece una posibilidad de que caigan víctimas de la drogadependencia. La droga en sí misma encierra un peligro potencial a la salud pública debido a su poder toxicomanígeno que crea en cualquier ciudadano la posibilidad de su ingesta, como así también el reclutamiento de nuevos adictos por parte de quienes lucran con el comercio de estupefacientes. Por lo tanto, la consagración del peligro abstracto como particular característica de los injustos de tráfico de estupefacientes, ve su razón de ser en la calidad misma de cada una de las sustancias tóxicas por el peligro que importa para cualquier individuo la posibilidad de su ingesta o consumo y su posterior efecto por ellas producido. *“Las calidades propias de las distintas sustancias estupefacientes y psicotrópicas tienen aptitud suficiente como para afectar la salud de la sociedad”* (Cornejo, 1994:48), siendo éste el principal fundamento para la penalización de los distintos tipos penales como de peligrosidad abstracta.

No todos los delitos de peligro abstracto conllevan un peligro para el bien jurídico. Por ejemplo, al conducir un vehículo en estado de ebriedad, el autor no controla en modo alguno su conducta y realmente pone en peligro un bien jurídico. En cambio, en el caso de la posesión, el peligro dependerá del plan del autor, de la decisión de emplear el objeto de modo peligroso.

Al imponérsele una pena a un poseedor de un objeto sin tener en cuenta la finalidad que tiene esa posesión, se lo está castigando por la mera sospecha de su empleo en contra de un bien jurídico. A pesar de encontrarse controvertido el peligro de la tenencia de objetos, hay cierto acuerdo cuando dichos objetos pueden ser empleados delictivamente por alguien. Hay ciertos casos en que es imprescindible recaer sobre presunciones de peligro cuando se producen prototipos de medios delictivos que al principio se guardan en el ámbito interno como es el caso de armas, dinero falso, drogas, etc. En tales objetos reside un aumento de peligrosidad de que sean utilizados tanto por el productor mismo, como así también por cualquier otra persona.

Esta última consideración permite que, la pena, dirigida a la creación de un peligro abstracto, pueda evitar la facilitación de delitos venideros a cualquier persona. No es necesario preguntarle al autor de la conducta delictiva qué es lo que planea, porque ello aún reside en su ámbito interno. Lo realmente importante es la creación de una situación de peligro en el caso en que se realice sin tener en cuenta lo que planea. (Falcone, 2008)

Desde el momento en que el fundamento para agravar o atenuar la pena se recurre a lo planeado o no por el autor, los delitos de peligro abstracto expuestos anteriormente, no respetan el principio del hecho y no son correctos en un Estado de Derecho ya que invaden el ámbito interno del autor. La discusión de constitucionalidad de la legitimidad de la norma surge casi como obvia y restrictiva. Aún en los ejemplos dados una conducta peligrosa con carácter general, puede resultar inocua en el caso concreto, por ejemplo, como es el caso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal donde la cantidad de droga poseída es tan escasa que la salud pública resulta no afectada. En todo caso, se considera insuficiente que solo el hecho de poseer una sustancia estupefaciente, que si no es utilizada no constituye una amenaza a terceros, pueda ser tomada como riesgosa y por lo tanto, penada bajo un tipo penal abstracto.

Siguiendo esta línea de pensamiento, *“(...) el Estado debería verificar, cuando se trata de la posesión de objetos peligrosos, cuál es la finalidad que persigue el autor; y entonces sí la posesión será el antecedente que permita castigar la intención de uso, lo que a nuestro juicio constituiría un criterio válido.”* (Falcone, 2008:1)

La facultad de disposición sobre un bien que posee el titular del mismo, no puede ser separada de una concepción del bien jurídico basada en la libertad del ciudadano. Si ello no puede ser resuelto en un Estado de Derecho, la posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando sea probable una transmisión no controlada a terceros, no así cuando constituya solo una mera tenencia para fines de consumo personal, evitando de esta manera su traspaso directo a otros.

Por lo tanto, el caso de la adquisición y la posesión cuando éstas sean un mero acto preparatorio de su propio consumo, son totalmente distintas a las conductas consideradas como peligrosas, ya que, al no afectar la salud de otros consumidores resultarán atípicas, observado claramente cuando se detentan pequeñas cantidades de estupefacientes para ser consumidas en un ámbito privado.

Por tales motivos,

“(...) es posible establecer una diferencia de clase sustancial entre la tenencia de armas de fuego y la tenencia de drogas. En el caso del arma de fuego basta con que se emplee el arma para que terceros se vean puestos en peligro; mientras que en el caso de sustancias estupefacientes, aún después de haber abandonado la esfera del poseedor, sólo presentan riesgo si el tercero decide ponerse a sí mismo en peligro a través del consumo.” (Falcone, 2008:1)

Al tener que castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal se recurre ilegítimamente a la puesta en peligro abstracta ajena para justificar la amenaza penal, y se está desconociendo la existencia del derecho fundamental a la autopuesta en peligro voluntaria. Injustamente se está castigando una conducta que no pone en peligro a terceros como antiguamente se creía, incurriendo en una grave falta constitucional al cercenar la libertad individual de las personas a autodeterminarse y en todo caso auto lesionarse sin afectar directamente al resto de la sociedad.

Cabe también considerar científicamente si el consumo de estupefacientes en un ámbito privado, constituye una real amenaza a terceros. La creencia popular de que las personas

en estado narcolectico están predispuestas a cometer ilícitos debe ser analizada científicamente. Parece casi inexplicable que por los efectos que produce el consumo, un individuo se convierta en un delincuente peligroso. En todo caso, el adicto enfermo delinque para conseguir medios para acceder a la sustancia que lo atrapa.

En este orden de ideas, no parece sensato pensar que un consumidor, que por las características y cantidad de la misma, tiene en su poder ese narcótico para uso personal, constituya un factor de diseminación del narcotráfico o el consumo. Castigar a un consumidor por la eventual posibilidad de que invite o convide a terceros, los cuales tienen la posibilidad de negarse a la ingesta, se muestra como una medida desmesurada.

1.3. Tenencia

La tenencia es la ocupación y posesión actual y corporal de una cosa, derivando dicho sustantivo del verbo tener, que se refiere a la situación de mantener asida una cosa, contener, comprender en sí, sostener, significando también guardar. Es necesario remitirse al Derecho Civil para comprender la figura típica, más específicamente a la nota del Artículo 2351 donde el codificador cita a Troplog, explicando que toma la posesión en el sentido más general y en su sentido más simple, tiene por resultado poner al individuo en relación con la cosa. Se entiende además que no se precisa un contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión. (Cornejo, 1994)

En materia penal, la circunstancia de tener una cosa bajo el poder discrecional de hacer con ella lo que le plazca, tiene gran relevancia ya que se considera autor a quien tiene el dominio de la acción. Por esto, la Ley de Estupeficientes N° 23.737, sancionada el 21

de enero de 1989, ha sido incorporada como modificatoria del Código Penal Argentino, y que tratada en el Arituculo 14.⁴

Aquí nuevamente resulta oportuno volver a los preceptos del Derecho Civil en su definición del dominio como derecho real. Este es el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona. Por lo tanto, el sometimiento de una cosa a la acción y la voluntad a la que alude el Derecho Civil, tiene una equivalencia directa con los elementos cognoscitivos y conativos del dolo, que junto con otras características forman el tipo penal de la tenencia. *“La tenencia de estupefacientes es aquel delito que se consuma con la mera portación de la droga a sabiendas de lo que se tiene.”* (Cornejo, 1994:181)

Se entiende además que no se precisa un contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión. Es indiferente la lejanía física y transitoria de la cosa e incluso la ignorancia de donde se encuentra.

Si bien es cierto que en muchas ocasiones existen sujetos que en ningún momento llegan a detentar materialmente el objeto ilícito y, no obstante manejan todas las operaciones relativas al tráfico, se cree conveniente -en estos supuestos- acudir a las estructuras generales de autoría -en sentido amplio, autoría mediata, inducción, participación necesaria- a fin de no desnaturalizar el concepto de tenencia. En suma, el tenedor debe detentar el dominio funcional de la cosa.

No es posible prescindir del juicio de imputación objetiva de la tenencia para que al sujeto pueda imputársele. Por lo tanto, tiene que tener la disponibilidad real sobre la sustancia. Lo que no implica que la tenencia deba ser material.

⁴ Artículo 14, Ley 23.737 de Estupefacientes: “(...) Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes⁴ 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.”

Podría afirmarse en consecuencia que, posesión de la droga es cuando:

- 1) Se aprehenda materialmente la droga en poder del autor;
- 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino; y
- 3) Por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga, aunque carezca momentáneamente de disponibilidad efectiva sobre la misma, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado.

Se han ensayado las más diversas justificaciones, tanto para reprimirla como para exculparla, sin que se haya llegado actualmente a una posición superadora. Este es el punto de mayor conflicto donde la doctrina y la jurisprudencia se bifurcan por caminos totalmente separados.

La postura por la cual se castiga la mera portación de la droga se sostiene en la principal premisa que establece que, la letra y el espíritu de la Ley de Estupefacientes trascienden los límites del derecho a la intimidad, siendo lícita la actividad estatal destinada a evitar las consecuencias que afecten la ética colectiva y seguridad general gracias a la tenencia ilegítima de drogas. (Cornejo, 1994)

Esta postura es considerada totalmente observable ya que el derecho a la intimidad y la autodeterminación son ámbitos en los cuales el Estado no debería tener ingerencia, salvo claro esta, que se pusiera en peligro la salud pública o de terceros, lo cual es de difícil o casi imposible demostración. Se considera que una correcta protección de este derecho debería provenir directamente de la aplicación de medidas curativas, preventivas e incluso educativas respecto del consumo y la utilización de estupefacientes. Como se demostrara en posteriores acápite de este trabajo final de graduación, la punición de estas conductas no ha contribuido realmente a disminuir el problema de las drogas, sino que datos empíricos permiten aseverar que el consumo se ha acrecentado en los últimos tiempos.

La conveniencia de castigar la tenencia de estupefacientes para uso personal es una cuestión referida a la política criminal y médica. En este sentido, puede recaer en la circunstancia de que el adicto debe ser castigado en lugar de curado, o si debe ser a contrario, curado y no castigado. No debería establecerse que

“(...) la punibilidad de la tenencia de estupefacientes encuentra su razón en la convención a un deber legal de mantenerse sano, sino que su trascendencia social a título delictivo emana del hecho de que se ensambla, como tramo fundamental, en el hecho social del consumo de drogas.” (Núñez, 1979: 257)

En este orden de ideas, una conducta está exenta de toda injerencia del Estado cuando es susceptible de una valoración por parte del agente como relevante para su plan de vida libremente elegido, no implicando un riesgo apreciable de generación de perjuicios a intereses legítimos de terceros, no incluyendo entre estos las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería aportar; caracterización considerablemente vaga, pero que permite encarar con cierta solvencia casos como el de la punición de la tenencia de drogas. (Cornejo, 1994)

A pesar de estas distinciones, se observa que el individuo debería tener la libertad para elegir el modo de vida que desee llevar, y si se considera que el consumo de estupefacientes es un modo insalubre o incluso afecta realmente la salud pública o a terceros, debería plantearse la estrategia sobre la prevención y la curación en lugar de la punición o el castigo de un enfermo o adicto.

Directamente relacionado con el tipo penal de tenencia está el de almacenamiento⁵, respecto del cual la jurisprudencia ha usado un criterio diferencial basado en el orden cuantitativo, no siendo éste lo suficientemente absoluto para delimitarlo. Basándose en estos criterios, se ha sostenido el axioma de que almacenar es más que tener, alude más a tener una cantidad que excedería la que fuera necesaria para el uso personal. Posteriormente se añadió un ingrediente subjetivo de difícil prueba y de dudosa

⁵ Artículo 5, inciso. c, Ley 23.737 de Estupefacientes: *“(...) Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte (...)”*

constitucionalidad por vulnerar el principio de legalidad, estableciendo que almacenar estupefacientes en los términos de la Ley, lleva un elemento subjetivo implícito que es la exigencia del dolo propio de la figura caracterizado por el propósito de comerciar. (Cornejo, 1994)

Adosar al almacenamiento el propósito de comerciar, vulnera el principio de legalidad ya que,

“(...) el tipo penal es predominantemente descriptivo porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y, entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.” (Zaffaroni, 1992:372)

Siguiendo esta línea de pensamiento, si la figura descrita en la Ley como almacenamiento alude a acopio, debe estarse a acopio mismo sin sumarlo al comercio ya que, para ello se prevé esta otra figura en forma independiente, lo que llevaría a un hipotético concurso entre sí en forma real.

El almacenamiento al ser una conducta de tráfico, implica como antes se mencionó, reunir, acopiar, guardar, tener, pero en mucha cantidad,

“(...) con el propósito de poner en circulación por sí o por otro a dichos objetos en el tráfico ilícito de estupefacientes, por ello el autor es un traficante, y como tal se requiere que dicha conducta esté preordenada al tráfico ilícito; de allí la exigencia de un elemento subjetivo que permite diferenciarla de la simple tenencia.” (Falcone, 2008:1)

Por lo tanto, significando almacenar, poner o guardar en almacén, o también reunir o guardar muchas cosas, hubiese sido mucho más acertado que la Ley hubiese utilizado el verbo acopiar cuya semántica indica que se trata de juntar o reunir en cantidad alguna cosa, siguiendo de esta forma coherentemente el criterio cuantitativo. (Cornejo, 1994)

Actualmente, la única manera de distinguir la tenencia del almacenamiento de estupefacientes es por la cantidad. Lo correcto hubiese sido

“(...) distinguir distintos grados en la figura de la tenencia que hubiesen abarcado desde la modalidad de la posesión del tóxico destinado al consumo, para cuyo caso se debieron haber previsto medidas de seguridad, un escalón intermedio para aquellas bajas cantidades que pudieron poner en peligro la salud pública y por ultimo cuando la cantidad hubiese tenido cierta relevancia, establecer un tipo de tenencia en grado de acopio.” (Cornejo, 1994:183)

En este orden de ideas, la mayor o menor cantidad de droga incautada servirá también para distinguir el propósito final de la tenencia, el cual es el consumo propio o el tráfico. Agravar la conducta en razón de la cantidad de sustancias cuando la cantidad poseída para traficar sea de notoria importancia, deja un margen a la discreción judicial ya que el tribunal -en estos casos- deberá ponderar no sólo la cantidad de droga, sino también calidad y circunstancias sociales y personales del infractor.

Estamos nuevamente frente a un obstáculo, que puede generar no pocas injusticias a la hora del juzgamiento de infractores a la normativa de los estupefacientes, al dejar librado a la valoración de un tercero la cantidad de droga poseída. Se considera que la solución no se encuentra en determinar como parte objetiva del tipo la cantidad exacta de sustancia, ya que esta variara de acuerdo a cada tipo de droga, a cada consumidor y al hábito y regularidad de toma del mismo.

Por lo tanto, determinar si la cantidad concreta de droga supera el límite del delito básico, exige un juicio valorativo por parte del tribunal que debe ser compatible con el principio de legalidad, pues la individualización judicial resulta imprescindible en un supuesto como éste. (Beristain, 1983)

Por lo tanto, el almacenamiento requiere como elemento objetivo, la presencia de una cantidad importante, y que además, subjetivamente, esa mercadería esté preordenada a ser introducida en el tráfico ilícito. Si el elemento subjetivo del tipo no se da por

acreditado cabe apreciar la tenencia neutra prevista en el Artículo 14 de la Ley 23.737, ya citado.

Por último, en el delito de tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, está definido en el Artículo 5 inciso c) de la Ley 23.737.⁶

Requiere de un elemento subjetivo del tipo, de intención trascendente, toda vez que mira al futuro, por su fin de comercialización, pero que tratándose de un delito de resultado cortado, no es necesario que esa comercialización efectivamente se lleve a cabo. Estos elementos subjetivos reveladores de una disposición o tendencia anímica del agente, constituyen “(...) *complicaciones de la prueba en el proceso, ya que están ocultos tras una pared –generalmente el cerebro de alguien- y sólo con la ayuda de un instrumental se puede conocer detrás.*” (Hassemer ,1984:227)

Asimismo, se exige una mayor cantidad a la que el consumidor emplea para satisfacer su propio consumo. Esto es un problema de difícil solución ya que debe tenerse en cuenta el grado de habituación, asimilación y tolerancia del toxicómano. Necesariamente deben considerarse muchos factores como la calidad y pureza de la droga, los efectos de la misma, como así también todo tipo de factores que puedan influir en las dosis diarias.

También es importante tener en cuenta la condición personal del poseedor, deben valorarse sus medios económicos según el tipo de droga intervenida. (Falcone, 2008)

1.4. Inconveniencia de aplicación de pena al adicto

Explicaciones varias se han esbozado para investigar los motivos por los cuales el hombre se droga. Desde un punto de vista sociológico criminal, las estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas en la sociedad, induciéndolas a una conducta de rebeldía antes que de conformidad. La conducta desviada se mantiene

⁶ Artículo 5, inciso. c, Ley 23.737 de Estupefacientes: “Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes⁶ el que sin autorización o con destino ilegítimo: (...) c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte”

siempre y cuando un sistema de valores culturales coloca por encima de los demás algunas metas comunes o generales; mientras que la estructura social obstruye el acceso a las formas aprobadas de lograr esas metas para la gran mayoría de esa población. Además cabe, a modo de complementación, destacar que las proporciones crecientes de conducta desviada pueden concebirse interactuado en un proceso de dinamismo social y cultural cuyas consecuencias son cada vez más destructoras para la estructura normativa, mientras no se recurra a mecanismos de control que contrarresten tal efecto de tarea preventiva. Por lo tanto, falta de oportunidades, disconformismo social, y frustración son causas que operan dentro de la estructura social que maniobran sobre el ánimo del adicto. (Cornejo, 1994)

Desde el punto de vista psicológico, también ciertos autores han aportado sus propias visiones orientadas a explicar la conducta del drogadicto como enfermo, siendo sus conductas justificadas desde un trastorno en su personalidad. En el drogadicto “(...) *se observa claramente que su conducta delictiva es una rebeldía frente a normas y patrones sociales. Manifiesta una definida oposición hacia la familia y la sociedad.*” (Marchiori, 1986:267)

Siguiendo el mismo orden de ideas,

“(...) los individuos que se vuelven adictos son, en su mayor parte, casos de personalidad antisocial, pero el neurótico y el sicótico también están predispuestos en vistas de sus problemas afectivos. La mayoría de los adictos a los narcóticos son personas cuyo desarrollo se detuvo en las áreas del ego y del superyo, y que casi siempre se fijan en una figura materna ambivalente.” (García Ramírez, 1988: 54)

Se considera que cualquier investigador de la historia, de los sistemas sociales y políticos, criminológicos y antropólogos, sabe que incluso lo antinatural forma parte de la naturaleza, y que la adicción a las drogas suele significar un padecimiento al que se le suma la estigmatización social y legal. Debería entenderse que son las sociedades o los sistemas que las conforman o que representan, las que habrían creado los elementos

precipitantes o disociadores que llevan a los jóvenes y a los consumidores en general, a volcarse a las adicciones. (Neuman, 1997)

Frente a tales circunstancias, aplicar una pena a quien no ha lesionado el derecho, sino que por lo contrario, presente una patología determinada, escapa a toda lógica. Se debería aplicar un tratamiento psicoterapéutico en lugar de penitenciario para lograr su recuperación y reinserción social. Cuando el adicto es un ser cuya rehabilitación al medio social está signada por múltiples dificultades que abarcan desde la falta de medios, hasta su personalidad psicopática e instituciones adecuadas para un tratamiento apropiado, la aplicación de la pena sólo puede servirle para impulsarlo a una ingesta indiscriminada por acentuarse aún más su rechazo hacia la sociedad, logrando solamente una estigmatización.

“Llama también la atención que el legislador sabiendo que las drogas actualmente constituyen la más grave amenaza para la cohesión y la disciplina de todos los regímenes penitenciarios del planeta, busque castigar a los adictos con pena, los que, en una prisión serían el más formidable móvil de propagación para nuevos prosélitos.” (Cornejo, 1994: 203)

Al analizar la conducta adictiva, se descubre que nada de ella puede atribuírsele al adicto. A pesar de esto, el Artículo 14 párrafo segundo de la Ley de Estupefacientes, reprime con penas de un mes a dos años de prisión a quienes tuvieran estupefacientes en su poder, a pesar de que por su escasa cantidad y circunstancias surge que dicha tenencia es para uso personal. Con relación a esta temática es necesario tener en cuenta el Artículo 17 de dicho plexo.⁷

Siguiendo esta línea argumentativa, se entiende que primero se atiende al individuo como si se tratara de un delincuente y luego de comprobar su presunta culpabilidad, es sometido a un tratamiento. Si este fuere el camino a seguir en cualquier ciencia médica

⁷ Artículo 17, Ley 23.737 de Estupefacientes “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última.”

o psicológica, la reacción que provocaría sería un proceso por negligencia a su responsable, debido a que se postergaría la posibilidad de una rehabilitación. (Cornejo, 1994)

En Argentina, con la sanción de la anterior Ley de Drogas N° 20.771, se preveía un tratamiento en un sitio adecuado que el juez determinase, cesando dicho tratamiento por una resolución judicial, previamente obtenido un dictamen de peritos que lo aconsejara. La calidad de enfermo era aceptada de forma imprecisa. Al mismo tiempo, esta medida de seguridad nunca fue ejecutada masivamente pues nunca fueron creados los recintos especiales necesarios para la recuperación del adicto. Ni aún hoy, con la vigencia de la Ley 23.737, que vuelve a hablar sobre el tratamiento, muy pocos jueces deciden remitir a alguna institución clínica a procesados y penados. Como puede observarse, el criterio sigue siendo el de la delincuencia. (Neuman, 1997)

Aún dentro de la dogmática penal, se acepta al consumidor de estupefacientes como un enfermo. Se dice que es un enfermo no sólo individual, sino también familiar o de una sociedad que también lo es. Se considera que el adicto se encuentra en una posición mucho más cercana al alcohólico que al delincuente. *“Da la impresión en nuestros países de América Latina que cuando no existen medios y servicios adecuados, o no se ha reclutado personal capaz para efectuar tratamientos, o no se propician ideas para la prevención, ¡la enfermedad se transforma en delito!”* (Neuman, 1997:18) Aunque teóricamente la ideología médica en los años ‘70 se reencaminó hacia la noción de enfermedad; en la realidad concreta y práctica, predomina la ley penal.

Al analizar el actual sistema de represión del consumo, se nota que frente a lo que se habría dado a llamar como enfermedad, se recurrió directamente a la aplicación de la ley penal. A esta ley penal debe llegarse como ultima ratio, cuando todo lo demás, incluso las llamadas medidas de prevención han fracasado. Como la enfermedad es transformada en delito, se crea la idea de que el consumo genera delincuentes, como si la droga pudiera ser diagnosticada por la víctima y la llevara, en base a sus efectos químicos, a robar, matar o delinquir de cualquier manera.

Se considera que se han formado ciertos estereotipos que han legitimado la prohibición de las drogas mediante el uso de leyes draconianas de ejemplar severidad, llevando al excesivo control sobre el tenedor, usuario o adicto. Además han tenido otro efecto perjudicial, permiten en la sociedad una reacción marginadora ante el adicto e incluso estigmatizadora, llevando a una victimización secundaria.

Desde un principio la Convención de Nueva York los tilda de delincuentes, y así hasta hoy el estereotipo marca droga es igual a delincuencia, como si el quimismo de las drogas sintéticas o la sustancia de las vegetales, estuviera impresa la sinonimia. Afirmando constantemente un discurso falso, una imagen, un hecho ficticio, deviene cierto y sus efectos serán reales para la sociedad global. La droga queda encerrada en ese círculo autorreferencial. Y el estereotipo permite una reacción marginadora, represiva, que ira a legitimar el control social criminalizador.

1.5. Objeción constitucional a las disposiciones del Artículo 14 párrafo segundo de la Ley 23.737 de Estupefacientes

Se considera elemental lo recitado por los Artículos 18⁸ y 19⁹ de la Constitución Nacional.

Estos artículos establecen un principio rector en materia penal, el principio de legalidad -mencionado con anterioridad-, el cual refiere a que el castigo debe ser aplicado a quien ha obrado culpablemente, lesionando una norma sancionada con apelación al hecho que cometió. En otras palabras, significa que

“(...) la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las

⁸ Artículo 18, Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (...)”

⁹ Artículo 19, Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” (CN, 1994:15)

facultades ejecutivas y judiciales, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de hacer lo que ella no prohíbe.” (Núñez, 1999:64)

De esto se desprende la necesidad de que exista una ley que configure una infracción para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar de determinada manera.

El Artículo 19 de la Constitución Nacional actúa como una frontera protectora de la libertad personal frente todo tipo de intervención, sea esta privada o estatal. Abarca tanto el reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea, así como también el respeto por las acciones realizadas en privado.

Esta libertad fue definida como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. No existen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir las acciones que no impliquen un perjuicio a terceros o la sociedad.

Penar la tenencia de drogas para el consumo personal basándose en los potenciales daños que podrían producirse, no se justifica frente a la norma del Artículo 19 de la Constitución Nacional, más cuando dicha conducta no salga de la esfera personal del consumidor. No se encuentra probado aún, que la prevención penal de la tenencia y de la adicción sea un remedio eficiente para el problema que plantea el uso de drogas.

Por tales motivos, constituye la norma en análisis una violación a los principios de legalidad e inocencia previstos por los Artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

No resulta lícito ni razonable hurgar en la mente y en los bolsillos del ser humano, inmiscuyéndose en actos pertenecientes a la privacidad de la persona siempre y cuando dichos actos no involucren a terceros. El problema reside en saber si el Estado puede introducirse y actuar en la vida de los habitantes y determinar a su vez los límites de dicha intromisión. Se considera que el Estado no debe ubicar la cuestión ingresando en

la privacidad y en el derecho de la decisión de las personas intentando encaminar las elecciones que se toman respecto sobre qué hacer con su cuerpo y su salud. Esto implica para cierta doctrina, una actitud benevolente del Estado que implicaría que en el contrato social ha quedado alguna cláusula no escrita por la cual el gobernante se siente concesionario o subrogante de Dios y sabe qué es lo bueno o lo malo para los ciudadanos. Esto implicaría una intromisión al psiquismo, moral y espíritu, regular la mente, las creencias, tradiciones, sentimientos y opiniones, que resultan mucho más importantes que la mera protección del cuerpo. No hay que olvidar que debe respetarse la libertad a determinarse, aunque en este caso pueda lesionarse. Por tal motivo, se deben tratar de prevenir los hechos, antes que penalizar; dando rienda suelta a la represión.

Cuando se analiza la situación psíquica del consumidor o del poseedor de drogas para su propio consumo frente a las normas, y la ejecución de la ley prohibitiva, cabe preguntarse si la prohibición y la consecuente represión ha sido pensada teniendo en miras la intimidación y la disuasión del consumo de estupefacientes, o si por el contrario, ha servido como un fomento.

Con el fin de reprimir a los consumidores, la ley penal ha creado figuras en blanco, y una imposibilidad de excarcelamiento para la inmensa mayoría de conductas referidas a las drogas. La severidad es la constante para quienes paradójicamente son considerados enfermos. *“La actitud policial suele ser de absoluta falta de respeto a su persona y su situación. Da la impresión de que sólo le interesa la búsqueda de la red y el negocio, que el consumidor, obviamente desconoce.”* (Neuman, 1997:278)

La doctrina judicial basa la responsabilidad penal y el castigo en el hecho de que los delitos que se refieren a estupefacientes son de mera actividad y peligro abstracto, lo cual implica saber cuáles verbos va a conjugar el justiciable al momento de su declaración indagatoria. De esta forma se deja en evidencia, que no son los motivos del consumo o de su franca adicción que el imputado desee, sino el cómo pasó a ser parte del negocio. (Neuman, 1997)

Posteriormente, “(...) *la cárcel, con su maquinaria trituradora para seres sin fisiología delictiva. Allí opera la cosificación y la pérdida de identidad.*” (Neuman, 1997:277) El consumidor se debate entre abrumadoras tensiones y angustias. Además, se le suma la ley y su severísima aplicación policial, judicial y carcelaria, lo que implica mayores tensiones y angustias.

El consumidor sufre de alguna forma una doble estigmatización ya que no solo el debe enfrentar una pena de prisión o reclusión además de un proceso penal, sino que además lucha contra una sociedad que lo castiga como adicto y lo relega de gran parte de los ámbitos considerados aceptables, recayendo este efecto secundario no solo sobre el sino también sobre su propia familia. Es necesario comenzar con campañas educativas para minorizar e incluso eliminar esta consecuencia, brindando elementos que permitan entender que el consumidor es en última instancia un enfermo y no un delincuente como actualmente es visto.

1.6. Legalizar y despenalizar

Al hablar de legalización, se trata generalmente la temática de las drogas. Desincriminar refiere a “(...) *decretar la irresponsabilidad penal de conductas humanas como, por ejemplo, la ingesta, la tenencia, el suministro gratuito, el mini tráfico u otras. Despenalizar es dejar de lado la punición con respecto a esas conductas.*” (Neuman, 1997:214) Esto implica que una ley que no prohíba, modifique a otra que sí lo hace.

Hay distintas formas de permisión con relación al uso, el consumo y la tenencia. Una de ellas y quizás la más importante, es mediante la venta controlada en farmacias como sucede con las anfetaminas y otros psicotrópicos. (Neuman, 1997)

Sólo por cuestiones prácticas, se plantea la sinonimia entre los términos legalización, despenalización y no prohibición de las drogas. Existen dos formas operativas de realizar esta tarea, una total y otra parcial o intermedia. En cuanto a la alternativa total, esta implica la legalización y la desincriminación de todas las conductas delictivas atinentes a las drogas, a partir del respeto de la elección y libre albedrío del propio

consumidor. La consecuencia directa es extirpar al tráfico internacional y todos los aspectos y consecuencias delictivas que lo rodean. Con relación a la alternativa parcial o intermedia, se habla de ella al tratar la desincriminación del tenedor y el consumidor o de la permisión del consumo, tenencia o incluso comercialización de determinada droga por su menor riesgo. (Neuman, 1997)

Programar una desincriminación cada día mayor, se vislumbra como una necesidad. Esa legalización, debería irse ampliando en pos de los resultados que ofrece y apoyándose en las parciales conquistas que logra. Mientras que esta despenalización total no ocurra más que como meta a largo plazo, no debe desatenderse el gravísimo problema actual, buscando abordarlo con políticas criminales y sociales que incluyan sanciones penales cada vez menos severas en un contexto cívico cada vez menos opresor del hombre. (Neuman, 1997)

La política los funcionarios y los medios de comunicación, requieren del público para subsistir y se lanzan a una suerte de asentimiento tácito de la imagen social de las drogas. Se genera la retroalimentación como un fortalecimiento mutuo entre los medios de comunicación, las autoridades, funcionarios, políticos y el público. Se constituyen tácitamente en partes de una empresa moral. Y la guerra contra las drogas se lanza, en principio, contra quien está más a la mano y ofrece un blanco fácil: el consumidor. Estas circunstancias traen aparejada la dificultad intrínseca de componer nuevas estrategias, revisar metodologías o establecer con seriedad los roles de la droga en la economía y la participación de los otros actores que giran en el vastísimo negocio.

Se advierte hoy por el incremento del problema con las drogas, que la represión no ha sido el camino adecuado para erradicarlo. No existe Estado alguno que haya logrado suprimir las drogas mediante la prohibición y la severidad de la ley, dando por el contrario, crecimiento al comercio y a la criminalidad organizada. Los decomisos nunca llegan a perjudicar o inhibir el comercio ilícito, pero suelen ser un buen motivo para que los narcotraficantes aumenten el precio del producto en el mercado. Claramente, el rígido control criminalizador no ha tenido el efecto esperado de frenar el consumo de estupefacientes, limitar el tráfico de los mismos e incluso el blanqueo de dinero a escala

mundial. Se considera que destrozarse la relación criminal que con contornos visibles o invisibles une al adicto con el narcotraficante, es la correcta solución para paliar el problema. Obviamente, pensar en legalización implica tomar una serie de políticas de carácter sanitarias y educativas, apuntando principalmente a la promoción de la conducta para la salud. (Neuman, 1997)

Se considera que es esencial llevar un programa de prevención por medio de la asistencia. Este programa debería garantizar un gran acceso a la asistencia, no solo orientada a poner fin a la adicción, sino también aspirar al funcionamiento social y corporal del adicto, es decir, aceptar el hecho de que no puede abandonar el uso de drogas. Se orienta más hacia el apoyo del adicto para lograr un restablecimiento de su salud y persona.

Otro de los puntos de gran valoración es el atinente a los programas educativos. Se considera que una de las formas de desdramatizar el problema de los estupefacientes es llegar a los jóvenes con un mensaje claro, objetivo y exento de temores. El consumo debe salir del ámbito represivo despojando del aura mítica y negativa que rodea hoy al adicto. El estigma, el rotulo, la imagen exagerada, lo prohibido, provoca una ineludible fascinación en muchos jóvenes. Por este motivo es que se apunta a la correcta información del uso de estupefacientes, eliminando el discurso de criminalización. Se debe apuntar al fomento de una conducta sana como forma de enseñanza al pueblo para generar el ejercicio de la libertad con responsabilidad, y advertir del modo más objetivo y serio, sobre que significan las drogas para la salud física y psíquica desdramatizando sin intimidar ni alarmar a nadie. El programa debe tener en claro que el hombre y la mujer son dueños de sus acciones sobre los deseos y experiencias que involucren su cuerpo y mente.

En el próximo Capítulo se presentan los aportes del Derecho Comparado desde el análisis de los países europeos y latinoamericanos más significativos en cuanto a la normativa vigente en el caso de estupefacientes.

Capítulo 2: Los aportes proporcionados por el Derecho Comparado

El Derecho Comparado ofrece la oportunidad de confrontar las normativas vigentes en los diferentes países de acuerdo a la temática aquí planteada, identificando a aquellos que cuentan con una legislación más o menos acorde a las necesidades que plantea la sociedad contemporánea. Así, se dispone del contexto más lejano, entendido éste como el Viejo Continente -Europa-, avanzando hacia América Latina, para concluir el Capítulo con la Argentina, en una suerte de síntesis de antecedentes sobre la legislación referida a estupefacientes.

2.1. Europa

2.1.1. Holanda

Un importante punto de partida de la política holandesa sobre drogas es la reducción de los daños o, la prevención del consumo de drogas y la reducción de los riesgos y los daños que llevan aparejados, tanto para la persona que consume como para su entorno.

En la Ley holandesa de Estupefacientes se hace una distinción entre *cannabis*, marihuana y hachís, y drogas duras, sustancias que conllevan un riesgo inaceptable para la salud, como éxtasis, cocaína, heroína, etc. En virtud de esta distinción, la tenencia de *cannabis* para consumo propio no se considera delito sino falta. El objetivo de la política sobre drogas es, entre otras cosas, lograr una separación de los mercados de las drogas duras y el *cannabis* vendido en *coffeeshops* sometido al cumplimiento de condiciones muy estrictas. La venta de *cannabis* en los *coffeeshops* tiene un máximo de 5 gramos por persona por día. El objetivo de esta política es evitar que los consumidores de *cannabis* queden marginados o que entren en contacto con otras drogas más peligrosas al lidiar con un traficante ilegal. “*Los objetivos principales de la política holandesa con respecto a las drogas son reducir la demanda de drogas, disminuir la oferta y minimizar los riesgos de su consumo para el consumidor, su entorno directo y la sociedad.*”¹⁰

¹⁰ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q. Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

La tenencia, el comercio, la venta, la producción y similares son punibles para todas las drogas, con excepción de los casos en que tienen fines médicos, veterinarios, instructivos y científicos. En contra del pensamiento generalizado, en Holanda están prohibidas todas las drogas. La única diferencia es que no se persigue la venta de 5 gramos de *cannabis* en *coffeeshops*, si se cumplen condiciones muy estrictas, ni la tenencia de pequeñas cantidades de estupefacientes para consumo propio.

Las actividades siguientes son punibles en Holanda: tráfico (importación/exportación), venta, producción y, tenencia. Mientras que, el consumo de drogas no es punible. Por medio de una política de asistencia y prevención profesionales, se intenta disminuir la demanda de drogas y se reducen los riesgos para el individuo y su entorno directo. *“La lucha contra la oferta de drogas se desarrolla combatiendo activamente la criminalidad organizada. La política también está encaminada a mantener el orden público y a evitar las molestias sociales que conlleva el consumo de drogas.”*¹¹

Con relación a las razones por las cuales no es punible el consumo de drogas, se afirma, la política holandesa está orientada a la prevención de la narcodependencia y a la reducción de los riesgos individuales y generales que traen aparejados. En este marco,

*“(...) se ofrece ayuda a los adictos a las drogas en la desintoxicación y en la mejora de su situación física, psíquica y social. Se considera que los consumidores de estupefacientes no tienen por qué temer una persecución criminal ni ser poseedores de antecedentes penales exclusivamente por el hecho del consumo, quedando así estigmatizados.”*¹²

Se intenta desalentar el consumo de drogas en Holanda mediante, entre otras cosas, la información que se da en las escuelas, como así también campañas acerca de los riesgos de las sustancias que crean dependencia.

¹¹ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

¹² Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

Con relación a la creencia popular de que el consumo de *cannabis* conlleva generalmente a una inclusión en el mundo de drogas más peligrosas, Holanda declara que sólo un pequeño porcentaje de consumidores pasa a consumir drogas duras.

*“Según el prestigioso Instituto de Medicina de los Estados Unidos, no existe ninguna prueba concluyente de que el cannabis, en sí mismo, por sus propiedades farmacéuticas, sirva como escalón para acceder a las drogas duras. El número de adictos a opiáceos en Holanda es invariablemente bajo y es muy inferior al número de consumidores de cannabis. Asimismo, Holanda tiene dentro de la Unión Europea un bajo porcentaje de usuarios problemáticos de drogas duras.”*¹³

En Holanda se investiga regularmente el volumen de consumo de drogas.

*“(…) Entre la población con edades superiores a los 12 años, el 17 % ha consumido alguna vez cannabis. En los Estados Unidos este porcentaje es del 34%. Un 3,6 % de los holandeses ha probado la cocaína, frente al 11 % de los estadounidenses. El porcentaje de los que han consumido alguna vez heroína es del 0,4 % en Holanda y del 0,9 % en los Estados Unidos.”*¹⁴

Dentro del sistema judicial holandés, con relación a la investigación y persecución del narcotráfico, es de capital importancia el principio de oportunidad. Este indica que por razones derivadas del interés general, se puede desistir de perseguir un acto punible. El tráfico de drogas a gran escala, tiene la mayor prioridad en la investigación y la persecución judicial. También se combate de manera intensiva la venta de drogas duras. De inferior prioridad es la investigación de la venta y tenencia de *cannabis* para uso personal.

“El principio de oportunidad es un principio general del derecho penal holandés. El Ministerio Fiscal decide sobre la persecución judicial. Las prioridades para la

¹³ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

¹⁴ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

investigación y persecución judicial de actos punibles con relación a las drogas están establecidas en una directriz pública del Ministerio Fiscal. Por consiguiente, la política holandesa de investigación y persecución resulta más transparente que en otros países en los que en la práctica se sigue un método de trabajo semejante.”¹⁵

La investigación de la venta de pequeñas cantidades de *cannabis* para uso personal tiene una baja prioridad dado que el consumo de *cannabis* causa pocos problemas de salud y pocas molestias a la sociedad.

La tenencia de todo tipo de drogas es punible. La posesión de grandes cantidades es objeto de alta prioridad en la investigación y persecución judicial. De esta manera, la tenencia de más de 0,5 gramos de drogas duras es un delito grave contra el que se actúa activamente. También se persigue la tenencia de una cantidad de *cannabis* superior a unos pocos gramos para consumo propio. El cultivo de *cannabis* para consumo propio no se persigue siempre y cuando no sea de más de cinco plantas de marihuana, pero se actúa severamente contra el cultivo a gran escala. Con relación a la tenencia de una pequeña cantidad para uso personal, “(...) *menos de 0,5 gramos de drogas duras: se considera delito, pero tiene una baja prioridad de investigación. Menos de 30 gramos de cannabis, se considera falta y tiene una baja prioridad de investigación.*”¹⁶

La directriz del Ministerio Fiscal es más rigurosa con respecto a la venta que en cuanto a la tenencia de pequeñas cantidades. Si una persona es adicta a las drogas duras y es detenida por tenencia de drogas o por criminalidad, en la comisaría se busca contacto con asistentes sociales.

“La colaboración entre la policía y la justicia, por una parte, y la prestación de ayuda, por otra, son características de la política holandesa sobre las drogas. Las drogas que encuentra la policía siempre son incautadas, tanto las drogas

¹⁵ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

¹⁶ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

duras como el cannabis, aunque se trate de cantidades pequeñas para el propio consumo.”¹⁷

La adicción no es ninguna circunstancia atenuante con relación a la comisión de delitos. A los adictos que cometen un acto punible se les ofrece la oportunidad de elegir entre un tratamiento o la detención. *“Si optan por el tratamiento, la detención impuesta por el juez puede ser suspendida parcial o definitivamente. Los adictos que optan por el tratamiento tienen que cumplir ciertas condiciones. Si no lo hacen, se procede a su detención.”*¹⁸ Las condiciones para el tratamiento son, entre otras, estar motivado para abordar los problemas de la adicción y estar dispuesto a someterse a controles de consumo de drogas. La idea de ofrecer la oportunidad de elegir entre tratamiento y detención está basada en el hecho de que el tratamiento tiene efectos más positivos en los adictos que han cometido un acto punible. Desde hace algún tiempo, en Holanda se vienen cosechando resultados positivos con este enfoque.

El 1 de abril de 2001 entró en vigor la Ley de Acogida Penal de los Toxicómanos.

*“Esta ley ofrece al juez la posibilidad de internar a criminales altamente reincidentes y adictos a las drogas en una institución especial, encargada de la acogida penal de los toxicómanos. Puede imponerse una medida de Acogida Penal de los Toxicómanos de un máximo de 2 años, si no se ha logrado ningún resultado con otras medidas de atención a los adictos.”*¹⁹

Además de atención médica, en una institución de Acogida Penal de Toxicómanos se dedica mucha atención a la escolarización, el trabajo, la ocupación del tiempo libre, la vivienda supervisada y el manejo del dinero. Se utilizan la experiencia y los conocimientos de la atención a los adictos y se colabora estrechamente con servicios y organizaciones de los municipios implicados.

¹⁷ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

¹⁸ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

¹⁹ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

“La desintoxicación suele ser un largo proceso. Si no es posible lograr una abstinencia total, es importante que se procure estabilizar la drogodependencia. Se aspira a evitar que la dependencia de la droga dura conduzca a crecientes problemas de salud, degradación, propagación de enfermedades, molestias para el entorno y criminalidad. En Holanda, a las personas dependientes de las drogas duras no se las abandona a su suerte.”²⁰

A su vez, Holanda apunta a la prevención del consumo de drogas, la cual comienza con la juventud. En las escuelas se presta atención a los riesgos que conllevan las drogas, el alcohol, el tabaco y los juegos de azar. Se brinda información sobre un estimulante concreto cuando los escolares han llegado a la edad en que pueden entrar en contacto con él.

La adicción es en primera instancia un problema sanitario. Se intenta que la asistencia alcance al mayor número posible de toxicómanos. De este modo se obtiene también una idea sobre la magnitud del problema, de manera que pueda llevarse una política de actuación que se ajuste mejor a los hechos. Además, gracias a la asistencia se puede evitar que los drogadictos vayan a parar a los círculos criminales.

2.1.2. Bélgica

En Bélgica se realizó una reforma legislativa en 2003 que modificó dos puntos de la Ley sobre Estupefacientes de 1921. Se trató principalmente de realizar una distinción entre el *cannabis* y las otras drogas ilegales. Se realizó una despenalización del consumo personal de *cannabis*, el cual ya no es perseguido con la condición de que: no se haga de manera ostentosa, ni en un local que sea frecuentado por niños o jóvenes y que no perturbe el orden público. Sin embargo, es una contravención la posesión de la droga.²¹ *“La marihuana es la droga más popular en Bélgica y la que supone menores*

²⁰ Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php?>

²¹ Cfr. CannabisCafe – Foro - Sobre la situación Legal en Bélgica. 17/02/2003. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.cannabiscafe.net/foros/showthread.php/9595-Sobre-la-situacion-legal-en-Belgica>

riesgos para la salud, por lo que el gobierno sólo ha limitado a multas financieras la sanción por posesión del narcótico.”²²

Cuando se trata de una cantidad para consumo personal y sin circunstancias agravantes, la infracción sólo es sancionada con una multa que varía de 15 a 100 euros o con la detención por hasta un mes, en caso de reincidencia.²³ Por lo tanto, las excepciones al libre consumo se delinearían de la siguiente manera: indicaciones de uso problemático (un consumo descontrolado); perjuicios (molestias) sociales (consumo en presencia de menores de edad y en presencia de una situación de perjuicios públicos); prioridad a la situación de riesgo (utilización de *cannabis* en la circulación, vendedores en la proximidad de las escuelas, concentración de jóvenes).

Con relación a la importación, la producción, el transporte y la tenencia de una cantidad de *cannabis* que no está destinada al consumo personal, y el resto de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, aún están penados. Nada ha cambiado para las drogas duras. Los puentes hacia el sector de la asistencia están cada vez más reforzados vía asistentes judiciales.²⁴

El Derecho Penal no es de aplicación más que para las personas mayores de edad -más de 18 años-. La utilización en presencia de menores de edad está expresamente recogida como un perjuicio social, por lo que nueva reglamentación sobre el *cannabis* no se aplicará a los menores de edad.

“En lo que concierne a los menores de edad que gozan del derecho de protección de la juventud, nada cambia en el sentido estrictamente jurídico. Los jóvenes sorprendidos en posesión de una dosis de cannabis no pueden prevalerse de la nueva reglamentación y deberán ser derivados a un proceso verbal. Si los

²² SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

²³ Cfr. SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

²⁴ Cfr. CannabisCafe – Foro - Sobre la situación Legal en Bélgica. 17/02/2003. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.cannabiscafe.net/foros/showthread.php/9595-Sobre-la-situacion-legal-en-Belgica>

menores de edad cometen un hecho calificado de infracción por el derecho penal, el juez de menores puede tomar una serie de medidas específicas.”²⁵

La utilización de *cannabis* y de otras drogas, debe ser desaconsejada, sobre todo durante la adolescencia, el período durante el cual la personalidad del individuo debería formarse.

Con relación a lo que se conoce como consumo problemático, el cual se trata de un modelo de consumo que no se llega a controlar, le

“(…) corresponde a los profesionales de la asistencia determinar si están o no en presencia de un caso de consumo problemático. Si un servicio de policía dispone de una indicación en el sentido de un consumo problemático, lo dirigirá a un proceso verbal. Dicho proceso verbal será remitido al Procurador del Rey que orientará al interesado en su caso ante el asistente judicial. Este asistente someterá a la persona en cuestión a la opinión terapéutica y, sobre la base de esta opinión (positiva o negativa), el Procurador del Rey decidirá si la causa penal la reserva para un proceso verbal. Si el interesado debe comparecer ante el juez de lo penal, éste último requerirá una opinión profesional sobre el eventual carácter problemático del consumo de la droga. El procedimiento será puesto a punto para la concertación entre la justicia y la asistencia.”²⁶

Como puede apreciarse, la noción de consumo problemático queda, evidentemente, subjetivo y sujeto a interpretación.

Los perjuicios sociales son definidos como el consumo en presencia de menores de edad y molestias públicas. El término molestias públicas proviene de la nueva ley comunal. Ella reenvía a las situaciones en las que el consumo de la droga perturba el entorno social.²⁷ La exposición de los motivos de la nueva ley comunal cita algunos ejemplos:

²⁵ CannabisCafe – Foro - Sobre la situación Legal en Bélgica. 17/02/2003. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.cannabiscafe.net/foros/showthread.php/9595-Sobre-la-situacion-legal-en-Belgica>

²⁶ CannabisCafe – Foro - Sobre la situación Legal en Bélgica. 17/02/2003. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.cannabiscafe.net/foros/showthread.php/9595-Sobre-la-situacion-legal-en-Belgica>

²⁷ Cfr. CannabisCafe – Foro - Sobre la situación Legal en Bélgica. 17/02/2003. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.cannabiscafe.net/foros/showthread.php/9595-Sobre-la-situacion-legal-en-Belgica>

orinar en público, la alarma de un coche que se dispara sin pararse, los clientes de una discoteca donde el comportamiento es juzgado perturbador por los vecinos, etc.²⁸

El gobierno de Bruselas ha adoptado, junto a los consumidores, una estrategia de reducción de los riesgos de salud relacionados al uso de drogas consideradas pesadas. En este sentido, locales especiales, en su mayoría administrados por organizaciones sin fines de lucro y dotados de asistentes sociales y psicológicos, ofrecen a los usuarios de drogas inyectables jeringas desechables y recogen las usadas. *“El objetivo de la iniciativa, iniciada en 1998 y financiada por el Ministerio del Interior, es reducir el número de drogadictos portadores de enfermedades infecciosas como la hepatitis y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida).”*²⁹ No se trata de animar, ni de desanimar el consumo de drogas, la existencia de esos locales especializados, se basa en el principio de que, si una persona no puede o no quiere renunciar al uso de la droga, se la debe ayudar a reducir los riesgos que corre por ello, así como los riesgos que hacen correr los demás.³⁰

De esta manera, se evita enviar a prisión a los consumidores que no han cometido ninguna otra infracción, además de la posesión de la droga.

*“(…) Por otra parte, la posesión de una cantidad superior a tres gramos sale de la categoría de consumo personal y puede ser castigada con hasta cinco años de prisión. En lo que se refiere a las demás drogas, la legislación belga establece multas o penas de cárcel de entre tres meses y cinco años en casos de posesión, producción, importación, exportación o comercio, independientemente de la cantidad. La existencia de circunstancias agravantes, puede resultar en penas de hasta 15 o 20 años de cárcel.”*³¹

²⁸ Cfr. SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

²⁹ SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

³⁰ Cfr. SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

³¹ SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

El gobierno también mantiene un sistema de alerta rápida para analizar la evolución de las tendencias sobre el consumo de drogas, el surgimiento de nuevos productos, enfermedades emergentes y nuevas formas de criminalidad u otros fenómenos sociales relacionadas al uso de sustancias psicotrópicas.

2.1.3. Portugal

Portugal decidió en 2001, legalizar la posesión y consumo de varias sustancias, entre ellas la marihuana, cocaína, y heroína. No se limitó solamente a legalizar las conductas, sino que acompañó la descriminalización con tratamientos y rehabilitación, como medidas sanadoras y con campañas de educación, como medidas preventivas, de reducción de daños y de reinserción social.³² Esta reforma dejó de encuadrar al consumo como un delito penal, evitando de esta manera, que el consumidor sea castigado con prisión y registrado en el prontuario policial.

“Hoy, es apenas una infracción, objeto de multa en tribunales administrativos (comisiones para la disuasión de la toxicomanía), con autoridad para aplicar esas sanciones y para analizar los casos bajo una óptica de salud para el ciudadano consumidor.”³³

No obstante, se realiza una distinción entre la infracción del delito por la cantidad de sustancias que posea la persona, fijada en el equivalente a 10 días de consumo para todas las sustancias, desde el *cannabis* hasta la heroína o el LSD (ácido lisérgico).

Extinguido el temor de un procesamiento por posesión de estupefacientes, cientos de personas, en especial jóvenes, optan por acceder a la red de atención creada en el marco de la misma reforma legal, en instituciones estatales o privadas.³⁴

32 PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

33 IPS Noticias. Política de Drogas Portuguesa Ofrece moderado optimismo. 12/07/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=101293>

34 Cfr. IPS Noticias. Política de Drogas Portuguesa Ofrece moderado optimismo. 12/07/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=101293>

Se instauró un sistema denominado de tarjeta amarilla. La persona hallada con drogas para uso personal debe seguir un proceso administrativo bajo supervisión del Ministerio de Salud. El caso no termina hasta que el infractor es evaluado, y a partir de ahí las opciones son múltiples. La policía debe incautar todas las dosis de droga, aunque sean para consumo personal.

“(...) Tras ser descubierto por la policía, el infractor debe presentarse en una oficina especial de salud dentro de un período de 72 horas. Ahí se analizará su caso. Si se advierte que hay un consumo problemático, una adicción, el infractor será invitado a hacer una rehabilitación. En caso contrario, aparecen otras variantes. Si la persona sorprendida con drogas no es definida por la autoridad médica como adicta, sólo se llevará la tarjeta amarilla.”³⁵

En caso de no ser un adicto, la persona recibe una amonestación. Posteriormente, si vuelve a ser arrestada con drogas en su poder dentro de los 6 meses, recibirá sanciones de tipo administrativo. Estas pueden constar en multas económicas, prohibición de salida del país, obligación de realizar trabajos comunitarios o la interdicción para frecuentar lugares de potencial consumo de drogas. Ignorar esas sanciones, entonces sí, deriva en causas penales.³⁶

Por recomendación de una comisión nacional encargada de hacer frente al problema de drogas que tenía Portugal, la cárcel fue sustituida por la oferta de la terapia. El argumento era que el miedo a la cárcel llevaba a los adictos a meterse aún más en su condición de adictos, y que la encarcelación es más costosa que el tratamiento, así que se optó por darles ayuda a los adictos.

Bajo el nuevo régimen portugués, las personas declaradas culpables de posesión de pequeñas cantidades de drogas se envían a un panel formado por un psicólogo, un trabajador social y un asesor jurídico para un tratamiento adecuado -el cual puede ser rechazado sin sanción penal-, en vez de la cárcel.

³⁵ LaNación.com. Portugal Descriminalizó pero sanciona. 11/06/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://www.laNación.com.ar/1481036-portugal-descriminalizo-pero-sanciona>

³⁶ Cfr. LaNación.com. Portugal Descriminalizó pero sanciona. 11/06/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://www.laNación.com.ar/1481036-portugal-descriminalizo-pero-sanciona>

Otra de las medidas innovadoras llevadas a cabo por Portugal, consta en que también se decidió estudiar las razones que llevaron al eventual infractor al consumo de drogas; evitando la victimización del consumidor, analizando las verdaderas causas, sean esas posibles sociales o económicas, y además, optimizando la lucha contra el narcotráfico.³⁷ Se defiende el esquema de sanciones administrativas, como forma de prevenir el consumo. Se considera que, si se quita la acción del sistema penal, hay que tener otro tipo de respuesta frente al consumidor. Es necesario que el sistema de salud esté preparado para recibir a personas con problemas de consumo.

De acuerdo a las fuentes consultadas, puede afirmarse que las medidas llevadas adelante por Portugal han sido un éxito.

“De acuerdo con un detallado reporte elaborado en 2009 por el CATO Institute, organización estadounidense dedicada a la investigación de políticas públicas, titulado “Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies”, la estrategia legal adoptada por este país en 2001 como recurso para combatir el alto consumo de drogas, puede calificarse sin duda como exitoso, esto en caso de considerarse como un caso aislado, y si se compara con los miserables resultados obtenidos por otras naciones que han optado por otras estrategias, entonces podríamos hablar de que el caso portugués es incluso épico.”³⁸

Aquí entraron en juego las antes mencionadas medidas de reducción de daños, que constan en hechos como el reparto de jeringas y agujas limpias, agua destilada, gasa y preservativos a los usuarios de heroína que, para obtener un paquete nuevo, deben devolver los materiales usados.

Durante los años inmediatos a la innovación legislativa, el consumo de estupefacientes en la población estudiantil se redujo notablemente, en muchos casos, como el de la cocaína, el LSD, y el éxtasis, a menos de la mitad; mientras que también hubo bajas

³⁷ Cfr.LaNación.com. Portugal Descriminalizó pero sanciona. 11/06/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://www.laNación.com.ar/1481036-portugal-descriminalizo-pero-sanciona>

³⁸ PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

significativas en el consumo de marihuana y heroína. Tales datos, no tienen otra valoración más que positiva ya que, se establece que la educación puede más que la coerción.³⁹

Con relación a los procesos judiciales, y principalmente los encarcelamientos, ligados a los estupefacientes descendió drásticamente.

“En el caso de los consumidores, evidentemente, se fue a cero. En el caso de traficantes, si bien el número de enjuiciados se mantuvo hasta 2003, a partir de 2004 este tipo de actividad dejó de florecer y con ello se fue extinguiendo el mercado. En este sentido no sólo se disminuyó el consumo y se aumentó la educación temática, sino que el gobierno gasta menos de la mitad de recursos en trámites legales, administrativos, y carcelarios, que en 2001.”⁴⁰

Entre otros datos favorables para la estrategia portuguesa se encuentra una disminución en casos de VIH, por contagio a través de agujas utilizadas para consumir heroína y otras drogas, con una baja de un 75%, mientras que el número de sobredosis registradas en la calle disminuyó en un 40%, así como las muertes relacionadas, en general, con el tráfico o consumo de estupefacientes que bajó alrededor de un 60%. También, y a pesar de que ahora se realiza casi el doble de exámenes toxicológicos que se realizaban en 2001, las personas que daban positivo en el consumo de alguna sustancia ilegal ha disminuido notoriamente.⁴¹

2.2. América Latina

2.2.1. Perú

Perú se distingue dentro de América Latina por su particular manera punir las conductas relacionadas con el tráfico y el consumo de estupefacientes. En el país andino, se realiza una distinción entre la posesión de estupefacientes para el consumo y la posesión para el

³⁹ Cfr. PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en:<http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

⁴⁰ PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en:<http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

⁴¹ Cfr. PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en:<http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

tráfico. Se diferencian varias clases de posesión de droga: la droga para el tráfico; la posesión de droga en pequeña cantidad; la posesión para el consumo. Solamente se castigan las dos primeras conductas, mientras que la última se encuentra exenta de pena.⁴²

Al igual que en el Derecho Argentino, se procura resguardar el bien jurídico de la salud pública, el cual está enmarcado en el Código Penal Peruano en los delitos contra la seguridad pública. Es necesario resaltar que no todos los delitos que punen el tráfico ilícito de drogas protegen la salud pública, sino que hay disposiciones en las que el bien jurídico protegido es la libertad personal.⁴³

La posesión se entiende como tenencia de droga. Esta posesión tiene que ser de dosis personal.

“(...) Por dosis personal nuestra doctrina entiende aquella cantidad de droga que diariamente puede ingerir una persona por cualquier vía. Si la posesión excede de dicha dosis, se plantean dudas respecto al destino final de tales dosis, las cuales puede que tengan un uso personal, o bien pueden ser destinadas al tráfico. La dosis personal será determinada por el juez.”⁴⁴

Por lo tanto, para que la dosis sea considerada personal, tiene que ser para el propio e inmediato consumo.

Se justifica la exención de pena en el caso de posesión para el consumo, basándose en la impunidad de la autolesión, y que el castigo del poseedor de droga constituye una forma vedada de castigar un vicio, debiendo ser competencia pura y exclusiva la ciencia médica.

⁴² Cfr. DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

⁴³ Cfr. DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

⁴⁴ DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

“Ya que el acto de consumo es una decisión propia y por tanto como tal no puede ser punible, pues el Estado no tiene un derecho de tutela sobre las decisiones de los ciudadanos. Ello significaría su incapacitación y el reconocimiento de que el Estado es el único ser capaz y racional, implicaría además de un ataque a la libertad personal, el hecho de que el Estado se erigiese en un ente omnipotente.”⁴⁵

Basándose en la jurisprudencia sentada por el Tribunal Superior Español, se ha realizado una innovadora regulación, que consta en la exención de pena de la tenencia de drogas para el consumo. El marco normativo establece criterios para la determinación, por parte del juez, de la dosis personal para el consumo.

“La correlación peso-dosis, cantidad de droga que requiere el consumidor y que depende de la clase de droga y de la concentración de elementos psicoactivos; pureza de la droga, la que es variable de acuerdo al tipo de droga y la aprehensión de la droga, que consiste en la forma de consumo como resultado del hábito y que lleva a un aumento en la cantidad consumida, son los nuevos marcos dentro de los que el Juez determinará la dosis personal.”⁴⁶

Se considera a esto como una medida de avanzada ya que el magistrado no se verá limitado por una cantidad tasada de droga al consumo, contando por el contrario, con elementos de juicio que le permitirán evaluar cada caso de acuerdo a las circunstancias particulares.⁴⁷

En la práctica, y debido a las disposiciones procedimentales peruanas, es el fiscal quien tiene la atribución de calificar cuándo se hallan frente a una tenencia de droga para el consumo y cuándo ante un tipo penal de tráfico de drogas.

⁴⁵ DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

⁴⁶ DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

⁴⁷ Cfr. DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

“(…) En este sentido afirmamos que la ley al utilizar el término juez se refiere a quien debe apreciar e investigar los hechos, entonces el Fiscal puede y debe tener en cuenta los criterios establecidos en la ley, a fin de determinar debidamente los hechos materia de investigación.”⁴⁸

Los jueces y fiscales tienen la facultad y el deber de seguir estos lineamientos, utilizando las herramientas con las que la ley los ha dotado para la evaluación de estos casos, y determinar si se incurre en una falta o no.

“A efectos de determinar aproximadamente la dosis personal, se considera hasta cinco (5) gramos de pasta básica de cocaína y cualquiera de sus derivados; hasta dos (2) gramos de clorhidrato de cocaína; hasta diez (10) gramos de marihuana, y hasta dos (2) gramos de sus derivados.”⁴⁹

Otra de las eximentes de reproche penal se encuentra en el consumidor adicto o enfermo, quedando exento de pena cuando acredítase su condición de drogadependiente, con certificado de tratamiento médico fehacientemente demostrado o con verificación médico-legal que demuestre dicha condición. Con esta medida se busca que, el juez convoque a sus familiares y allegados a fin de dictar las medidas y recomendaciones que considere convenientes para su rehabilitación.⁵⁰

2.2.2. México

A finales de abril de 2009, el Congreso de la Unión aprobó un paquete de reformas que se conoció como la Nueva Ley de Narcomenudeo.

En México, la venta de estupefacientes, e inclusive el suministro gratuito en cualquier cantidad, está penalizada, pues como lo prevé la Ley General de Salud, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de que

⁴⁸ DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

⁴⁹ DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

⁵⁰ Cfr. DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/20120. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

“el propietario, poseedor, arrendatario o usufructuario de un establecimiento de cualquier naturaleza, lo empleare para realizar o permitir cualquier actividad de comercio, suministro o consumo de drogas, lo notificará a la autoridad correspondiente para que proceda a la clausura del establecimiento, sin perjuicio de las demás sanciones que resulten aplicables.”⁵¹

Lo que ha sucedido desde 1978 y sigue sucediendo en la actualidad es que la posesión para consumo de una cierta cantidad de droga está despenalizada. En la nueva ley de 2009, se establece ahora, con certeza, el concepto de la cantidad de drogas para el estricto consumo personal de un adicto.

Con anterioridad al dictado de esta legislación, determinar la cantidad dependía de dictámenes periciales. Esta circunstancia, llevaba a casos en que podían beneficiarse los peritos, los agentes del Ministerio Público y hasta los jueces y defensores. Ahora la ley propone una tabla con cantidades fijas, terminando así con la discrecionalidad y las posibilidades de corrupción. Asimismo, se establece un marco jurídico claro y preciso para prevenir y combatir la farmacodependencia, el narcomenudeo y el narcotráfico, delimitando competencias al definir lo que le corresponde realizar a la Federación y a los estados.⁵²

Se distingue entre farmacodependiente y consumidor.

“(…) Farmacodependiente, es toda persona que presenta algún signo o síntoma de dependencia a estupefacientes o psicotrópicos, mientras que consumidor es toda persona que consume o utiliza estupefacientes o psicotrópicos y que no presente signos ni síntomas de ninguna dependencia.”⁵³

Tanto consumidores como farmacodependientes, conforme a la reforma de 2009, no son penalizados.

⁵¹ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index>.

⁵² Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁵³ Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

Basta con determinar que el detenido está en posesión de una droga en las cantidades prescritas por ley para que no se ejerza acción penal. La Ley General de Salud, establece que el Ministerio Público no ejercerá acción penal por la tenencia de estupefacientes, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal. A su vez, la autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.⁵⁴

El principal efecto que posee la distinción entre consumidor y farmacodependiente, opera cuando el centro o institución reciba reporte del no ejercicio de la acción penal. En ese momento,

“(...) las autoridades de salud deberán citar al farmacodependiente o consumidor, a efecto de proporcionarle orientación y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia o en aquellos preventivos de la misma. Al tercer reporte del ministerio público el tratamiento del farmacodependiente será obligatorio. El objeto de la cita es orientarle y conminarle a participar en un programa contra la farmacodependencia, y la participación en el mismo por parte del farmacodependiente o consumidor es voluntaria, en los dos primeros reportes.”⁵⁵

Para los consumidores, o a quienes no presenten signos de drogadependencia, no será obligatoria.

En México, ya no es necesario probar pericialmente la adicción a una determinada droga, ya que resulta intrascendente para efectos de aplicar la excusa absolutoria. Si se tendrá en cuenta un dictamen médico para determinar las condiciones físicas del consumidor o farmacodependiente.

⁵⁴ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁵⁵ Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

Anteriormente, determinar la cantidad de droga que un adicto podía tener para su estricto consumo personal quedaba sujeta a los dictámenes periciales.

“(…) Los dictámenes tenían por objeto determinar el tipo, cantidad y calidad de la sustancia; establecer si el poseedor es adicto y de serlo, establecer la cantidad necesaria para su consumo en función del sexo, edad, peso y otras características personales.”⁵⁶

Los dictámenes periciales servían al Ministerio Público para resolver si ejercía o no acción penal, determinación que quedaría a la posterior valoración de los jueces. *“Decidir a quién no se privaba de la libertad y a quién sí, no dependía estrictamente de que la conducta encuadrara con lo expresado en ley, sino de la apreciación personal, por más técnica que ésta fuera.”⁵⁷* Por misma cantidad de droga, algunos consumidores eran sujetos a tratamiento, mientras que otros eran enviados a prisión.

La intención de la reforma fue evitar la penalización indiscriminada de enfermos adictos que ocurría principalmente gracias a la interpretación discrecional de la cantidad de droga que podía llevarse para consumo personal. Hoy, sólo basta con que se ordene a los servicios periciales la realización de un examen sobre el tipo, calidad y cantidad de la sustancia.⁵⁸

La nueva legislación propone una distribución de competencias entre los estados y la Federación para combatir el problema del narcomenudeo y el narcotráfico.

“Esto tiene una doble ventaja: por un lado, no sólo clarifica cuándo deberá hacerse cargo un estado en particular y cuándo la Federación, sino también hace responsables en la prevención y combate a ambos niveles de gobierno, evitando

⁵⁶ Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁵⁷ Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁵⁸ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

que lagunas y dudas en torno a la competencia sean un campo fértil para los delincuentes.”⁵⁹

Las autoridades federales, deben concentrarse en la persecución de los traficantes mayoristas. Por ello,

“la reforma prevé que éstas conocerán de los delitos contra la salud cuando se trate de delincuencia organizada, y cuando las cantidades de droga sean mil veces superiores a las previstas en la Tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato.”⁶⁰

La regla general es que será competencia federal a partir de 5 kilos de marihuana y 500 gramos de cocaína, por referir a las drogas más comunes; mientras que tratándose de cantidades menores, será competencia estatal.

Además, será competencia federal cuando se trate de delincuencia organizada sin importar la cantidad, cuando el narcótico no sea de los señalados en la tabla de la ley - opio, heroína, marihuana, cocaína, LSD, MDA, MDMA o metanfetaminas-, o cuando lo solicite el Ministerio Público de la Federación.⁶¹

2.3.3. Brasil

Durante 2002 y 2006 se produjeron cambios legislativos en Brasil⁶² que desembocaron en una despenalización parcial de la posesión para uso personal. Las penas de prisión ya no se aplican y fueron sustituidas por medidas educativas y servicios comunitarios. Actualmente, el Ministerio de Justicia así también, como miembros del Congreso están preparando varias propuestas de reforma a la ley de drogas que se espera incluyan la descriminalización total de la posesión de drogas para consumo personal y una

⁵⁹ Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁶⁰ Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁶¹ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php>

⁶² Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

disminución de los niveles de condena por tráfico de pequeña escala. Hoy en día, el debate se centra en la importancia de diferenciar entre usuarios y traficantes, y sobre todo, en una discusión pública sobre la legalización del consumo de drogas.

Las convenciones de drogas de Naciones Unidas han tenido gran influencia en la legislación brasilera. Estas han comprometido al vecino país a luchar contra el tráfico y a reducir el consumo y la demanda con cualquier medio a su alcance, incluido el control penal. Esto, sumado a las relaciones diplomáticas y comerciales con Estados Unidos, y compromisos con el sistema de fiscalización internacional de estupefacientes, condujo a la adopción de un enfoque prohibicionista muy en consonancia con el modelo norteamericano de guerra contra las drogas.

El régimen legal imperante, ha despenalizado el consumo de drogas en Brasil al rechazar las penas privativas de la libertad para el consumidor, incluso en los casos de reincidencia. Sólo son previstas medidas alternativas como pena. Por otro lado, la ley no hace una diferenciación clara entre consumo y tráfico. En otras palabras,

“si bien la ley de 2006 amplió la diferencia legal entre consumidores –sujetos sólo a medidas alternativas– y traficantes – que se enfrentan a altas penas de prisión– ésta no define de forma estricta quién puede encajar en cada una de estas categorías.”⁶³

En el marco legislativo se reconocen expresamente principios como, el respeto de los derechos fundamentales de las personas, especialmente en cuanto a su autonomía y libertad, el reconocimiento de la diversidad y la adopción de un enfoque multidisciplinar. Se fijan directrices encaminadas a la prevención del consumo de drogas buscando el fortalecimiento de la autonomía y de la responsabilidad individual en relación con el uso indebido de drogas y el reconocimiento de la reducción de daños como resultados deseables de las actividades de naturaleza preventiva. Como se observa, esta inclusión de principios refleja un nuevo enfoque, que sigue la línea del

⁶³ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

prohibicionismo moderado, especialmente con la adopción de la reducción de daños como política oficial.⁶⁴

Con relación al cultivo para consumo personal, se lo ha equiparado al consumo personal en sí. El consumo compartido de drogas ilícitas, ha presenciado una disminución considerable en la pena, sólo cuando el suministro es ocasional, es decir, se entrega a alguien que tiene una relación con el sujeto en causa y no tiene afán de lucro, una situación que se diferencia de la del traficante profesional y que justificaría la relajación de la pena. *“Con respecto al consumidor, por lo tanto, estos cambios se pueden considerar como positivos ya que implican una reducción del control penal y hacen una cierta diferenciación entre conductas.”*⁶⁵ Con relación a las detenciones, estas son la regla en el caso de delitos de estupefacientes.

*“Los delitos de drogas son clasificados juntamente con el asesinato, la violación y el secuestro como delitos de gravedad, no importa el grado de participación. Es una causa mayor de la sobrepoblación en las cárceles de Brasil. En el 2010 casi 40 % de la población carcelaria no tenía sentencia, la mayoría de ellos por drogas.”*⁶⁶

El principal problema de la nueva legislación es la carencia de una clara diferenciación entre consumo y tráfico. De acuerdo a lo establecido en la ley, esta diferenciación se debe determinar teniendo en cuenta la cantidad, la naturaleza o calidad de la droga y otros elementos, tales como el lugar y demás circunstancias objetivas, además de subjetivas, como la existencia de antecedentes, circunstancias sociales y personales. Estos criterios son de muy difícil aplicación objetiva por lo que en la gran mayoría de los casos, la ponderación de dichos datos queda sujeta a la discrecionalidad de la autoridad de aplicación.

⁶⁴ Cfr. Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

⁶⁵ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

⁶⁶ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

Se reserva un trato penal bastante estricto para el delito de tráfico, ya que la pena mínima se incrementó de 3 a 5 años, la cual consta en

*“(...) importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, adquirir, vender, exponer a la venta, ofrecer, almacenar, transportar, llevar consigo, guardar, prescribir, administrar, entregar para consumo o suministrar estupefacientes, aunque sea gratuitamente, sin autorización o en disconformidad con las disposiciones jurídicas o normativas.”*⁶⁷

Aunque este cambio legal ha significado un avance con relación al anterior régimen, aún posee ciertas falencias, principalmente la preferencia del legislador por la pena de prisión, incluso para los pequeños traficantes. Se considera que *“mejor sería aplicar una reducción de la pena, ya que actualmente, aunque el juez pueda reconocer la poca relevancia de la participación del acusado en el comercio ilegal de drogas, la ley prohíbe la sustitución de la prisión por penas alternativas.”*⁶⁸

El sistema penitenciario brasileño está superpoblado. Uno de los principales problemas es el exceso de presos provisionales, personas privadas de libertad sin condena definitiva. *“El porcentaje nacional de presos provisionales en estos momentos se sitúa en torno al 45 por ciento.”*⁶⁹ En el caso de estupefacientes, la prisión preventiva es obligatoria, constituyendo uno de los mayores casos de encarcelamiento. *“En 10 años (de 2000 a 2010), la población carcelaria creció más del doble, pasando de unos 233.000 presos a más de medio millón.”*⁷⁰ Este incremento de la población carcelaria es un fiel reflejo de los efectos de una política penal basada en el endurecimiento legislativo, la limitación de las garantías y el acento en la represión.

⁶⁷ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

⁶⁸ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

⁶⁹ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

⁷⁰ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

“Dentro de este panorama general el total de condenados por delitos de tráfico de drogas representa la segunda mayor incidencia de detenidos -117.152- en el sistema, después de los delitos contra el patrimonio que ocupan tradicionalmente la primera posición.”⁷¹

El número de condenados por tráfico de drogas casi se duplicó desde la sistematización de la nueva ley en 2006. Como claramente se observa, las respuestas penales represivas contra el delito de tráfico de drogas, ha contribuido de forma eficaz al aumento de la población penitenciaria brasileña en los últimos años, destacándose particularmente entre estos los pequeños comerciantes de drogas ilícitas condenados a largas penas de prisión, hecho que refuerza la marginalidad y el estigma a que están sometidos. Esta problemática podría resolverse en parte con una aplicación menos estricta de la detención preventiva.

En general existía hasta hace poco en el país un ambiente favorable hacia el debate sobre las drogas y a experimentar con nuevas legislaciones. Para el actual Gobierno Federal el tema parece tener poca prioridad.

“Hay no obstante una serie de señales que indican una urgente necesidad de abrir el debate, como la posición de la Comisión Brasileña sobre Drogas que propone que se haga una mayor diferenciación entre usuarios y traficantes. También, el ministro de Justicia de Brasil, ha admitido ser partidario de una discusión pública sobre el polémico tema de la legalización del consumo de drogas, y son bien conocidas nacional e internacionalmente las posiciones del ex presidente Fernando Henrique Cardoso a favor de cambios en las políticas y en la legislación.”⁷²

En el país se han producido recientemente varias manifestaciones a favor de la legalización de la marihuana.

⁷¹ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

⁷² Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

2.3.4. Argentina

El Código Penal de 1921⁷³ no contenía ninguna disposición relativa a los estupefacientes. Se punía al que vendiese, pusiera en venta, entregase o distribuyese medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo. Dicho tipo penal subordinaba su comisión a la actividad de encubrir el carácter nocivo del medicamento o mercadería, por lo que no tenía utilidad extender el concepto de mercadería peligrosa al de estupefacientes.

Buscando llenar ese vacío legal, se promulgó la Ley 11.309 en 1924⁷⁴, sancionando al que estando autorizado para la venta, vendiese o entregase o suministrase alcaloides o narcóticos sin receta médica. Asimismo, se penalizaba la venta, entrega o suministro que fuera hecha por persona no autorizada para la venta de sustancias medicinales. Aún así, seguían sin ser criminalizadas las conductas de aquellas personas que sin estar autorizadas para la venta, comercializaran o suministraran estupefacientes; incluso no se podía ampliar analógicamente el término sustancias medicinales al de alcaloides o narcóticos.

A modo de ‘parche’, el 25 de julio de 1926 se sancionó la Ley 11.331⁷⁵ que penalizó a los que no estando autorizados para la venta, tuviesen en su poder las drogas a que se refería esta Ley y que no justificasen la razón legítima de su posesión o tenencia.

Dicha norma estuvo vigente hasta 1968 en que se promulgó la Ley 17.567.⁷⁶ En esta oportunidad, se despenalizó la tenencia de drogas para uso personal e introdujo las figuras de suministro infiel de medicamentos, suministro indebido de estupefacientes, y el tráfico ilegal de estupefacientes. Además, se agravaban las figuras del tráfico cuando

⁷³ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

⁷⁴ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

⁷⁵ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

⁷⁶ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

la sustancia estupefaciente fuera proporcionada indebidamente a un menor de 18 años, o cuando se le hiciese consumir a otro engañándolo o con violencia o intimidación.

La Ley 20.509 promulgada el 5 de julio de 1973⁷⁷, derogó íntegramente la legislación represiva del gobierno de facto de la década del '60, por lo que se retrajo la situación legal a la prevista en las leyes 11.309 y 11.331, volviéndose a penalizar la tenencia de drogas para uso personal.

La Ley 20.771, que se promulgó el 3 de octubre de 1974⁷⁸, introdujo en el campo legislativo un instrumento específico penal en relación a las drogas. Básicamente se mantuvo la figura de suministro infiel de medicamentos y se introdujeron las conductas de tráfico de estupefacientes, sancionando dichas conductas con prisión o reclusión de tres a doce años. Se previó la figura del organizador como tipo agravado; se contempló la prescripción indebida de estupefacientes; se reprimió el proceder de aquel que facilitare un lugar para elaborar o comercializar estupefacientes o para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes, previendo penas de prisión con la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio así como el cierre del negocio; sin hacer distinción si era para uso personal o no, se criminalizó al que tuviera en su poder estupefacientes; se penalizó las conductas de incitación al consumo, difusión, preconización y el uso de estupefacientes en lugares expuestos al público o en lugares privados que tuvieran probable trascendencia a terceros. También se decidió agravar las conductas de tráfico cuando el hecho se cometiere en perjuicio de menores de 18 años o de personas disminuidas psíquicamente; si en los hechos participaran tres o más personas organizadas para cometerlos; si los ilícitos fueran cometidos por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos o cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social,

⁷⁷ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

⁷⁸ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas o cuando los hechos se cometieran por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales.⁷⁹

Una de las importantes innovaciones, fue la introducción del instituto de medida de seguridad curativa para los condenados por cualquier delito que dependiere física o psíquicamente de los estupefacientes. Dicha medida se imponía de modo acumulativo a la pena y consistía en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requería su rehabilitación. La medida de seguridad debía cumplirse en establecimientos adecuados que el juez determinara y el tiempo que duraba el tratamiento se computaba para el cumplimiento de la pena. La medida tenía como límite el tiempo de la condena impuesta. Además, se agregó al Artículo 77 del Código Penal, anteriormente mencionado, el término estupefaciente, y su consiguiente explicación.⁸⁰

Actualmente se encuentra en vigencia la Ley 23.737, promulgada el 10 de octubre de 1989⁸¹, la cual además de disparar una vez más los topes punitivos de las conductas asimiladas al tráfico y sin perjuicio de los tipos agravados, incorporó figuras como la de impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, o quien por medios masivos de comunicación social explique en detalle el modo de emplear como estupefaciente cualquier elemento de uso o venta libre. Asimismo, desdobló la figura de la tenencia: por un lado, tipificó el delito de tenencia simple y, por otro, el de tenencia de droga para uso personal; además instituyó tres medidas de seguridad curativas y una educativa. Finalmente, en cuanto a la represión de la tenencia de drogas para uso personal, se prevé que acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación, si después de un lapso de dicha recuperación, el autor alcanzara una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, el juez previo dictamen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de

⁷⁹ Cfr. Infoleg.Com. Información Legislativa. Base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. ESTUPEFACIENTES. Ley 20.771. Fecha: 05/02/2008. Consultada: 21/07/2012. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40025/norma.html>

⁸⁰ Cfr. Infoleg.Com. Información Legislativa. Base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. ESTUPEFACIENTES. Ley 20.771. Fecha: 05/02/2008. Consultada: 21/07/2012. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40025/norma.html>

⁸¹ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes.⁸²

Completa esta normativa la Ley 24.424⁸³, que establece que cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, se le impondrá la misma pena que la prevista para tenencia de droga para uso personal siendo aplicables las medidas de seguridad.

Durante el desarrollo de este Capítulo, se ha presentado desde el Derecho Comparado, la situación normativa del uso de estupefacientes, pudiéndose concluir que los países europeos tienen otra perspectiva para tratar esta temática -más abierta y progresista- volcada a la prevención y tratamiento de las adicciones; mientras que en los países citados de América Latina, se advierte -de alguna manera- una idea de no persecución y tratamiento equiparado a una enfermedad del consumidor, es en Argentina donde aún se continúa con una mayor propensión hacia el castigo y la criminalización.

En el siguiente Capítulo se presentan significativos casos de la jurisprudencia que aportan al debate de la modificación o no del Artículo 14 párrafo segundo de la Ley de Estupefacientes, en particular la constitucionalidad de punir la tenencia para el consumo personal.

⁸² Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

⁸³ Cfr. INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.html>

Capítulo 3: Los aportes de la jurisprudencia respecto de la constitucionalidad de punir la tenencia para el consumo personal

En este Capítulo, se realiza una pequeña reseña sobre los distintos cambios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, destacando los acontecimientos más importantes relativos a la materia en discusión.

La Ley 20.771 que entró en vigencia el 3 de octubre de 1974, marcó el comienzo de tan controvertida disposición al imponer prisión de 1 a 6 años al que tuviere en su poder, estupefacientes aunque estuvieren destinados a uso personal. Además, agregó al último párrafo del Artículo 77 del Código Penal, la definición de estupefacientes que comprende: los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que elabore la autoridad sanitaria nacional.

En una suerte de recorrido por los diferentes fallos que remiten al tema abordado en esta investigación, puede decirse que la Corte, frente al interrogante sobre la constitucionalidad o no del Artículo 6 de la Ley 20.771, se dictó en 1978 el fallo *Colavini*.⁸⁴ Posteriormente, con el correr de los años, y frente al retorno de la democracia, el 29 de agosto de 1986, la Corte vuelve a pronunciarse en las causas *Bazterrica*⁸⁵ y *Capalbo*.⁸⁶ En esta oportunidad, y dejando de lado el precedente, decretó la inconstitucionalidad de la norma que reprimía la tenencia de estupefacientes. El 11 de octubre de 1989 se sanciona la Ley 23.737 frente a la entrada en obsolescencia de la Ley 20.771. El legislador en esta oportunidad, decide apartarse de la doctrina sentada con anterioridad por la Corte manteniendo la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia, al resolver la causa *Montalvo*⁸⁷ decide apartarse del criterio adoptado en *Bazterrica* y *Capalbo*. Aquí, decide de acuerdo a la doctrina establecida a partir del caso *Colavini* -de

⁸⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

⁸⁵ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

⁸⁶ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Capalbo, Alejandro C. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallocapalbo.html>

⁸⁷ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

1978- estableciendo que la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del Artículo 14, segundo párrafo de la Ley 23.737 y tal punición no afecta ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional. Finalmente, el 25 de agosto de 2009, la Corte se pronuncia nuevamente en la controvertida causa *Arriola*⁸⁸ volviendo al criterio establecido en *Bazterrica y Capalbo*. En esta oportunidad la corte resuelve invalidar al Artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 ya que es contradictorio con lo establecido en 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.

Los casos citados en este apartado, se desarrollan a continuación.

3.1. Caso Colavini

Se considera que el fallo *Colavini*, dictado por la Corte Suprema de Justicia en 1978, es quizás el primer precedente relevante en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal, principalmente por la alarmante descripción que se realiza de la problemática de la drogadicción, llevándola a un nivel de ‘calamidad social’, comparable con guerras y pestes.

En esta oportunidad la Corte, sostuvo que el castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no resultaba violatorio de la garantía contenida en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, sustentando tal postura en criterios de defensa social. Se consideró que las consecuencias y efectos que acarrea la tenencia de drogas, excedían razonablemente el ámbito de intimidad del individuo, trascendiendo su conducta autolesiva a terceros.

Se cree importante remitirse a la expresión textual del Considerando N° 5 del fallo, que evoca claramente, por la emotividad de sus palabras, la preocupación que significaba en

⁸⁸ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos. Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012. Consultada 07/08/2012 Disponible En: <http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.Html>

dicho momento histórico del país, la creciente problemática de la drogadicción y el narcotráfico.

“(...) Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.”⁸⁹

Como se expresa en el Considerando N° 7 del fallo, la tendencia internacional ha llevado a la búsqueda de una armonización de planes de lucha contra el narcotráfico.

“(...) Que es precisamente por eso que se han celebrado convenciones internacionales y se han creado organismos de la misma naturaleza, con el fin de coordinar la represión del referido azote. Con tal objeto en muchas naciones se han sancionado, asimismo, leyes que lindan con lo draconiano.”⁹⁰

Fácilmente se vislumbra, de acuerdo al lenguaje utilizado, la gran preocupación que causaba en ese momento la problemática relacionada a la drogadicción. A pesar de que las tendencias internacionales imperantes tildaban a los consumidores como víctimas de una enfermedad o adicción, en la Argentina se había sancionado con una abrumadora severidad la Ley 20.771, que más allá de otorgar la posibilidad al juez de dictar una medida de seguridad curativa, rara vez esta fue aplicada. El criterio en la nación sigue siendo el de delincuencia, de tratar al adicto como un malhechor infractor de normas sociales y legales.

⁸⁹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

⁹⁰ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

A pesar de que la ideología medica vario en los años 70', encaminándose hacia una noción de enfermedad, la realidad concreta y practica demostró un predominio de la ley penal. Como se aprecia en este controvertido fallo, el criterio sigue siendo prohibitivo y penalizador de conductas como la tenencia para el consumo personal.

Siguiendo en este orden de ideas, la Corte considera, que resultaría incurrir en una irresponsabilidad si los gobiernos de los Estados civilizados, no tomaran cartas en el asunto e instrumentaren todas las herramientas competentes que pudieran conducir a eliminar ese mal de manera radical o, por lo menos, si fuera posible, reducirlo. A modo de aclaración, destaca que la Argentina se encuentra en una posición de adelantamiento en la lucha contra la droga debido a la experiencia de prueba y error legislativa. Expresa la Corte:

“(...) nuestro país, cuya legislación se ha enriquecido, después de otros ensayos que no arrojaron el resultado esperado, en el ordenamiento ahora vigente, con un instrumento que, dentro de su moderación y razonabilidad, no debe ser desinterpretado a riesgo de tornarlo ineficaz para la consecución de los altos fines que persigue.”⁹¹

Continúa la Corte con su línea argumentativa refiriéndose al objetivo principal de la Ley. Expresa que se trata de la punición del Tráfico de Estupefacientes, sobre todo, el abastecimiento en todas sus formas de las sustancias o drogas. Mas allá de su finalidad médica, *“(...) pueden transformarse en materia de un comercio favorecedor del vicio con todas las secuelas ya recordadas.”⁹²*

Continúa la Corte determinando las razones por las que considera punible la tenencia de estupefacientes para consumo personal remitiéndose al problema que ocasiona la demanda del consumidor de drogas.

⁹¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

⁹² Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

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

Todo el desarrollo descrito anteriormente inicia por la producción y finaliza con la compra y adquisición del consumidor. Aclaradas tales cuestiones, la Corte explica:

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

Por tales motivos, aclara que el tenedor de una droga prohibida es considerado un elemento indispensable para el tráfico. En definitiva, la punición de la conducta del tenedor, llevaría a una reducción de la cantidad de consumidores debido al efecto disuasivo de tales disposiciones.⁹³

Este precepto será una de las mayores falencias en que caerá la corriente penalizadora de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, al comprobarse la ineficiencia del supuesto efecto disuasivo o conducta ejemplificadora.

En concordancia con lo antes expuesto, la Corte se refiere a la imposibilidad de sostener fundadamente, que la legislación que pune la conducta del tenedor de estupefacientes para consumo personal sea invasiva de la esfera de intimidad personal del individuo, y por lo tanto, discordante con el principio preceptuado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional.

⁹³ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/Fallo_Colavini.html

“(…)Que, en tales condiciones, no puede sostenerse con ribetes de razonabilidad que el hecho de tener drogas en su poder, por los antecedentes y efectos que supone tal conducta, no trasciende de los límites del derecho a la intimidad, protegida por el art. 19 de mandato constitucional que se proclama aplicable por el apelante. Ni es asimilable aquella conducta a las hipótesis de tentativa de suicidio o de autolesión, que carecen, en principio, de trascendencia social (…)”⁹⁴

Siguiendo con el criterio antes establecido, la Corte aclara que, no considera oportuno dejar de dar importancia a la circunstancia de que el consumo de estupefacientes provoca una facilitación a la comisión de delitos, y por lo tanto el Estado debe inmiscuirse en aquellos actos que puedan poner en peligro la sociedad.

“(…) No deben subestimarse los datos de la común experiencia que ilustran acerca del influjo que ejerce el consumo de drogas sobre la mentalidad individual que, a menudo se traduce en impulsos que determinan la ejecución de acciones antisociales a las que ya se hizo referencia, riesgo éste potencial que refuerza la conclusión del considerando anterior, en el sentido que es lícita toda actividad estatal enderezada a evitarlo.”⁹⁵

A su vez, se remite a las razones expuestas por el procurador general en el Capítulo II de su dictamen, en las cuales se explica que el Artículo de la Ley 21422 que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, está en concordancia con protocolos de acuerdos internacionales en los que se aconseja punir este tipo de conductas para luchar contra el narcotráfico.

“(…) Cabe señalar que el primer protocolo adicional del referido acuerdo internacional que aprobara la citada ley 21422, entre las figuras que se aconseja incluir en las legislaciones nacionales represivas, incluye la tenencia ilegítima de estupefacientes (…) en una redacción similar a la que ofrece el art. 6 ley 20771.

⁹⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

⁹⁵ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

Por lo demás, el acuerdo de marras sólo reviste un carácter meramente declarativo, donde los países signatarios se comprometen a adoptar las medidas que en él se sugieren a fin de uniformar los instrumentos de lucha contra el tráfico y uso indebido de estupefacientes.”⁹⁶

Se considera importante, a los fines de una mejor comprensión de las razones por las que la Corte decidió en el sentido de la constitucionalidad de la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, rescatar las palabras expuestas por el procurador general en su dictamen.

“Habida cuenta del consenso imperante en la sociedad moderna acerca de los gravísimos efectos, tanto de índole física como psíquica, que acarrea el uso de estupefacientes, no puede válidamente sostenerse, a mi juicio, que la acción de consumir tales drogas no pueda ser prohibida en atención a consideraciones fundadas en la necesidad de salvaguardar la salud de la comunidad.”

Como puede apreciarse, se justifica la constitucionalidad de la norma basándose en la idea de que la conducta afecta directamente la salud de la comunidad en su totalidad. Continúa con esta línea argumentativa aduciendo que tales actos generan un riesgo previsible debido a las posibles consecuencias de propagación dañosa a la salud y el bienestar de la sociedad.

“(…) Actos de esa naturaleza importan, de por sí, el riesgo previsible, especialmente en punto a su posibilidad de propagación, de secuelas altamente dañosas al bienestar y seguridad general que justifica la intervención del legislador para conjurar dicho peligro.”⁹⁷

Por otro lado, también establece que el consumo de estupefacientes, produce en las personas una destrucción de los valores esenciales a todo ser humano,

⁹⁶ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

⁹⁷ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

“(...) la degeneración de los valores espirituales esenciales a todo ser humano, producidos a raíz del consumo de estupefacientes, hacen que esta acción exceda el calificativo de un simple vicio individual, pues perturba, en gran medida, la ética colectiva (...).”⁹⁸

La Corte Suprema se pronunció en el sentido de que la punición de la tenencia de estupefacientes destinados al uso personal, no era violatorio del Artículo 19 de la Constitución Nacional. Al mismo tiempo, valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero. Se argumentó que si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual, conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas. Así también, se consideró lícita toda actividad tendiente a evitar la tenencia de drogas para uso personal.

Frente o contra lo que se había dado en llamar enfermedad, se recurrió a la ley penal. Y a la ley penal, mal que le pese a ciertos políticos y buena parte de la opinión pública se debe llegar como *última ratio*, cuando todo lo demás, incluso las llamadas medidas de prevención, han fracasado: los programas preventivos, planes sobre la salud, sanitario y de educación social.

Cuando la enfermedad es transformada en delito, creándose un nuevo estereotipo, se impone el ingrediente jurídico de la ilegalidad sin consideración a la droga que se trafica y se consume. Tanto el traficante como el usuario y el adicto, pasan a ser rotulados como socialmente peligrosos. Todo lo atinente a la droga se decreta ilegal y comienza el acucioso camino de la lucha por la seguridad interna primero e internacional después. Se engendra una nueva terminología tendiente a dar mayor realismo y convulsión al problema. Se habla de calamidad social con total liviandad y lasitud, sin analizar realmente si el problema del consumo de estupefacientes reviste tal carácter.

⁹⁸ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

El Estado pasa a controlar ciertas sustancias que el ciudadano introduce en su cuerpo y que producen efectos psicoactivos. Se crea una ética de robustecimiento del control sobre bases medicas y por ende, de dominación y consenso coacto de la libre elección. Se demoniza la cuestión y el publico en su gran mayoría, como así también victimas de delitos, comienzan a denunciar el haber sido atacados por delincuentes drogados. Como si los estupefacientes pudieran ser diagnosticados por la victima e impeliesen, en virtud de su composición, a robar y matar. En diversos países se verifica que en la medida en que la drogadicción crece, y con y por ella el precio de as drogas, hay adictos que cometen delitos, robos y sustracciones, con el fin de tener medios para adquirirlas. Pero nunca se supo que el delito se deba a un efecto intrínseco de la sustancia. Las drogas engendran enfermedad o la robustecen. Incluso muerte, pero por sí, por su consumo; no resulta científicamente serio decir que muevan conductas que transgredan al codigo penal.

La penalización de la tenencia se mantuvo hasta el año 1986, cuando la Corte Suprema de la presidencia del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín realizó modificaciones en el régimen. Es en esta oportunidad donde aparece el caso *Bazterrica*, conocido también por su labor como guitarrista y compositor de Los Abuelos de la Nada y de La Máquina de Hacer Pájaros, en el cual la Corte cambia el criterio y declara la inconstitucionalidad de punir la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por considerarlo violatorio del principio de reserva incluido en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, el que se presenta a continuación.

3.2. Caso Bazterrica

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *Bazterrica*, tuvo que expresarse nuevamente con relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal determinando si ésta, es una conducta privada que no debe ser penada o, si por el contrario, es una conducta que por el peligro que puede generar a la moral pública de terceros, debe ser sancionada.

En un fallo dividido, se migra de la jurisprudencia sentada en *Colavini*, considerando que el hecho de tener drogas para consumo personal forma parte de aquellas acciones privadas que quedan fuera de juzgamiento por parte de la ley. Al suponer la inconstitucionalidad del Artículo 6 de la Ley 20.771, el que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal, se vulnera el principio de reserva consagrado por el Artículo 19 de la Constitución Nacional.

Para sustentar dicho fallo, la Corte comienza su línea argumentativa declarando que el hecho de la tenencia de estupefacientes para consumo personal constituye una conducta privada, y que el peligro potencial de que ella trascienda de esa esfera no alcanza para incriminarla, siendo necesaria la existencia de poner en peligro concreto a la salud pública. Se abandonaría el principio de culpabilidad en el que se asienta el derecho penal argentino al sancionar por la peligrosidad del autor y no por su hecho.⁹⁹

El legislador establece limitaciones genéricamente definidas en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, circunscribiendo el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden, la moral pública y en los derechos de terceros. En materia penal, es el legislador quien crea aquellos instrumentos que considera adecuados para resguardar los intereses que la sociedad. Esto se logra dictando normas que limitan las conductas de los hombres protegiendo los bienes jurídicos relevantes. A pesar de ello y como ya se expresara, no pueden pensarse aquellas acciones que no ofendan la moral pública a las que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero.¹⁰⁰

En el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no debe presumirse que siempre se incurra en consecuencias negativas para la ética colectiva. “(...) *Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la*

⁹⁹ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰⁰ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros.”¹⁰¹

Se imponen de esta forma, límites a la actividad legislativa que consisten en la exigencia de la no prohibición de una conducta que se desarrolla dentro de la esfera privada o en la intimidad que no ofendan al orden o la moralidad pública; esto es, que no perjudiquen a terceros. Aquellas conductas dirigidas contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.¹⁰²

El Estado estaría imponiendo una moral determinada si la ley tuviese la posibilidad prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual. Esto lo pondría el borde de un totalitarismo por otorgar la posibilidad de supervisión ilimitada de la vida y actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada. Esto conduce a aseverar que “(...) *no son punibles las acciones de los hombres que constituyan actos en su esfera privada, siempre que no afecten el orden y la moral públicos.*”¹⁰³

El equilibrio que debe existir entre un Estado cada vez más omnipresente y poderoso y, los individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen, estaría consagrado en el ámbito de reserva de cada persona en la Constitución Nacional. En este sentido, las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre lugar para la elaboración de un plan de vida propio determinado por la autonomía de su propia conciencia siempre y cuando no afecte un igual derecho en los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria, pondrán de manifiesto la existencia del equilibrio anteriormente nombrado. En el Estado democrático es de alta prioridad “(...) *asegurar la vigencia de la disposición constitucional en el sentido de garantizar el ámbito de exclusión aludido, procurando su eficacia tanto frente a la intromisión estatal como frente a la acción de*

¹⁰¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰² Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰³ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

los particulares.”¹⁰⁴ Como lo establece el Considerando N° 11, la garantía del Artículo 19 de la Constitución Nacional, forma una esfera privada de acción de los hombres en la que el Estado, ni ninguna de las formas en que los particulares se organizan como factores de poder pueden inmiscuirse.¹⁰⁵

El orden y la moral públicos, y los derechos de terceros, establecen un límite que circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas.

“(…) El alcance de tal límite resulta precisado por obra del legislador; pero, su intervención en ese sentido, no puede ir más allá de las acciones de los hombres que ofendan a la moral pública, que interfieran con el orden público o que afecten derechos de terceros esto es, no puede el legislador abarcar las acciones de los hombres que no interfieran con normas de la moral colectiva ni estén dirigidas a perturbar derechos de terceros.”¹⁰⁶

Esto establece que por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas, es decir, por su inclusión en una norma jurídica,

“(…) de modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda.”¹⁰⁷

De esta forma se vislumbra la existencia de una serie de acciones sólo referidas a una moral privada, que constituye

¹⁰⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰⁵ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰⁶ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰⁷ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

*“(...) la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieran el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás.”*¹⁰⁸

Se establece que el Estado debe garantizar y promover el derecho de los habitantes a proyectar, programar y ordenar su vida de acuerdo a sus propias convicciones e ideales de existencia protegiendo a su vez un igual derecho a los demás, mediante la consagración del orden y la moral públicos.¹⁰⁹

En su Considerando N° 9¹¹⁰, afirma que no está probado que se eviten consecuencias negativas para la seguridad y el bienestar generales mediante la incriminación de la simple tenencia.

*“(...) Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse de acuerdo a los datos de la común experiencia no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad o como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros.”*¹¹¹

De acuerdo a lo que argumento la Corte, la disposición que castiga la tenencia de estupefacientes para consume personal, posee una grave falencia técnica al construir un tipo penal basado en presupuestos de peligrosidad abstracta del autor sin considerar realmente la relación entre la conducta desplegada y un posible daño o peligro concreto

¹⁰⁸ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹⁰⁹ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹⁰ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

a derechos o bienes de terceros o a las valoraciones, creencias, compartidas por conjuntos de personas.¹¹²

Como lo expresa la Corte, gracias a estos defectos legales, se podrían alcanzar situaciones realmente injustas. A modo de ejemplo

“(...) quien fuera sorprendido en posesión de un cigarrillo de marihuana o de una pequeña cantidad de cocaína para su consumo personal por vez primera, aún cuando esto no implica necesariamente una afección en términos médicos, debe ser puesto a disposición del juez para su juzgamiento es pasible de penas severas que lo estigmatizan para el futuro como delincuente, mientras que quien es ya un adicto y está en contacto en oportunidades indeterminadas con cantidades también indeterminadas de estupefacientes a los que lo lleva su adicción a consumir, probablemente resultará un individuo al que se recomendará orientación y apoyo médico, sólo por no haber sido sorprendido en la tenencia del estupefaciente, aunque la adicción presupone tener múltiples veces la sustancia a su disposición.”¹¹³

La Corte establece que una persona que consume estupefacientes se auto provoca un daño. Tal circunstancia se convierte en punible cuando realiza la acción en una situación que implica incitar a terceros a proveerlos de estupefacientes, ya que estaría produciendo a los terceros el mismo daño que se inflige a sí mismo. De esta forma, su conducta escaparía a la exclusión tantas veces nombrada del Artículo 19 de la Constitución Nacional.¹¹⁴

Por tal motivo, es la conducta de provisión o incitación a terceros y no el propio consumo lo que produce el daño. Como lo expresa la Corte, *“(...) castigar a quien consume en razón de que es un potencial traficante equivaldría a castigar, por*

¹¹² Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹³ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹⁴ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

tenencia, vgr., a un coleccionista fanático porque es un potencial ladrón de los objetos de la especie que colecciona.”¹¹⁵

La idea de que la prevención penal de la tenencia o la adicción sea un remedio para el problema del narcotráfico se encuentra discutida en la actualidad y que se sostiene que las causas de la adicción son de origen múltiple. La correcta forma de palear este problema es mediante la corrección de las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea. No se cree que la incriminación del adicto, ayude a su tratamiento; siendo necesarios sistemas que impongan tratamientos de desintoxicación como los que han sido adoptados por algunos países europeos, como se expresara en el Capítulo 2.¹¹⁶

Como lo explica la Corte,

“(...) las sociedades modernas no se inclinan a enfrentar todos los graves problemas que padecen mediante la incriminación de las víctimas de esos mismos problemas. No se podría perseguir el rufianismo, el lenocinio o la trata de blancas, encarcelando a los clientes.”¹¹⁷

No cree correcto buscar la solución a los problemas de salud pública, educación, extrema pobreza, etc., mediante la aplicación de penas a las víctimas que se encuentran en tales situaciones, sino que por el contrario, el Estado debe implementar políticas integrales. Esto debe lograrse instrumentando esas políticas en legislaciones completas, con gran cuidado de la construcción de los tipos penales que en ellas se introduzcan.¹¹⁸

Internacionalmente, y como se viera en el Capítulo 2, y sobre todo en países de tinte liberal, se busca

“(...) considerar al adicto al consumo de estupefacientes como un enfermo, y se plantean los objetivos de ayuda al tratamiento y reincorporación a la sociedad

¹¹⁵ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹⁶ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹⁷ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹¹⁸ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

del toxicómano, en lugar de su calificación como delincuente con las graves consecuencias que ello encierra.”¹¹⁹

Se encuentran órdenes jurídicos como el de Gran Bretaña, donde el combate ilegal de drogas, no deja de lado la posibilidad de una provisión oficial de estupefacientes a los adictos en el marco del tratamiento de recuperación, considerados éstos como enfermos y no como meros delincuentes. Otro caso resonante es el de Francia, en el cual se ha instrumentado una posibilidad para los jueces de obligar a curas de desintoxicación.¹²⁰

De acuerdo a la Corte, como se viene demostrando,

“(…) en estos países y otros como EE.UU., Holanda, Alemania Federal, etc., se afirma la tesis de que actividades de perniciosos efectos sociales, motivadas en fallas estructurales de las organizaciones económico-sociales, como la adicción a drogas, el exceso de consumo, fabricación y venta de bebidas alcohólicas, la prostitución, el juego clandestino, el tráfico de armas, etc., deben enrostrarse con políticas globales y legislaciones apropiadas -de las que hasta el presente carece nuestro país- antes que con el castigo penal, pues, al cabo, éste recae sobre quienes resultan víctimas de dichos defectos estructurales.”¹²¹

A su vez, la Corte consideró remarcar que en la mayor parte de los casos no parece ser indicado el encarcelamiento por la posesión de pequeñas cantidades de droga causante de dependencia, destinadas a uso personal.

Con relación a la inducción al delito que supuestamente provoca la ingesta de estupefacientes, la Corte declara que ante todo, cabe destacar que actualmente no existen estudios suficientes que prueben una conexión verdadera y necesaria entre el consumo de drogas y consumación de otros delitos.

¹¹⁹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹²⁰ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹²¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

“Muchas de las actividades cotidianas que se realizan en una sociedad moderna, como conducir automóviles, disponer de equipos de transmisión pública, beber alcohol o poseer ciertos conocimientos calificados, podrían ser estimadas como condicionantes de situaciones que facilitan la comisión de ciertos hechos ilícitos; sin embargo, ni sucede ni parece razonable pensar que dichas actividades puedan incriminarse por su sola peligrosidad implícita.”¹²²

La Corte, siguiendo con esa línea argumentativa no se considera razonable fundar la incriminación del consumo de drogas por el supuesto efecto potencial de éstas, ya que estas consecuencias dependen de las situaciones concretas de cada caso, de las cantidades que se incorporen al organismo y del uso que se les asigne. Por tales motivos, como explicó la Corte, se consideró oportuno aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, corrigiendo el comportamiento desviado de los sujetos con un enfoque terapéutico y rehabilitante.¹²³

No se tendrá un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga mediante una figura penal protectora de la salud pública de peligro abstracto,

“(…) y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratados que tienen los adictos.”¹²⁴

¹²² Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹²³ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

¹²⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html>

En este orden de ideas, la Corte considera que establecer penas severas, sin la posibilidad de soluciones alternativas, con el objetivo de actuar como un medio de disuasión del simple consumo, acarrea un irremediable etiquetamiento del consumidor ocasional de la droga, como delincuente, circunstancia que puede llevar a un incremento de su accionar delictivo. Si la tenencia de estupefacientes tiene un destino de consumo persona, sin incurrir en circunstancias que pongan en peligro concreto a terceros o que ofendan la moral pública, lleva a

“(...) la estigmatización del tenedor como delincuente, más aún cuando tal estigma es impuesto por la misma comunidad que debería encargarse de proponer medios aptos para el tratamiento de los adictos, el adicto, o incluso el consumidor ocasional, tendrán un antecedente penal que los acompañará en el futuro.”¹²⁵

De esta forma, se dificultará expresamente su rehabilitación, obstaculizando sus perspectivas laborales y su posible reinserción en una realidad de la cual se abstrajo por su adicción. Por tal motivo, la legislación a este respecto debería controlar y prevenir el consumo de drogas

“(...) sin estigmatizar en forma definitiva al adicto como delincuente y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratado para recuperar su salud del que goza en una sociedad civilizada todo aquél que padece una enfermedad, especialmente cuando ésta se origina en deficiencias estructurales de la propia sociedad.”¹²⁶

De acuerdo a las consideraciones de la Corte, se deberá enfrentar el problema de las drogas mediante un abordaje íntegro de todos los prejuicios que existen acerca de ese mismo problema, de manera tal que se comprenda que el drogadicto es un individuo

¹²⁵ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html>

¹²⁶ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html>

enfermo en la gran mayoría de los casos, con serios problemas físicos e importantes alteraciones en su integridad psicológica.¹²⁷

Por tal motivo, la Corte cree oportuno tratar al adicto como un enfermo, comprendiendo además que la gravedad de su enfermedad guardara relación con la intensidad del grado de adicción. Presentar a la víctima como un delincuente, implica el peligro de obstaculizar el objetivo superior al de la pena, o sea la rehabilitación, cura y reinserción social de la víctima. Como bien lo explica la Corte,

“(…) pensar que en esos supuestos puede recurrirse a la pena de prisión como un modo idóneo de presionar la voluntad del adicto, no pasa de ser una encantadora, pero tonta fantasía que, entre otras cosas pierde de vista que la férrea dependencia que se produce entre el adicto y la droga, no es ajena a propuestas sociales que promueven dependencias similares.”¹²⁸

Otra consideración que cabe tener en cuenta, es el hecho de que el legislador no ha dado aún respuesta eficaz a la cuestión del consumo de droga. Al respecto, sólo ha apelado a su incriminación penal, que basa la protección de la salud pública en una pretendida tipificación de peligro abstracto, bajo el supuesto no demostrado de que la pena acarrearía en situaciones de esta especie, invariablemente un efecto moralizador y disuasivo para el consumidor ocasional, o el que se inicia en la adicción.¹²⁹

Con relación al caso *Capalbo*, dictado en 1986, como anteriormente se mencionó, se mantuvo el criterio de la Corte sentado en *Bazterrica*, con relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal. A pesar de ello los jueces José S. Caballero.- Carlos S. Fayt votaron en disidencia.

Se considera importante remitirse solamente al considerando del fallo el cual establece:

¹²⁷ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: [Http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html](http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html)

¹²⁸ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: [Http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html](http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html)

¹²⁹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: [Http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html](http://www.infoarda.org.ar/fallo%20bazterrica.html)

“(…) Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas en la fecha al fallar la causa B 85.XX. “Bazterrica, Gustavo M. s/tenencia de estupefacientes”, a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad. Por ello, oído el procurador general, se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí declarado.”¹³⁰

El 21 de Septiembre de 1989, durante la primer presidencia de Carlos Saúl Menem, se sanciona la Ley 23.737, mediante la cual se derogaron los artículos 1° a 11 de la ley 20.771 y se incorporó en su Artículo 14, segundo párrafo, la punición cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia de estupefacientes es para uso personal.

El 11 de diciembre de 1990, la Corte dicta sentencia en la causa *Montalvo* por el que concluyó que la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del Artículo 14, segundo párrafo de la Ley 23.737 y tal punición no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental.

3.3. Caso Montalvo

En diciembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es llamada nuevamente a fallar respecto de la constitucionalidad de normas que punen la tenencia de estupefacientes para consumo personal. En esta oportunidad, toma una dirección opuesta a la del caso *Bazterrica*. Principalmente fundamenta su decisión en el resguardo de la seguridad pública, por encima de la libertad individual, que se convierte en acotada, ya que no es necesario que las acciones privadas sean perjudiciales, bastando que exista cierta potencialidad de ello. Considera que los drogadictos generan un efecto contagioso, y que si no hubiera consumidores, no habría comercio. Esto permitiría la utilización lícita y discrecional, de ciertas de formas de control social por parte del Estado.

¹³⁰ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Capalbo, Alejandro C. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: [Http://www.infoarda.org.ar/fallo%20capalbo.html](http://www.infoarda.org.ar/fallo%20capalbo.html)

Diversas son las razones en que se ampara la Corte en esta oportunidad para sustentar su fallo. Una de ellas es el objetivo que tuvo en miras, a la hora de reprimir la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Este objetivo no es ni más ni menos que proteger la salud pública, y no el interés particular del adicto; sino el interés general que está por encima de él y que aquél trata de alguna manera de vulnerar, dado que se consideró que su conducta constituía un medio de difusión de los estupefacientes. Tales motivos, no son más que cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a la Corte inmiscuirse, al punto tal de que incurre en el riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa.¹³¹

“La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga (...)”¹³²

Con relación a la controversia surgida en base al choque entre el principio de reserva sustentado por el Artículo 19 de la Constitución Nacional, y la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la Corte -en esta oportunidad- retoma la temática y la aborda de la siguiente manera: Se establece que, las acciones privadas que menciona el Artículo 10 de la Constitución Nacional, están exentas de la autoridad de los magistrados cuando, de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. Para quedar fuera del ámbito de aquel precepto, no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales en la generalidad de los casos. Es suficiente que de algún modo, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Por lo tanto, el mencionado Artículo 19, está sujeto a la autoridad de los magistrados y subordinado a las formas de control social que el Estado, pueda emplear lícita y discrecionalmente para buscar el bien común.¹³³

¹³¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹³² Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹³³ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

La Corte considera que la drogadicción tiene un efecto contagioso, y tal hecho es público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar. “(...) *En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su (...) intimidad sino que se exteriorizan en acciones (...)*” Por tal razón, es claro que no hay intimidad ni privacidad si hay una exteriorización y tal, es apta para afectar el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. “(...) *Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza de algún modo es apartarse de los datos más obvios, penosos y aun dramáticos de la realidad cotidiana.*”¹³⁴

Se considera que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es una acción que ofende el orden, la moral y la salud pública,

*“(...) porque al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante hormiga, y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva, sin que la presunción de peligro que emana del art. 6° de la ley 20.771 sea irrazonable, en atención a la relación entre los bienes jurídicamente protegidos y la conducta incriminada.”*¹³⁵

Con relación a la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública, la Corte opina que no es necesaria su comprobación, “(...) *pues de ser así se agregaría un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, con el peligro de que tal inteligencia la torne ineficaz para la consecución de los fines que persigue (...)*”¹³⁶

En cuanto a la relación de causalidad entre la figura descrita por el tipo penal y el perjuicio ocasionado, la Corte considera que a pesar de que se ha intentado resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, se extiende esta protección a

¹³⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹³⁵ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹³⁶ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

un conjunto de bienes jurídicos que va mucho más allá de esa finalidad, abarcando también “(...) la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda.”¹³⁷ Si no fueran tan importantes los intereses tutelados al punir la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la sociedad podría creer que el consumo de drogas, no es una conducta disvaliosa, y por lo tanto, también creer que al Estado no le interesa que los miembros de la sociedad se destruyan a sí mismos y a los demás.¹³⁸

Con relación a la finalidad de la tenencia, se le da poca importancia, ya, fuera de los casos de autorización legítima,

*“(...) quien tiene drogas cumple con la acción típica y con los elementos de la figura, sin que los motivos en virtud de los cuales entró en la tenencia de la sustancia, con conocimiento de su naturaleza, tengan relevancia para resolver la cuestión en examen, toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor y es por ello susceptible de ser castigada (...)”*¹³⁹

La Corte explica que al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no se realizaron distinciones en cuanto a la cantidad, por tratarse de un delito de peligro abstracto. Considera que cualquier actividad relacionada con el consumo de estupefacientes, pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la Nación. Se intentó abarcar todos los casos no autorizados, sin tener en cuenta la finalidad de la tenencia. Esto tuvo el objetivo de punir a todo aquel que se sustraiga del poder de policía de salubridad que ejerce el Estado. Por lo tanto, deben ponderarse la naturaleza y efectos de los estupefacientes.¹⁴⁰ Se entiende que

¹³⁷ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹³⁸ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹³⁹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹⁴⁰ Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

“(…) el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento, y después, al ser detenido, declara que la droga es para uso personal y así la relación entre el tenedor y el traficante se consolida y hasta lo hace aparecer exclusivamente como víctima del mal cuando ello es sólo parcialmente cierto.”¹⁴¹

La Corte en esta oportunidad opina que la escasa cantidad de sustancia no es relevante ya que se está intentado proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante.

Al declarar la constitucionalidad del Artículo 6° de la Ley 20.771, la Corte se expresa en relación a la validez constitucional del vigente Artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737. Dentro de los motivos que la llevan a fallar a favor de la constitucionalidad de dicho precepto, incluye la circunstancia de que el legislador ha decidido renovar el régimen legal análogamente al anterior, es decir, manteniendo la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.¹⁴² *“(…) Según la nueva norma, se sigue considerando peligrosa toda conducta vinculada con la tenencia de estupefacientes en la medida en que ello implica sustraerse al control propio del Estado en el ejercicio de su poder de policía de salubridad.”¹⁴³*

Posteriormente, la Corte decide valorar las razones por las cuales el Congreso de la Nación ha tomado la determinación de dictar un régimen legal punitivo de la conducta analizada. Primero se remite a los dichos de la Cámara de Diputados durante las sesiones, los que por su significatividad cabe citar en extenso:

“El art. 14 introduce una innovación al establecer en su segundo párrafo una diferencia cuando se refiere a la tenencia para consumo propio, pero tenencia al

¹⁴¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹⁴² Cfr. Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹⁴³ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

fin. Eso es lo que tenemos que entender. La tenencia para uso propio es tenencia lisa y llana. Se trata de tenencia para drogarse, y no podemos quedar impasibles ante ese hecho. No le podemos decir a ese individuo que se siga drogando, que a la ley no le importa, porque no lo entiende (...) Son tremendas las consecuencias de esta plaga tanto en lo que se refiere a la práctica de aniquilación del individuo como a su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducidas en la delincuencia común y subversiva, la incapacidad para realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, que es la base fundamental de nuestra civilización (...) Hay quienes piensan que somos libres de envenenarnos como nos place y que por consiguiente todo esfuerzo que haga la sociedad para impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado contra la libertad individual. Se trata de una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo sino que al hacerlo así causa perjuicio a quienes lo rodean.”¹⁴⁴

Asimismo, procede a citar los dichos de la Cámara de Senadores, quien sostuvo que

“este es un problema que afecta fundamentalmente no sólo la vida del país sino la de todo el mundo. Evidentemente, la producción, el tráfico y el consumo de estupefacientes han logrado cambiar la fisonomía política, social y ética de numerosos países. Avanza inconteniblemente como una lacra que se expande por encima de las fronteras, resistiendo de modo fundamental la personalidad de los individuos y de los Estados (...)”¹⁴⁵

Con relación a los consumidores, la Cámara de Senadores explica que,

“(...) la cadena tiene tres eslabones fundamentales, de los cuales ellos constituyen el último, los dos primeros corresponden al productor y al traficante. Desde luego, cuando los consumidores son muchos atraen al tráfico (...) La realidad demuestra que en tanto existan consumidores hay tráfico, y que cuando

¹⁴⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.Infoarda.Org.Ar/Fallomontalvo.html>

¹⁴⁵ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.Infoarda.Org.Ar/Fallomontalvo.html>

*hay consumidores también está la droga clandestina. Y si se tiene droga clandestina es porque los consumidores, de alguna manera, estimulan su tránsito hacia el país afectado (...)*¹⁴⁶

Culminan las reflexiones de la Corte estableciendo que las razones vertidas acerca de la constitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes en la anterior Ley, son totalmente aplicables al nuevo Artículo 14, párrafo segundo de la Ley 23.737.

*“La norma -art. 14, segunda parte de la ley 23.737- contiene un juicio de valor para incriminar la conducta cuestionada de inconstitucional por el recurrente, sin que se advierta el menor atisbo de irrazonabilidad o injusticia que justifiquen la revisión judicial. Antes al contrario, ese juicio de valor emana de un mandato clamoroso de la comunidad -cabalmente entendido por sus representantes-, que desea terminar con el flagelo de la drogadependencia, sobre todo cuando ha advertido que su país ha dejado de ser un lugar de paso para el tráfico internacional para convertirse en uno de creciente e intenso consumo, y que en los estudios de mercado que efectúa la delincuencia internacional para evaluar la conveniencia de su establecimiento se tiene especialmente en cuenta la no punición de la tenencia.”*¹⁴⁷

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte considera que la desincriminación del tenedor de drogas que las tuviere en escasa cantidad facilitaría la actividad de los traficantes. Frente a tal circunstancia, los traficantes utilizarían a su favor el sistema de expansión del comercio de la cocaína y la estructura legal de persecución, combinándolos para que los peces chicos fueran los más fáciles de atrapar; mientras que los grandes traficantes disfrutarían de cierta inmunidad legal.

Esta prohibición se mantuvo hasta el 25 de Agosto de 2009, cuando la Corte Suprema -compuesta por Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Dra. Elena I. Highton de Nolasco (Vicepresidenta), Dr. Carlos Fayt, Dr. Enrique Santiago Petracchi, Dr. Juan

¹⁴⁶ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

¹⁴⁷ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

Carlos Maqueda, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni y Dra. Carmen María Argibay-, determinó en la causa *Arriola* -con sustento en *Bazterrica*- 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.

3.4. Caso Arriola

En el reciente fallo *Arriola* del año 2009, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se consideró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no es punible, por considerar que tal penalización invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales tutelada por el Artículo 19 de la Constitución Nacional. Este es el caso más relevante, principalmente por su proximidad temporal y, por ser el último en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha expresado con relación a la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sentado un precedente directriz en la materia.

La última decisión tomada por la Corte, no implica la legalización o despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. La ley 23.737 aún sigue vigente en todo su articulado, por lo que la aplicación de la misma es totalmente viable a pesar de haber sido declarada la inconstitucionalidad del Artículo 14, en este fallo. Con esta declaración de inconstitucionalidad, se trata de impugnar un sistema normativo que criminaliza conductas que siendo cometidas de determinadas maneras, no afectan a un tercero y, por lo tanto, estarían bajo el resguardo del Artículo 19 de la Constitución Nacional. Como bien lo explica Lorenzetti, el fin de este Artículo, no es otro más que constituir una frontera

“(...) que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en

privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.”¹⁴⁸

Este reconocimiento de la libertad personal tiene tanta incidencia, que toda restricción de ese ámbito, debe ser justificada en la legalidad constitucional. Por tales motivos, no cabría penalizar aquellas conductas que fueron realizadas en privado y que no ocasionaron peligro o daño para terceros. Frente a esto, los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. Siguiendo con estos aportes, la Corte considera que toda conducta realizada en privado es lícita, siempre y cuando ésta no constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.¹⁴⁹

La idea de libertad, tomada por la Corte implica, el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. El ejercicio de este derecho, no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. De tal forma, la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Siguiendo las palabras de Lorenzetti, las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que:

“(...) (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta (...)”¹⁵⁰

Punir la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sólo puede explicarse como un intento, por parte de un Estado proteccionista o paternalista, de proteger al individuo contra su propia elección del plan de vida, que el Estado reputa indeseable. En

¹⁴⁸ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos. Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁴⁹ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁵⁰ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

principio, el Artículo 19 de la Constitución Nacional, repele este tipo de incumbencias estatales.¹⁵¹

Esta protección de la privacidad, no habilita al Estado a punir, basado exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o participe de una gama innominada de delitos. En cuanto a los tipos de peligro abstracto, como lo es la conducta de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Al respecto, Lorenzetti explica,

“(...) el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.”¹⁵²

El Estado puede imponer límites al derecho a la libertad de cada individuo, pero debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de la frontera entre la libertad y la afectación a los terceros. Por ello, la Corte considera que no es posible permitir que se presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados de peligro abstracto; es humanamente imposible contar con una previsión exhaustiva sobre todas las características de los hechos futuros como para poder afirmar *a priori* que todos ellos producirán un daño a terceros. Por lo tanto, no es posible imputar un daño a una acción, cuando ésta se desencadena a partir de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal. Por ello, la Corte no considera necesario, penar el consumo en aquellos casos en los cuales el castigo deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción.¹⁵³

En el mismo orden de ideas, la Corte opina que las leyes penales que establecen delitos, otorgan pautas acerca de la forma en que deben analizarse los efectos dañinos de la

¹⁵¹ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁵² Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁵³ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

acción ilícita, sea describiendo los rasgos principales de la víctima o, al menos, de las derivaciones o consecuencias que han de seguirse de la acción criminal. Sin embargo, como lo explica Argibay,

*“(...) la prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, ninguna referencia o precisión sobre quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas.”*¹⁵⁴

Este tipo penal, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo.

Si bien con posterioridad a *Bazterrica*, la Corte dictó otro pronunciamiento en *Montalvo*, que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal; en esta nueva oportunidad, decide apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente, retornando al criterio sentado en *Bazterrica*; esto es, la inconstitucionalidad de punir o castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

En ese orden de ideas, establece que el principio de dignidad del hombre, guarda más correlato con la solución dada en *Bazterrica*. Tal principio consagra al hombre como un fin en sí mismo, de esta forma se opone a que sea tratado utilitariamente. Por este motivo no considera compatible dicho principio con los preceptos seguidos por 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.¹⁵⁵

La Corte determina que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba *Montalvo* no han tenido la efectividad que se suponía iban a tener. En aquella oportunidad, se sostuvo que la incriminación del tenedor de estupefacientes, otorgaba facilidades a la hora de combatir las actividades vinculadas con el comercio de

¹⁵⁴ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁵⁵ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

estupefacientes. Tal, no ha sido evidenciado, ya que no se ha llegado a dichos resultados promisorios, pues la actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.¹⁵⁶ Como lo señala la Corte,

“(…) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco” (…)”¹⁵⁷

Además de dichas razones, Lorenzetti considera que las motivaciones utilitaristas que sustentaron *Montalvo* tampoco serían constitucionalmente admisibles ya que,

“(…) parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión (…) está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido.”¹⁵⁸

Aún admitiéndose tales sacrificios, no se han logrado los resultados esperados. Esto queda demostrado con el informe que se presenta en el fallo.

“Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del

¹⁵⁶ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁵⁷ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁵⁸ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

100% en las mujeres frente al 50% de los varones.”¹⁵⁹ Además, “(...) en los últimos veinte años sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El setenta por ciento de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal y el ochenta y siete por ciento se inició por tenencia de hasta cinco gramos de marihuana o cocaína incautada a varones jóvenes entre 20 y 30 años en la vía pública, que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito.”¹⁶⁰

Otra de las razones, no menos importante, en la cual se justifica este nuevo cambio jurisprudencial, es que el debate plasmado en *Bazterrica y Montalvo*, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. A partir de la reforma Constitucional de 1994, al incorporarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden jerárquico equiparado a la Constitución Nacional misma - Artículo 75, inc. 22-, se reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, saliendo del principio de soberanía ilimitada de las naciones.¹⁶¹

“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.”¹⁶²

Merced a los tratados incorporados por el Artículo 75, inc. 22, el derecho a la salud se encuentra reconocido con jerarquía constitucional. Por tales motivos, el Estado argentino, ha asumido el compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad. Uno de los principales objetivos, es instar a los Estados miembros a una promoción del derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes, logrando de esta manera el acceso universal al tratamiento de la toxicomanía con el fin

¹⁵⁹ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶⁰ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶¹ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶² Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

único de salvar vidas y reducir la demanda de drogas. Este constituiría por lo tanto, uno de los mejores modos de combatir el narcotráfico.¹⁶³

Los consumidores de drogas, generalmente cuando se transforman en adictos enfermos, son junto a sus familias, las víctimas más inmediatas del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. En este orden de ideas, la Corte ha dejado claro 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 (...)*”¹⁶⁴ Por lo tanto, no parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización del mismo.

A partir de lo expresado, la Corte ha reafirmado su preocupación por preservar el derecho a la salud dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación que tiene el Estado de garantizar ese derecho con acciones positivas. Desde este punto de vista, la adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados. El consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta en el ámbito sanitario. Debe interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado y contradictorio de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta.¹⁶⁵

*“Resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como delincuente e ignorado en su problemática no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas.”*¹⁶⁶

¹⁶³ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶⁴ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶⁵ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶⁶ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

Con relación a esta temática, puede afirmarse que, una norma que pune a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, lleva al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso penal. Esto seguramente aumentaría el daño padecido, como así también su dignidad. En toda causa en la cual se investiga un delito, el imputado debe someterse a una restricción de sus derechos que implica, desde ser detenido, hasta verse enfrentado a jueces y fiscales; ser llamado a declaración indagatoria y, además de estas experiencias estresantes, pasar el tiempo que dura el proceso con la incertidumbre que genera el encontrarse a disposición de la justicia criminal.¹⁶⁷ Siguiendo las palabras de Fayt,

“(...) es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión; (...) la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática.”¹⁶⁸

La Corte señala que quien padece una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria, buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo. Esta circunstancia empeora la adicción ya que el condenado consigue dicho objeto con las anomalías propias que implica acceder a ello en un lugar de encierro.¹⁶⁹ Como bien lo explica Fayt,

“(...) antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava. Ejemplo de ello son los serios desórdenes en otros aspectos de la salud que produce la sustitución de la sustancia, así como las dosis elevadas que se consumen -si se accede al estupefaciente- y que pueden ser letales ante la falta de periodicidad en la adquisición.”¹⁷⁰

¹⁶⁷ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶⁸ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁶⁹ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷⁰ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

Otro de los puntos por los cuales la Corte decide retomar los lineamientos de la anterior jurisprudencia, está basado en principio *pro homine* consagrado a nivel internacional. Como bien lo explica la Corte,

*“(...) 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 (...)”*¹⁷¹

No hay dudas que tal principio 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.¹⁷²

Como lo expresa el Ministro de la Corte, Zaffaroni,

*“(...) el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme (...) en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo.”*¹⁷³

Estas disposiciones generan innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos.¹⁷⁴

Tanto la actividad policial como la judicial malgastan esfuerzos que deberían dedicarse a combatir el narcotráfico, en especial aquel que comercia con sustancias que resultan más lesivas para la salud, como lo son aquellas que se distribuyen entre los sectores más

¹⁷¹ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷² Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷³ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷⁴ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

pobres y jóvenes de la sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse.¹⁷⁵ Añade a su vez Fayt,

“(…) que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad - ni puede incurrir en el delito de falso testimonio-, a diferencia de aquellos que pueden ser (...) el estado de situación actual en la materia demuestra de forma inequívoca, que las estrategias adoptadas hasta ahora no han dado resultados positivos.”¹⁷⁶

De esta forma, el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del narcotráfico, ya que el imputado goza de los beneficios que otorga a la declaración indagatoria; pudiendo legalmente negarse a declarar, y de esta forma no revelar la fuente de provisión del tóxico. Tal situación podría ser subsanada al tratárselo como un testigo, ya que podría incurrir en la sanción del testigo remiso o falso si se negara a declarar o aportare datos falsos. Además, se ha comprobado que la penalización de este tipo de conductas no disminuye el consumo de estupefacientes.¹⁷⁷

“Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal. Más aún, tal como señala el Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa (OEDT) que valoró el impacto de la legislación en materia de estupefacientes, el Consejo Nacional para la Delincuencia de Suecia había concluido que no existían indicios claros de que la criminalización del consumo de drogas hubiera tenido efecto disuasorio para los jóvenes.”¹⁷⁸

¹⁷⁵ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷⁶ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷⁷ Cfr. Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

¹⁷⁸ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012 .Consultada 07/08/2012 Disponible En: [Http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html](http://www.Buenastareas.Com/Ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html)

Si bien el legislador al sancionar la Ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, buscó dar una respuesta más amplia, otorgándole al juez elegir entre, someter al imputado a tratamiento o aplicarle una pena, la Ley vigente mencionada anteriormente, no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional, principalmente por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del Artículo 19 de la Carta Magna, y además, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

A pesar de que lo referente a la elección del mejor modo de perseguir el delito, y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias del Estado, lo cierto es que aquí, la Corte impugna un sistema normativo que criminaliza conductas que, realizadas bajo determinadas circunstancias, no afectan a los terceros y, por lo tanto, están amparadas por el Artículo 19 de la Constitución Nacional.

Capítulo 4: La Ley de Estupeficientes 23.737 para la modificación del Artículo 14 párrafo segundo a través de un Proyecto de Ley

4.1. Ley de Estupeficientes 23.737

La Ley 23.737¹⁷⁹, actualmente en vigencia, fue promulgada el 10 de octubre de 1989. Esta aumentó los topes punitivos de las conductas asimiladas al tráfico de cuatro a quince años y sin perjuicio de los tipos agravados, incorporó figuras como la de impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupeficientes, o quien por medios masivos de comunicación social explique en detalle el modo de emplear como estupefaciente cualquier elemento de uso o venta libre, del Artículo 28 de la mencionada ley.

Con relación a la tenencia, por un lado tipificó el delito de tenencia simple -Artículo 14 primer párrafo-; y el de tenencia de droga para uso personal –segundo párrafo del mencionado artículo- configurándose dicho tipo cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente que la tenencia es para uso personal, fijando como pena la de un mes a dos años de prisión. Además, instituyó tres medidas de seguridad curativas y una educativa -artículos. 16, 17, 18 y 21-.¹⁸⁰

Se reprimen las conductas de siembra, cultivo, comercialización, tenencia o guarda de semillas utilizables para la producción de estupeficientes o materias primas destinadas. Además, la producción, la comercialización y la distribución de estupeficientes o materias primas de los mismos están penadas. La regla incrimina la producción clandestina de estupeficientes sin que sea menester la entrega a terceros de las sustancias producidas. La entrega, el suministro, la aplicación o la facilitación de estupeficientes a título oneroso no escapan a la punición. Las acciones punibles deben ser llevadas a cabo sin autorización. La disposición no alcanza en este caso a las materias primas distintas a preparar estupeficientes.

¹⁷⁹ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

¹⁸⁰ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

Se considera ilegal la introducción al país de estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación o materias primas destinadas a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino o uso. La acción punible consiste en alterar ilegítimamente el destino de uso de materias estupefacientes.

Con relación a la tenencia y suministro indebido de estupefacientes, se refieren, respectivamente, a quienes teniendo autorización para la producción, distribución y venta de estupefacientes, los tuvieran en cantidades mayores a las autorizadas o los aplicaren, entregaren o vendieren sin receta médica o en cantidades mayores a las recetadas y a los médicos u profesionales autorizados para recetar que los prescriban en forma inadecuada o con destino ilegítimo.

Es ilegal la facilitación, aunque sea a título gratuito, de un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de las conductas antes mencionadas, al igual que la facilitación de un lugar para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes.

Todos estos hechos se agravan si, se cometieran en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de éstos, se cometieren subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño; intervinieren tres o más personas organizadas para cometerlos; se cometiesen por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos; se cometiese el delito en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales; y finalmente, si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.¹⁸¹

¹⁸¹ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

El Artículo 16¹⁸², hace mención al supuesto de los condenados por cualquier delito que dependieran física o psíquicamente de estupefacientes, el juez debe imponer además de una pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a esos fines, y la misma cesará por resolución judicial previo dictamen de peritos que así lo aconsejen.

El Artículo 17¹⁸³, hace referencia al caso en que al imputado se lo condene por el delito de tenencia de drogas para uso personal y este dependiere física o psíquicamente del estupefaciente. En dicho supuesto, el juez puede dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación; si el tratamiento es satisfactorio se lo exime de la aplicación de la pena; si transcurrido el plazo de dos años no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación, por su falta de colaboración el juez puede optar entre aplicar la pena, acumulándola a la medida o continuar el tratamiento sin plazo.

El Artículo 18¹⁸⁴, prevé la situación del imputado sin condena, a quien se le imputa el delito de tenencia de droga para uso personal y éste dependiera física o psíquicamente de estupefacientes y a su vez prestara su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario; si el tratamiento es satisfactorio se lo sobresee; si luego de transcurridos dos años el tratamiento fracasara por falta de colaboración, se pone en marcha la causa y en su caso, el juez puede aplicar la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario o mantener la medida de seguridad.

Según el Artículo 19¹⁸⁵, el tratamiento podrá ser ambulatorio o con internación en establecimientos adecuados, y el tratamiento estará dirigido por un equipo técnico y

¹⁸² Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

¹⁸³ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

¹⁸⁴ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

¹⁸⁵ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y de asistencia social. Por otra parte, dicho Artículo ordena que los Servicios Penitenciarios deban arbitrar los medios necesarios para disponer en cada unidad de un lugar donde en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación.

En el caso de usadores experimentales, el Artículo 21¹⁸⁶ dispone que el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena impuesta por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine, medida consistente en un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará.

Finalmente, en cuanto a la represión de la tenencia de drogas para uso personal, el Artículo 22¹⁸⁷ prevé, que acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación, si después de un lapso de dicha recuperación, el autor alcanzara una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, el juez previo dictamen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes.

En cuanto a la sustancia que debe considerarse estupefaciente, la Ley es completada con los estupefacientes y psicotrópicos susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se encuentran enumerados en el Decreto 722/1991 –descrito en el Capítulo 1-, en el que se indica que los productos incluidos en la lista pasan a formar parte de los estupefacientes a los efectos establecidos en el último párrafo del Artículo 77 del Código Penal, ya abordado. Se reitera que queda en manos del Poder Ejecutivo decretar cuándo una sustancia es estupefaciente y en consecuencia, cuándo una conducta pasa a ser delito en el marco de esta Ley.

¹⁸⁶ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

¹⁸⁷ Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.html>

Completa esta normativa la Ley 24.424, al introducir en el Artículo 5 último párrafo que, en el caso comercialización de estupefacientes, cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, se le impondrá la misma pena que la prevista para tenencia de droga para uso personal siendo aplicables las medidas de seguridad. Ello significa que respecto a quien se le impute el delito de cultivo para uso personal, el juez podrá suspender el proceso o la aplicación de la pena, si cumple con la medida terapéutica impuesta.

La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del *coqueo* o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes.

La inducción al consumo, al igual que su difusión pública está penada, así también como el uso ostentoso o públicamente trascendente. Cuando se utilizare un estupefaciente para llevar a cabo otro delito, constituirá un agravante aumentando la pena del delito correspondiente.

4.2. Proyecto de Ley

Retomando lo expuesto en el Capítulo 1 de este Trabajo Final de Graduación, es pertinente aquí, volver a citar que la Ley de Estupefacientes N° 23.737, sancionada el 21 de enero de 1989, ha sido incorporada como modificatoria del Código Penal Argentino, y el tema tratado esta directamente contenido en el Artículo 14¹⁸⁸ de dicha ley.

De acuerdo al problema planteado para esta investigación, el objeto de estudio de la misma refiere a este Artículo 14, particularmente en su párrafo segundo¹⁸⁹ el que ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo del Estado, penando al adicto para perseguir al comerciante, atentando contra la dignidad del primero en tanto víctima, al

188 Artículo 14, Ley 23.737 de Estupefacientes: "(...) Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes¹⁸⁸ 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."

189 Artículo 14 segundo párrafo, Ley 23.737 de 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."

tratárselo en forma utilitaria. En este sentido, la dignidad del hombre y su resguardo está proclamada en el sistema internacional de Derechos Humanos. Tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente.

Parte de la doctrina ha manifestado que dicho principio es agredido en los justificativos de la Ley 23.737 y en *Montalvo* –presentado en el Capítulo 3 de esta investigación-, al apoyar explícitamente la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.

A partir del problema planteado por esta investigación y por todo lo expresado en torno a esta temática, aparece la pertinencia de la modificación del Artículo 14 párrafo segundo de la Ley 323.737 de Estupeficientes, con la idea de lograr la despenalización definitiva para consumo personal. Al mismo tiempo, esta modificación supone una mejora a la Ley vigente, teniendo en cuenta que se dejaría de perseguir a los consumidores, priorizando el resguardo de la conducta privada.

La modificación del Artículo 14 párrafo segundo de la Ley 23.737 de Estupeficientes podría ser incluido en un Proyecto de Ley¹⁹⁰ como el que se presenta a continuación.

¹⁹⁰ El formato que se sigue para la presentación del Proyecto de Ley, ha sido tomado de la página oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. (Ref. 9 de septiembre de 2012) Disponible en: [http:// www.diputados.gov.ar](http://www.diputados.gov.ar)

H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto. Debe tenerse en cuenta que solamente podrá ser tenido por auténtico el texto publicado en el respectivo Trámite Parlamentario, editado por la Imprenta del Congreso de la Nación.

N° de Expediente	-
Trámite Parlamentario	-
Sumario	ESTUPEFACIENTES, LUCHA Y REPRESION CONTRA EL NARCOTRAFICO, LEY 23737: MODIFICACION.
Firmantes	LUCERO, AUGUSTO MARCO
Giro a Comisiones	LEGISLACION PENAL; PREVENCION DE ADICCIONES Y CONTROL DEL NARCOTRAFICO.

El Senado y Cámara de Diputados,...

Modificaciones a Ley Nacional 23.737 de Estupefacientes.

Artículo 1°.- Modifíquese el Artículo 14 párrafo segundo de la Ley Nacional 23.737 de Estupefacientes el cual quedará redactado de la siguiente forma:

Cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para uso personal, el hecho no será punible.

Artículo 2°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El tráfico de estupefacientes como concepto, es uno de los términos que mayor imprecisión posee en los temas referentes a la droga, acarreado como consecuencia que ni la doctrina ni la jurisprudencia hayan podido sistematizar si se trata de un género delictivo que reúne o agrupa a una serie de tipos penales, o si es un delito, o bien una conjunción de proceder delictivos. (Cornejo, 1994) El término en análisis reúne un complicado conjunto de acciones ilícitas que incluyen desde la producción y la siembra, la introducción, el transporte, el almacenamiento y el suministro; siempre mirados con un propósito de medrar. *“El fin último de toda conducta de tráfico persigue la acumulación de pingües ganancias en base a la destrucción de la salud humana, de allí que sea una expresión abarcativa de una múltiple gama de actividades ilícitas que en ella encuentran su denominación adecuada.”* (Cornejo, 1994:24)

En el caso de los estupefacientes, por ser una acepción que se ha instalado en el léxico común, es necesario seguir la definición que establece el Código Penal de la República Argentina en su Artículo 77, en la aclaración sobre dicho término: *“(…) El término ‘estupefacientes’, comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.”* (CP, 2007:32)

El adjetivo narcótico, académicamente es indicado para calificar algunas drogas que producen adormecimiento, como el opio y sus derivados, debido a que el narcotismo es un estado de sopor que se genera por el uso de una droga narcótica. En este sentido, *“(…) el adormecimiento provocado por dichas drogas se debe a una disminución de la actividad vital del organismo, pero debe tenerse presente que a la par de los tóxicos de dicha naturaleza existen otros que producen estímulos, estados de euforia, etc., en el adicto, de lo cual se desprende que hablar de narcóticos no solo es impropio sino que además es una de las tantas variedades de drogas que actualmente se conocen.”* (Cornejo, 1994:27)

En el caso de la droga, puede definirse como toda sustancia vegetal o química con poder toxicomanígeno suficiente como para causar dependencia en el sujeto que consume, quien manifiesta a raíz de su adicción trastornos que abarcan todos los aspectos de su vida, tanto en su personalidad, en su salud, como en las relaciones sociales. Cuando delitos de tráfico se hace referencia, son incluidos dentro del peligro abstracto

por la probabilidad de una situación de peligro para la salud de los ciudadanos ya que establece una posibilidad de que caigan víctimas de la drogadependencia. La droga en sí misma encierra un peligro potencial a la salud pública debido a su poder toxicomanígeno que crea en cualquier ciudadano la posibilidad de su ingesta, como así también el reclutamiento de nuevos adictos por parte de quienes lucran con el comercio de estupefacientes. Por lo tanto, la consagración del peligro abstracto como particular característica de los injustos de tráfico de estupefacientes, ve su razón de ser en la calidad misma de cada una de las sustancias tóxicas por el peligro que importa para cualquier individuo la posibilidad de su ingesta o consumo y su posterior efecto por ellas producido. *“Las calidades propias de las distintas sustancias estupefacientes y psicotrópicas tienen aptitud suficiente como para afectar la salud de la sociedad”* (Cornejo, 1994:48), siendo éste el principal fundamento para la penalización de los distintos tipos penales como de peligrosidad abstracta. Siguiendo esta línea de pensamiento, *“(…) el Estado debería verificar, cuando se trata de la posesión de objetos peligrosos, cuál es la finalidad que persigue el autor; y entonces sí la posesión será el antecedente que permita castigar la intención de uso, lo que a nuestro juicio constituiría un criterio válido.”* (Falcone, 2008:1)

Podría afirmar en consecuencia que, posesión de la droga es cuando: 1) Se aprehenda materialmente la droga en poder del autor; 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino; y 3) Por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga, aunque carezca momentáneamente de disponibilidad efectiva sobre la misma, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado.

La conveniencia de castigar la tenencia de estupefacientes para uso personal es una cuestión referida a la política criminal y médica. En este sentido, puede recaer en la circunstancia de que el adicto debe ser castigado en lugar de curado, o si debe ser a contrario, curado y no castigado. No debería establecerse que *“(…) la punibilidad de la tenencia de estupefacientes encuentra su razón en la convención a un deber legal de mantenerse sano, sino que su trascendencia social a título delictivo emana del hecho de que se ensambla, como tramo fundamental, en el hecho social del consumo de drogas.”* (Núñez, 1979: 257)

Actualmente, la única manera de distinguir la tenencia del almacenamiento de estupefacientes es por la cantidad. Lo correcto hubiese sido *“(…) distinguir distintos grados en la figura de la tenencia que hubiesen abarcado desde la modalidad de la posesión del tóxico destinado al consumo, para cuyo caso se debieron haber previsto medidas de seguridad, un escalón intermedio para aquellas bajas cantidades que pudieron poner en peligro la salud pública y por último cuando la cantidad hubiese tenido cierta relevancia, establecer un tipo de tenencia en grado de acopio.”* (Cornejo, 1994:183)

Por último, en el delito de tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, está definido en el Artículo 5 inciso c) de la Ley 23.737 que establece: *“Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes¹⁹¹ el que sin autorización o con destino ilegítimo: (...) c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte”* (CP, 2007:221)

Frente a tales circunstancias, aplicar una pena a quien no ha lesionado el derecho, sino que por lo contrario, presente una patología determinada, escapa a toda lógica. Se debería aplicar un tratamiento psicoterapéutico en lugar de penitenciario para lograr su recuperación y reinserción social. Cuando el adicto es un ser cuya rehabilitación al medio social está signada por múltiples dificultades que abarcan desde la falta de medios, hasta su personalidad psicopática e instituciones adecuadas para un tratamiento apropiado, la aplicación de la pena sólo puede servirle para impulsarlo a una ingesta indiscriminada por acentuarse aún más su rechazo hacia la sociedad, logrando solamente una estigmatización. *“Llama también la atención que el legislador sabiendo que las drogas actualmente constituyen la más grave amenaza para la cohesión y la disciplina de todos los regímenes penitenciarios del planeta, busque castigar a los adictos con pena, los que, en una prisión serían el más formidable móvil de propagación para nuevos prosélitos.”* (Cornejo, 1994: 203)

Al analizar la conducta adictiva, se descubre que nada de ella puede atribuírsele al adicto. A pesar de esto, el Artículo 14 párrafo segundo de la Ley de Estupefacientes, reprime con penas de un mes a dos años de prisión a quienes tuvieran estupefacientes en su poder, a pesar de que por su escasa cantidad y circunstancias surge que dicha tenencia es para uso personal. Además, el Artículo 17 de dicho plexo dice textualmente: *“En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o*

¹⁹¹ Refiere a la moneda nacional vigente en el período 1984-1991.

psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última.”(CP, 2007:226)

Por esto, no resulta lícito ni razonable hurgar en la mente y en los bolsillos del ser humano, inmiscuyéndose en actos pertenecientes a la privacidad de la persona siempre y cuando dichos actos no involucren a terceros. El problema reside en saber si el Estado puede introducirse y actuar en la vida de los habitantes y determinar a su vez los límites de dicha intromisión. Se considera que el Estado no debe ubicar la cuestión ingresando en la privacidad y en el derecho de la decisión de las personas intentando encaminar las elecciones que se toman respecto sobre qué hacer con su cuerpo y su salud. Esto implica para cierta doctrina, una actitud benevolente del Estado que implicaría que en el contrato social ha quedado alguna cláusula no escrita por la cual el gobernante se siente concesionario o subrogante de Dios y sabe qué es lo bueno o lo malo para los ciudadanos. Esto implicaría una intromisión al psiquismo, moral y espíritu, regular la mente, las creencias, tradiciones, sentimientos y opiniones, que resultan mucho más importantes que la mera protección del cuerpo. No hay que olvidar que debe respetarse la libertad a determinarse, aunque en este caso pueda lesionarse. Por tal motivo, se deben tratar de prevenir los hechos antes de que ocurran, antes que penalizar dando rienda suelta a la represión. (Neuman, 1997)

La doctrina judicial basa la responsabilidad penal y el castigo en el hecho de que los delitos que se refieren a estupefacientes son de mera actividad y peligro abstracto, lo cual implica saber cuáles verbos va a conjugar el justiciable al momento de su declaración indagatoria. De esta forma se deja en evidencia, que no son los motivos del consumo o de su franca adicción que el imputado desee, sino el cómo pasó a ser parte del negocio. (Neuman, 1997) Posteriormente, “(...) *la cárcel, con su maquinaria trituradora para seres sin fisiología delictiva. Allí opera la cosificación y la pérdida de identidad.*” (Neuman, 1997:277) El consumidor se debate entre abrumadoras tensiones y angustias. Además, se le suma la ley y su severísima aplicación policial, judicial y carcelaria, lo que implica mayores tensiones y angustias.

Desde el Derecho Comparado, pueden considerarse legislaciones más progresistas, como las de algunos países europeos, que apuntan a la prevención y tratamiento más que a la punición. En el caso de Holanda, algunas actividades son punibles como: tráfico (importación/exportación), venta, producción y, tenencia; mientras que, el consumo de drogas no lo es. Por medio de una política de asistencia y prevención profesionales, se intenta disminuir la demanda de drogas y se reducen los riesgos para el individuo y su entorno directo. “*La lucha contra la oferta de drogas se desarrolla combatiendo activamente la criminalidad organizada. La política también está encaminada a mantener el orden público y a evitar las molestias sociales que conlleva el consumo de drogas.*”¹⁹² Así, se intenta desalentar el consumo de drogas mediante la información que se da en las escuelas, como así también campañas acerca de los riesgos de las sustancias que crean dependencia.

Por su parte, en Bélgica, el gobierno ha adoptado, junto a los consumidores, una estrategia de reducción de los riesgos de salud relacionados al uso de drogas. En este sentido, locales especiales, en su mayoría administrados por organizaciones sin fines de lucro y dotados de asistentes sociales y psicológicos, ofrecen a los usuarios de drogas inyectables jeringas desechables y recogen las usadas. “*El objetivo de la iniciativa, iniciada en 1998 y financiada por el Ministerio del Interior, es reducir el número de drogadictos portadores de enfermedades infecciosas como la hepatitis y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida).*”¹⁹³ No se trata de animar, ni de desanimar el consumo de drogas, la existencia de esos locales especializados, se basa en el principio de que, si una persona no puede o no quiere renunciar al uso de la droga, se la debe ayudar a reducir los riesgos que corre por ello, así como los riesgos que hacen correr los demás.¹⁹⁴ De esta manera, se evita enviar a prisión a los consumidores que no han cometido ninguna otra infracción, además de la posesión de la droga. “*(...) Por otra parte, la posesión de una cantidad superior a tres gramos sale de la categoría de consumo personal y puede ser castigada con hasta cinco años de prisión. En lo que se refiere a las demás drogas, la legislación belga establece multas o penas de cárcel de entre tres meses y cinco años en casos de posesión, producción,*

¹⁹² Foros AmigosdelCannabis.cl – Índice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en:<http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php?p=174872#p170694>

¹⁹³ SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

¹⁹⁴ Cfr. SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

importación, exportación o comercio, independientemente de la cantidad. La existencia de circunstancias agravantes, puede resultar en penas de hasta 15 o 20 años de cárcel."¹⁹⁵

Portugal decidió en 2001, legalizar la posesión y consumo de varias sustancias, entre ellas la marihuana, cocaína, y heroína. No se limitó solamente a legalizar las conductas, sino que acompañó la descriminalización con tratamientos y rehabilitación, como medidas sanadoras y con campañas de educación, como medidas preventivas, de reducción de daños y de reinserción social.¹⁹⁶ Esta reforma dejó de encuadrar al consumo como un delito penal, evitando de esta manera, que el consumidor sea castigado con prisión y registrado en el prontuario policial. No obstante, se realiza una distinción entre la infracción del delito por la cantidad de sustancias que posea la persona. Otra de las medidas innovadoras llevadas a cabo por Portugal, consta en que también se decidió estudiar las razones que llevaron al eventual infractor al consumo de drogas; evitando la victimización del consumidor. Por otro lado, se defiende el esquema de sanciones administrativas, como forma de prevenir el consumo. Se considera que, si se quita la acción del sistema penal, hay que tener otro tipo de respuesta frente al consumidor. Es necesario que el sistema de salud esté preparado para recibir a personas con problemas de consumo. Con relación a los procesos judiciales, y principalmente los encarcelamientos, ligados a los estupefacientes descendió drásticamente. *"En el caso de los consumidores, evidentemente, se fue a cero (...) En este sentido no sólo se disminuyó el consumo y se aumentó la educación temática, sino que el gobierno gasta menos de la mitad de recursos en trámites legales, administrativos, y carcelarios, que en 2001."*¹⁹⁷

En América Latina, Perú se distingue por su particular manera de punir las conductas relacionadas con el tráfico y el consumo de estupefacientes. En el país andino, se realiza una distinción entre la posesión de estupefacientes para el consumo y la posesión para el tráfico. Se diferencian varias clases de posesión de droga: la droga para el tráfico; la posesión de droga en pequeña cantidad; la posesión para el consumo. Solamente se castigan las dos primeras conductas, mientras que la última se encuentra exenta de pena.¹⁹⁸

En México, la venta de estupefacientes, e inclusive el suministro gratuito en cualquier cantidad, está penalizada. Lo que ha sucedido desde 1978 y sigue sucediendo en la actualidad es que la posesión para consumo de una cierta cantidad de droga está despenalizada. En la nueva ley de 2009, se establece ahora, con certeza, el concepto de la cantidad de drogas para el estricto consumo personal de un adicto. Al mismo tiempo, ya no es necesario probar pericialmente la adicción a una determinada droga, ya que resulta intrascendente para efectos de aplicar la excusa absolutoria. Sí se tendrá en cuenta un dictamen médico para determinar las condiciones físicas del consumidor o farmacodependiente. La intención de la reforma fue evitar la penalización indiscriminada de enfermos adictos que ocurría principalmente gracias a la interpretación discrecional de la cantidad de droga que podía llevarse para consumo personal. Hoy, sólo basta con que se ordene a los servicios periciales la realización de un examen sobre el tipo, calidad y cantidad de la sustancia.¹⁹⁹

En Brasil, durante 2002 y 2006 se produjeron cambios legislativos²⁰⁰ que desembocaron en una despenalización parcial de la posesión para uso personal. Las penas de prisión ya no se aplican y fueron sustituidas por medidas educativas y servicios comunitarios. El régimen legal imperante, ha despenalizado el consumo de drogas en Brasil al rechazar las penas privativas de la libertad para el consumidor, incluso en los casos de reincidencia. Sólo son previstas medidas alternativas como pena. El principal problema de la nueva legislación es la carencia de una clara diferenciación entre consumo y tráfico.

Desde la jurisprudencia y, en una suerte de recorrido por los diferentes fallos que remiten al tema abordado por este Proyecto, puedo decir que la Corte, frente al interrogante sobre la constitucionalidad o

¹⁹⁵ SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

¹⁹⁶ PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

¹⁹⁷ PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

¹⁹⁸ Cfr. DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/2012. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html>

¹⁹⁹ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en:

http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=385:el-nuevo-marco-juridico-sobre-farmacodependencia-narcomenudeo-y-narcotrafico-autor-alvaro-vizcaino-zamora&catid=37:alvaro-vizcaino-zamora&Itemid=171

²⁰⁰ Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

no del Artículo 6 de la Ley 20.771, dictó en 1978 el fallo *Colavini*.²⁰¹ Este fallo es quizás el primer precedente relevante en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal, principalmente por la alarmante descripción que se realiza de la problemática de la drogadicción, llevándola a un nivel de ‘calamidad social’, comparable con guerras y pestes. En esta oportunidad la Corte, sostuvo que el castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no resultaba violatorio de la garantía contenida en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, sustentando tal postura en criterios de defensa social. Se consideró que las consecuencias y efectos que acarrea la tenencia de drogas, excedían razonablemente el ámbito de intimidad del individuo, trascendiendo su conducta autolesiva a terceros. Posteriormente, el 29 de agosto de 1986, la Corte vuelve a pronunciarse en las causas *Bazterrica*.²⁰² En un fallo dividido, se migra de la jurisprudencia sentada en *Colavini*, considerando que el hecho de tener drogas para consumo personal forma parte de aquellas acciones privadas que quedan fuera de juzgamiento por parte de la ley. Al suponer la inconstitucionalidad del Artículo 6 de la Ley 20.771, el que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal, se vulnera el principio de reserva consagrado por el Artículo 19 de la Constitución Nacional. Y, en *Capalbo*²⁰³ dictado en 1986, se mantuvo el criterio de la Corte sentado en *Bazterrica*, con relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal. A pesar de ello los jueces José S. Caballero.- Carlos S. Fayt votaron en disidencia. En esta oportunidad, y dejando de lado el precedente, decretó la inconstitucionalidad de la norma que reprimía la tenencia de estupefacientes. El 11 de octubre de 1989 se sanciona la Ley 23.737 frente a la entrada en obsolescencia de la Ley 20.771. El legislador en esta oportunidad, decide apartarse de la doctrina sentada con anterioridad por la Corte manteniendo la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia, al resolver la causa *Montalvo*²⁰⁴ decide apartarse del criterio adoptado en *Bazterrica* y *Capalbo*. Aquí, decide de acuerdo a la doctrina establecida a partir del caso *Colavini* -de 1978- estableciendo que la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del Artículo 14, segundo párrafo de la Ley 23.737 y tal punición no afecta ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional. Finalmente, el 25 de agosto de 2009, la Corte se pronuncia nuevamente en la controvertida causa *Arriola*²⁰⁵ volviendo al criterio establecido en *Bazterrica* y *Capalbo*. En esta oportunidad la corte resuelve invalidar al Artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 ya que es contradictorio con lo establecido en 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. Programar una desincriminación cada día mayor, se vislumbra como una necesidad. Esa legalización, debería irse ampliando en pos de los resultados que ofrece y apoyándose en las parciales conquistas que logra. Mientras que esta despenalización total no ocurra más que como meta a largo plazo, no debe desatenderse el gravísimo problema actual, buscando abordarlo con políticas criminales y sociales que incluyan sanciones penales cada vez menos severas en un contexto cívico cada vez menos opresor del hombre. (Neuman, 1997)

Se advierte hoy por el incremento del problema con las drogas, que la represión no ha sido el camino adecuado para erradicarlo. No existe Estado alguno que haya logrado suprimir las drogas mediante la prohibición y la severidad de la ley, dando por el contrario, crecimiento al comercio y a la criminalidad organizada. Los decomisos nunca llegan a perjudicar o inhibir el comercio ilícito, pero suelen ser un buen motivo para que los narcotraficantes aumenten el precio del producto en el mercado. Claramente, el rígido control criminalizador no ha tenido el efecto esperado de frenar el consumo de estupefacientes, limitar el tráfico de los mismos e incluso el blanqueo de dinero a escala mundial. Se considera que destrozarse la relación criminal que con contornos visibles o invisibles une al adicto con el narcotraficante, es la correcta solución para palear el problema. Obviamente, pensar en legalización implica tomar una serie de políticas de carácter sanitarias y educativas, apuntando principalmente a la promoción de la conducta para la salud. (Neuman, 1997)

Por lo expuesto pido a mis pares la aprobación del presente Proyecto de Ley.

²⁰¹ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

²⁰² Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

²⁰³ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Capalbo, Alejandro C. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallocapalbo.html>

²⁰⁴ Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultado 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

²⁰⁵ Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos. Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012. Consultada 07/08/2012 Disponible En: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html>

Conclusiones

A lo largo de este Trabajo Final de Graduación, se ha tratado de dar respuesta al problema planteado; esto es: la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es un tipo penal que revictimiza al adicto o consumidor; la legislación vigente otorga al Estado un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva. Por esto, la modificación del Artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737 en un Proyecto de Ley aportaría las herramientas jurídicas necesarias para la eliminación de la punición de aquella conducta.

De acuerdo a los objetivos planteados puede concluirse que, en el tráfico de estupefacientes, ni la Doctrina ni la Jurisprudencia han podido precisar si se trata de un género delictivo que reúne o agrupa una gran cantidad de tipos penales, o si es un delito independiente. Se vislumbra que este término engloba un conjunto de acciones ilícitas, no constando solamente en el transporte de las sustancias, sino más bien desde la producción y la siembra, la introducción, el transporte, el almacenamiento y el suministro, desplegadas todas estas conductas con el ánimo de lucro o ganancia. Eh allí la dificultad, ya que si se tratara como delictivas a un grupo restringido de actividades que integran la última etapa del tráfico, esto es el transporte y la comercialización, se dejarían afuera conductas que necesariamente necesitan ser controladas para la correcta lucha contra el narcotráfico.

Se considera importante remarcar que la droga constituye una mercancía de inmensa conceptualización económica, y como tal, posee un valor de cambio de enorme importancia en el mundo capitalista. Allí radica el peso del valor y el poder social, económico y política de su control, tanto por parte de los Estados prohibicionistas como así también de los narcotraficantes.

Constituye una tarea muy difícil la determinación de las sustancias que por su propia naturaleza, o por el indebido uso que se les da, reúnen las características necesarias para ser incluidas en la lista elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional, además del hecho de

que muy a menudo aparecen nuevas drogas que no han sido incluidas en dicha normativa.

Por su parte, el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, está incluido dentro de aquellos tipos penales de peligro abstracto, por la probabilidad de que a partir de la posesión, se cree una situación de peligro potencial para la salud de los ciudadanos, ya que establece una posibilidad de que otros caigan víctimas de la adicción, como así también el reclutamiento de nuevos adictos por parte de quienes lucran con el comercio de estupefacientes. Aquella probabilidad de que afecten directamente la salud pública de la sociedad, es el principal fundamento para la utilización de tipos penales de peligrosidad abstracta. De esta forma se está desconociendo la existencia del derecho fundamental a la autopuesta en peligro voluntaria. Injustamente se está castigando una conducta que no pone en peligro a terceros como antiguamente se creía, incurriendo en una grave falta constitucional al cercenar la libertad individual de las personas a auto determinarse y en todo caso auto lesionarse sin afectar directamente al resto de la sociedad. El individuo debería tener la libertad para elegir el modo de vida que desee llevar, y si se considera que el consumo de estupefacientes es un modo insalubre o incluso afecta realmente la salud pública o a terceros, debería plantearse la estrategia sobre la prevención y la curación en lugar de la punición o el castigo de un enfermo o adicto.

Cabe también considerar científicamente si el consumo de estupefacientes en un ámbito privado, constituye una real amenaza a terceros. La creencia popular de que las personas en estado narcolectico están predispuestas a cometer ilícitos debe ser analizada científicamente. Parece casi inexplicable que por los efectos que produce el consumo, un individuo se convierta en un delincuente peligroso. En todo caso, el adicto enfermo delinque para conseguir medios para acceder a la sustancia que lo atrapa. Se demoniza la cuestión y el público en su gran mayoría, como así también víctimas de delitos, comienzan a denunciar el haber sido atacados por delincuentes drogados. Como si los estupefacientes pudieran ser diagnosticados por la víctima e impeliesen, en virtud de su composición, a robar y matar.

Castigar a un consumidor por la eventual posibilidad de que invite o convide a terceros, los cuales tienen la posibilidad de negarse a la ingesta, se muestra como una medida desmesurada. En todo caso, se considera insuficiente que solo el hecho de poseer una sustancia estupefaciente, que si no es utilizada no constituye una amenaza a terceros, pueda ser tomada como riesgosa y por lo tanto, penada bajo un tipo penal abstracto.

La conveniencia de castigar la tenencia de estupefacientes para uso personal es una cuestión referida a la política criminal y médica. En la legislación argentina vigente, el adicto debe ser castigado en lugar de curado; mientras que, desde otras legislaciones se plantea la necesidad de ser curado y no castigado, como se ve en el desarrollo del Capítulo 2, en países como Holanda, Bélgica y Portugal o en los países latinoamericanos citados.

Siguiendo esta línea argumentativa, erróneamente se cree que, incriminando al consumidor, puede perseguirse eficazmente al vendedor o comerciante, como se advierte en la Argentina. Si alguna vez esa fue la intención, no parece haber dado resultado. En efecto, la penalización de la tenencia de drogas para propio consumo no ha erradicado -siquiera disminuido- el flagelo del narcotráfico, con el agravante que los recursos humanos y presupuestarios del sistema penal están desproporcionadamente dedicados a esta materia. Lo que se sostenía al validar la represión penal del consumidor es que de esta manera se podría dar con el traficante, y ello no ocurrió. Casi todas las causas judiciales por droga son por tenencia para consumo, la mayoría por tenencia de marihuana o cocaína incautada a personas que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito; rara vez se atrapa a un narcotraficante importante. A lo sumo, se atrapa a algún minorista.

Cuando la enfermedad es transformada en delito, creándose un nuevo estereotipo, se impone el ingrediente jurídico de la ilegalidad sin consideración a la droga que se trafica y se consume. Tanto el traficante como el usuario y el adicto, pasan a ser rotulados como socialmente peligrosos. Estos estereotipos han legitimado la prohibición de las drogas mediante el uso de leyes draconianas de ejemplar severidad, llevando al excesivo

control sobre el tenedor, usuario o adicto. Además han tenido otro efecto perjudicial, permiten en la sociedad una reacción marginadora ante el adicto e incluso estigmatizadora, llevando a una victimización secundaria.

Desde un principio la Convención de Nueva York los tildo de delincuentes, y así hasta hoy el estereotipo marca droga es igual a delincuencia, como si el quimismo de las drogas sintéticas o la sustancia de las vegetales, estuviera impresa la sinonimia. Afirmando constantemente un discurso falso, una imagen, un hecho ficticio, deviene cierto y sus efectos serán reales para la sociedad global. La droga queda encerrada en ese círculo autorreferencial. Y el estereotipo permite una reacción marginadora, represiva, que irá a legitimar el control social criminalizador. Es necesario comenzar con campañas educativas para minimizar e incluso eliminar esta consecuencia, brindando elementos que permitan entender que el consumidor es en última instancia un enfermo y no un delincuente como actualmente es visto.

Es evidente que el prohibicionismo no da los resultados esperados como, por ejemplo, se demostró con la Ley Seca norteamericana de la década del '20 del siglo pasado que llevó a que se consumiera más alcohol, se lo produjera clandestinamente y a veces resultara tóxico, generando una criminalidad organizada que corrompió amplios sectores del Estado. Por otro lado, la captura de consumidores solitarios configura, frente a la sociedad, la errónea visión de que se están logrando resultados positivos en la lucha contra el delito, pues estas capturas deforman las estadísticas criminales, ello sin contar que el hecho de colocar a estas personas en las cárceles multiplica el problema por los conocidos efectos criminógenos que presenta.

Penar el consumo personal implica penar a un enfermo. 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. Una respuesta penal del Estado frente a esta problemática, definitivamente deriva en una revictimización del consumidor.

Frente o contra lo que se había dado en llamar enfermedad, se recurrió a la ley penal. Y a la ley penal, mal que le pese a ciertos políticos y buena parte de la opinión pública se debe llegar como *última ratio*, cuando todo lo demás, incluso las llamadas medidas de prevención, han fracasado: los programas preventivos, planes sobre la salud, sanitario y de educación social.

Se considera que es esencial llevar un programa de prevención por medio de la asistencia. Este programa debería garantizar un gran acceso a la asistencia, no solo orientada a poner fin a la adicción, sino también aspirar al funcionamiento social y corporal del adicto, es decir, aceptar el hecho de que no puede abandonar el uso de drogas. Se orienta más hacia el apoyo del adicto para lograr un restablecimiento de su salud y persona. Se considera que una de las formas de desdramatizar el problema de los estupefacientes es llegar a los jóvenes con un mensaje claro, objetivo y exento de temores. El consumo debe salir del ámbito represivo despojando del aura mítica y negativa que rodea hoy al adicto. El estigma, el rotulo, la imagen exagerada, lo prohibido, provoca una ineludible fascinación en muchos jóvenes. Por este motivo es que se apunta a la correcta información del uso de estupefacientes, eliminando el discurso de criminalización. Se debe apuntar al fomento de una conducta sana como forma de enseñanza al pueblo para generar el ejercicio de la libertad con responsabilidad, y advertir del modo más objetivo y serio, sobre que significan las drogas para la salud física y psíquica desdramatizando sin intimidar ni alarmar a nadie.

Al penar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se está recayendo en la injusticia de penar a alguien por una eventual peligrosidad que puede ocasionar la conducta por él desplegada. En este caso, se estaría penando al autor por lo que es y no por lo que hace. No se puede punir a alguien por la mera sospecha de que puede ocasionar un daño a un tercero. Penar la tenencia para consumo personal es punir la peligrosidad de una persona y no su conducta.

La Jurisprudencia –como la presentada en el Capítulo 3- también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. 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. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

De acuerdo a lo expresado a lo largo de este Trabajo Final de Graduación, el Capítulo 4 presenta la Ley de Estupeficientes 23.737 y , en particular el Artículo 14 segundo párrafo el que es modificado a través un Proyecto de Ley. El mismo, plantea la necesidad de una variación semántica en dicho Artículo para evitar la punición del acto de tenencia para consumo personal.

Desde el convencimiento de que aplicar una pena a quien no ha lesionado el derecho, sino que por lo contrario, presente una patología determinada, escapa a toda lógica, se propone la siguiente fórmula: *“Cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para uso personal, el hecho no será punible.”* No sólo se espera evitar la punición, sino y a la vez, promover la aplicación de un tratamiento psicoterapéutico en lugar de penitenciario para lograr su recuperación y reinserción social, porque, la aplicación de la pena sólo puede servirle para impulsarlo a una ingesta indiscriminada por acentuarse aún más su rechazo hacia la sociedad, logrando solamente una estigmatización.

En suma, la realidad ha demostrado con creces que la persecución al adicto no ha terminado ni con el consumo, ni con el tráfico. Por esto, aparece como necesaria una despenalización hacia la libre tenencia para consumo personal cada día más amplia, sostenida en el tiempo, sin desatender el gravísimo problema actual. Abandonar la idea de que la enfermedad es un delito es un cambio no sólo cultural sino, y a la vez, político-criminal, que promovería un reposicionamiento de la legislación nacional vigente hacia sanciones penales cada vez menos severas en un Estado de Derecho menos opresor y más consciente de la necesidad de la prevención y el tratamiento.

Bibliografía

- Astolfi, Gotelli, López Bolado; Maccagno, Kiss y Poggi “Toxicomanías, aspectos toxicológicos, psicológicos, sociológicos, etc.”. Ed. Universidad, Buenos Aires. En Cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Barbero Santos, M. El fenómeno de la droga en España, en Doctrina Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, enero-marzo 1987. Cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Beristain, A. La droga, Aspectos Penales Criminológicos, Ed. Temis, Bogotá, 1983. En CORNEJO, Abel “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Dalessio, A. J., “Código Penal Comentado y Anotado – Parte Especial Artículos 79 a 306” Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2004
- García Ramírez, Sergio. “Criminología, Marginalidad y Derecho Penal”. De Palma. Buenos Aires. 1988 en cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Levene, R., “Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, 1976,
- Marchioni, H., “Psicología Criminal”, Porrúa, México, 1986 en Cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Neuman, E., “La legalización de las drogas – Segunda edición, reestructurada y ampliada”, Depalma, Bs. As., 1997.
- Núñez Ricardo C., “¿Es posible castigar la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal? En Doctrina Penal, año 2, abril – Córdoba, 1979 en Cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994
- Núñez, R. C., “Manual de Derecho Penal, Parte Especial” 2º edición Actualizada por Víctor Reinaldi, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999

Nuñez, R. C., “Manual de Derecho Penal, Parte General” 4^o edición Actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999

Vázquez Acuña, M. (1995) “La tenencia de Drogas para uso personal y el castigo penal en los tiempos de SIDA”, Jurisprudencia Argentina, 22 - XI - 1995.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A.; Slokar, A., “Derecho Penal Parte General”, 2^o edición, Ediar 2002

Zaffaroni, E. R., “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 1992 en Cornejo, A. “Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes”, AD-HOC, Bs. As, 1994

Páginas web

BotanicalOnline.com. Definiciones Narcótico. 16/06/2006. Consultado: 11/07/2012.
Disponibles en: <http://www.botanical-online.com/drogas/drogasnarcoticos.htm>

Hassemer W., Fundamentos de derecho penal, traducción del derecho penal alemán por Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 227 disponible en <http://procesalpenal.wordpress.com/2008/06/09/la-tenencia-de-estupefacientes-en-el-derecho-penal-argentino-roberto-a-falcone/>

Foros AmigosdelCannabis.cl – Indice general, Legalidad – F.A.Q Ley de Drogas Holandesa. 04/11/2007. Consultada 10/08/2012. Disponible en: <http://foro.amigosdelcannabis.cl/viewtopic.php>

Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Colavini, Ariel Omar. 19/09/2005. Consultada 07/08/2012 Disponible En: http://www.infoarda.org.ar/fallo_colavini.html

Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Bazterrica. 11/09/2005. Consultada 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallobazterrica.html>

Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Fallo Capalbo, Alejandro C. 11/09/2005. Consultada 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallocapalbo.html>

Precedentes Jurisprudenciales De La Corte Suprema De Justicia De La Nación. Montalvo, Ernesto A. 11/09/2005. Consultada 07/08/2012. Disponible En: <http://www.infoarda.org.ar/fallomontalvo.html>

Buenas Tareas. Ensayos Y Trabajos .Acontecimientos Sociales. Fallo Arriola. Fecha: 04/04/2012. Consultada 07/08/2012 Disponible En: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Fallo-Arriola/3708782.html>

SinEmbargo.mx – Periodismo digital con rigor. Bélgica maneja permisibilidad y estrategia contra drogas duras. 9/03/2012. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.sinembargo.mx/09-03-2012/177083>

CannabisCafe – Foro - Sobre la situación Legal en Bélgica. 17/02/2003. Consultada 11/08/2012. Disponible en: <http://www.cannabiscafe.net/foros/showthread.php/9595-Sobre-la-situacion-legal-en-Belgica>

PijamaSurf.com. Portugal y su exitosa descriminalización de la Droga. 27/08/2010. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://pijamasurf.com/2010/08/portugal-y-su-exitosa-descriminalizacion-de-las-drogas/>

IPS Noticias. Política de Drogas Portuguesa Ofrece moderado optimismo. 12/07/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=101293>

Lanacion.com. Portugal Descriminalizó pero sanciona. 11/06/2012. Consultada 21/08/2012. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1481036-portugal-descriminalizo-pero-sanciona>

DERECHO, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Consumo de Drogas en Perú. 4/07/2012. Consultada 19/08/2012. Disponible en: <http://derecho-normas->

jurisprudencias.blogspot.com.ar/2010/07/consumo-de-drogas-en-peru-codigo-penal.html

Instituto Nacional de Ciencias Penales. El nuevo marco jurídico sobre farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico. 16/11/2009. Consultada 23/08/2012. Disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/index>.

Transnational Institute – Drugs And Democracy. Reformas de las Leyes de Drogas en América Latina. Brasil Panorama de las leyes de drogas y las tendencias legislativas en Brasil. 09/06/2012. Consultada 22/08/2012. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/brasil/item/243-brasil>

INFOARDA.COM – Materiales de Estudio. Reseña histórica de nuestra legislación penal: un camino hacia la criminalización de la tenencia de droga para uso personal 12/03/2008. Consultada 15/07/2012. Disponible en: <http://www.infoarda.org.ar/martin5.htm>

Infoleg.Com. Información Legislativa. Base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. ESTUPEFACIENTES. Ley 20.771. Fecha: 05/02/2008. Consultada 21/07/2012. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40025/norma.htm>

Cfr. Ministerio De Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. LEY N° 23.737. TENENCIA Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. 08/04/2010. Consultada 17/07/2012. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm>



ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

"Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico". Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Lucero Augusto Marco
E-mail:	augustomarcolucero@gmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Tenencia de estupefacientes por consumo personal
Título del TFG en inglés	Drugs possession for personal consumption
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Jose Lago - Fernando Minguez
Fecha de último coloquio con la CAE	26/02/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de mes(es)
- No autorizo


Firma del alumno