

Carlos Manuel Brandone



**La tenencia de estupefacientes para consumo personal en el régimen jurídico argentino**

Trabajo Final de Graduación

Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera de Abogacía

Año 2016

## **RESUMEN**

El presente trabajo intenta demostrar que la normativa sobre el régimen penal de estupefacientes actualmente vigente (ley 23.737) – específicamente el segundo párrafo del Art. 14, referente a la tenencia de estupefacientes para consumo personal - no cumple con los derechos y garantías que consagra la Constitución Nacional, por ser violatorio del Principio de Reserva consagrado en el Art. 19 de nuestra Carta Magna. Se han presentado diferentes posturas y fallos en torno a la problemática a lo largo de todos estos años. Aquí se hará un análisis de cada una de ellas, pero en especial se hará hincapié en aquella que propugna por un nuevo régimen penal de estupefacientes que se adecue a los parámetros constitucionales. Se sostendrá que las posiciones doctrinales que defienden su adecuación, manteniendo el mismo régimen penal, carecen de buenas razones para una defensa como esta.

**Palabras claves:** Ley de estupefacientes, Constitución Nacional, tenencia para consumo personal, adecuación.

## **ABSTRACT**

The present article attempts to demonstrate that the legislation on the current criminal regime of narcotic drugs (Law 23.737) - specifically the second paragraph of Article 14, regarding the possession of narcotic drugs for personal consumption - does not comply with the rights and guarantees enshrined in National Constitution, as it violates the Reserve

Principle enshrined in Article 19 of our Constitution. Different positions and failures have been presented around the problem throughout all these years. Here we will analyze each of them, but in particular we will emphasize the one that advocates for a new penal regime of narcotic drugs that conforms to the constitutional parameters. It will be maintained that the doctrinal positions that defend their adequacy, maintaining the same penal regime, lack good reasons for a defense like this one.

Keywords: narcotics law, National Constitution, holding for personal consumption, adequacy.

## INDICE

<b>Introducción</b> .....	<b>6</b>
<b>Marco Metodológico</b> .....	<b>9</b>
<b>Objetivos</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I: TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL EN EL REGIMEN JURIDICO ARGENTINO</b> .....	<b>12</b>
1.1 Concepto de estupefaciente.....	12
1.2 Evolución Histórica.....	14
1.3 Los delitos de tenencia.....	23
1.4 Delitos de peligro abstracto y la ley 23737.....	26
<b>CAPÍTULO II: FALLOS RELEVANTES</b> .....	<b>29</b>
2.1 Introducción.....	29
2.2 Fallo Colavini.....	29
2.3 Fallos Bazterrica y Capalvo.....	32
2.4 Fallo Montalvo.....	35
2.5 Fallo Arriola.....	36
<b>CAPÍTULO III: AUTONOMIA PERSONAL Y CONSTITUCION NACIONAL</b> .....	<b>38</b>
3.1 Análisis del Art 19 de la Carta Magna.....	38
3.2 Génesis Histórica.....	40

<b>CAPÍTULO IV: ADECUACIÓN DE LA LEY SUSTANTIVA:</b>	
<b>LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>44</b>
4.1 Postura a favor de la	
despenalización.....	44
4.1.1 Principales argumentos.....	44
4.2 Posturas en contra de la	
despenalización.....	49
4.2.2 Principales argumentos.....	49
4.3 Postura según la circunstancia de cada	
caso.....	54
4.3.3 Principales argumentos.....	54
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>57</b>
<b>A- Crítica al liberalismo.....</b>	<b>57</b>
<b>B- Crítica al perfeccionismo.....</b>	<b>58</b>
<b>C- Reflexión final.....</b>	<b>62</b>
<b>LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>63</b>

## INTRODUCCION

La constitucionalidad o no de las normas penales que castigan a quienes tengan o posean estupefacientes para consumo personal, viene siendo debatido a nivel político, legislativo y jurisprudencial desde hace décadas en nuestro país, lo que ha dado lugar a una notoria ambigüedad en la forma de encarar el cada vez más grave problema del consumo de estupefacientes, que ha debilitado las políticas de estado que debieron haber atendido este delicado problema. En los últimos tiempos se han agregado, también, a este debate, los que pretenden, en principio, y como solución mágica, la despenalización de la tenencia y consumo. Los cambios periódicos en la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la facilidad con que este Alto Tribunal cambia de criterios, en esta y en otras cuestiones, acentúan esta incertidumbre y muestran un Estado confuso respecto de soluciones que de él se esperan.

La política criminal diseñada en una óptica persecutoria del consumidor de estupefacientes puede remontarse en nuestro país, por lo menos, al año 1925, con motivo de las discusiones parlamentarias de lo que sería la ley 11.331. Esta ley fue la primera que puso el énfasis en la demanda de los tóxicos prohibidos ante la declarada ineficacia de las autoridades estatales de perseguir a sus oferentes. Este hito fue la piedra fundacional de las tensiones que giraron –y giran- actualmente sobre esta problemática.

Según se advierte desde antaño, tres concepciones se enfrentan en relación a la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Por un lado, quienes la admiten - ya que a través de su castigo se combate el tráfico ilícito - no alcanzan a contradecir el hecho cierto y notorio de que el derecho penal termina castigando a la víctima.

Por otro lado están quienes la rechazan, por ser violatorio del principio constitucional del Art. 19. Por último, en tercer lugar, se encuentran aquellos que creen que debe ser analizada en cada caso en particular.

En cuanto a la regulación normativa, la ley 23.737 es la que tipifica la figura de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Puntualmente el art. 14, 2do párrafo de la mencionada ley, establece los requisitos de procedencia.

La finalidad del presente trabajo consiste en analizar puntualmente la figura en cuestión, describir sus requisitos de procedencia, como así también las distintas interpretaciones dogmáticas y jurisprudenciales que permitan armonizar el instituto a la luz de nuestra Carta Magna.

El desarrollo del TFG se compondrá de tres partes. La primera de ellas tiene una finalidad introductoria. Se conceptualizará la tenencia de estupefacientes para consumo personal, además se analizará la forma en la que ha sido receptada en los instrumentos que la regulan. También se hará un estudio de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta la misma, el fundamento normativo que dio origen a su regulación, cuándo y cómo surge.

La segunda parte comprenderá los capítulos III y IV. En ellos se procederá a un análisis más profundo de la figura. Se desarrollarán de manera detallada cada uno de sus requisitos de procedencia, su problemática principal junto a los diversos fallos dictados sobre cada uno de los supuestos, haciendo un exhaustivo análisis sobre la misma.

La tercera y última parte del presente TFG se corresponderá con los capítulos V y VI relativos a los inconvenientes de orden Constitucional, fundamentalmente, la contradicción con el Art. 19.

Por último se elaborarán las conclusiones finales a las que se arribe, se tratará de advertir sobre la urgente modificación de la actual legislación de fondo, como así también la adecuación de la figura a los estándares constitucionales.



## MARCO METODOLOGICO

Para definir el tipo de estudio que vamos a utilizar, como primera medida es necesario establecer cuál es la metodología que se aplica a esta investigación. En este caso en particular, la figura del segundo párrafo del Art. 14 de la ley 23737. En cuanto al alcance que pretende dársele, realizaremos un estudio exhaustivo de la misma en el marco del sistema jurídico argentino; por otra parte, si la cuestión ha sido abordada por diversos autores y en numerosos fallos; y por ultimo evaluar las deficiencias y lagunas de dicha regulación.

El siguiente paso es definir qué clase de investigación es la elegida. En el presente trabajo el de método de investigación que vamos a utilizar es el *descriptivo*; éste consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema (Sampieri, 2006).

En cuanto a la estrategia metodológica, se utilizara principalmente el enfoque cualitativo. La misma está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación (Sampieri, 2006, pág. 26).

Esto nos va a permitir un conocimiento más profundo y crítico de la dimensión normativa y valorativa de la figura estudiada.

Respecto a las fuentes, el presente trabajo se llevará a cabo mediante la utilización de fuentes primarias. Se procederá a trabajar principalmente con el Código Penal y Procesal Penal de la Nación, la Ley de Estupeficientes 23.737 y sus decretos y leyes modificatorias; también con fallos y sentencias de diferentes tribunales, cámaras y juzgados nacionales y provinciales. Respecto a las fuentes secundarias, se utilizaran libros

que contengan doctrina, como así también comentarios a fallos y artículos de diarios y/o revistas especializados en derecho, como por ejemplo EIDial.com (biblioteca jurídica online).

Siguiendo el método cualitativo, las técnicas de recolección de datos que vamos a utilizar son las siguientes:

Se utilizará principalmente la técnica de *observación de datos y documentos*, analizando las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente para dar cuenta de la figura de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en cuanto a su fundamento y procedencia.

Otra de las técnicas a utilizar será el *análisis documental*; de acuerdo con Quintana (2006) constituye el punto de entrada a la investigación. Es el origen del tema o problema de investigación; por lo tanto nos va a permitir analizar el supuesto de aplicación de la figura.

También se aplicara el *análisis de contenido*; el mismo se utiliza para analizar textos de distinta naturaleza, lo cual resulta de suma importancia para estudiar el contenido de fallos, leyes, doctrina, etc.

La delimitación temporal de la presente investigación se la puede ubicar a partir del año 1926, con lo que fuera la ley 11.331. En el año 1968 una reforma del Código Penal agrava las sanciones al tráfico, pero la ley 17.567 deja fuera de sanción penal la *tenencia para uso personal*. Seis años más tarde, en Argentina (año 1974) se sanciona la Ley 20.771, la misma reprime con prisión de uno a seis años la posesión de estupefacientes, aunque estén destinados a uso personal, hasta llegar al año 1989 en el cual se sanciona la Ley de Estupefacientes 23.737, vigente al día de hoy y con varios proyectos de reforma. Por último, en el año 2005, entra en funcionamiento la ley 26.052, modificatoria de la ley de

estupefacientes, la cual introduce cambios en varios artículos, con la importancia de que le otorga competencia a los tribunales provinciales para atender en determinados delitos.

## **OBJETIVO GENERAL**

Analizar cuáles son los supuestos de aplicación de la figura de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y bajo qué condiciones se aplica en el marco del ordenamiento jurídico argentino.-

### **Objetivos Específicos**

- Analizar la regulación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en la Ley 23737, incorporada al Código Penal.
- Describir la problemática actual en torno a la aplicación de la figura.
- Analizar la conducta en cuanto a la tenencia.
- Determinar que debe entenderse por “escasa cantidad”, en cuanto al tipo objetivo de la figura.
- Analizar “las demás circunstancias” como elementos integrativos del auto consumo.
- Analizar la expresión “inequívocamente” contenida en el tipo penal.
- Explicar las posturas doctrinarias respecto a los alcances de la figura y su aplicación.
- Describir el elemento objetivo y el elemento subjetivo del tipo penal

## CAPITULO I

### TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL EN EL REGIMEN JURIDICO ARGENTINO

#### 1.1 Concepto de estupefaciente

Para dar comienzo al presente Trabajo Final de Grado es imprescindible tener en claro el concepto de estupefaciente, o al menos qué es a los efectos de la ley 23.737 y el resto del ordenamiento que involucra esta temática.

Como se puede observar, la ley 23.737 (Ley de Estupefacientes) no habla de “drogas”, sino que utiliza en su cuerpo normativo el concepto de “estupefacientes”<sup>1</sup>, no definiéndolo de manera específica, pero remitiendo inmediatamente a la Convención Única de 1961 reformada y a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Dichas convenciones han elaborado una serie de listas de sustancias prohibidas y esa legislación en general es la que el Estado Argentino se compromete a cumplir por haber firmado los pactos y ser parte de las Naciones Unidas.

---

<sup>1</sup> Concepto que ha sido definido en el art. 77 del Código Penal Argentino el cual prescribe “...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”.

La Convención de 1961<sup>2</sup>, En su artículo 1, punto 1, inciso j) indica: *“Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas.”*

Agrega además un concepto muy interesante sobre qué entiende por consumo en el punto 2 del artículo 1: “A los fines de esta Convención, se considerará que un estupefaciente ha sido "consumido" cuando haya sido entregado a una persona o empresa para su distribución al por menor, para uso médico o para la investigación científica; y la palabra "consumo" se entenderá en consecuencia.

Se puede deducir que en lo que respecta al “consumo personal” ordinariamente, ni siquiera entra en este concepto de consumo según la Convención, ya que el primero no incluye una entrega a ninguna otra persona, del estupefaciente. Sobre éste punto haremos hincapié durante el desarrollo del presente TFG y va a ser fundamental tenerlo en cuenta a la hora de elaborar una política no solo despenalizadora, sino también legalizadora sin violar los tratados internacionales.

Por otra lado, se encuentra la definición de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de 1988<sup>3</sup>, la cual en el inciso n) del artículo 1ro dice: Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y

---

<sup>2</sup> Firmada en la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York (E.E.U.U.), el 30 de marzo de 1961 (entrada en vigor: 31/05/1967), es el tratado internacional contra la manufactura y el tráfico ilícito de drogas estupefacientes que conforma el fundamento del régimen global de control de drogas.

[http://www.unodc.org/pdf/convention\\_1961\\_es.pdf](http://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf)

<sup>3</sup> Adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas en Viena (Austria), 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988. (Fecha de entrada en vigor: 11 de noviembre de 1990).

[http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Normas20 Internacionales/convención%20de%20viena\\_1988\\_es.pdf](http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Normas20 Internacionales/convención%20de%20viena_1988_es.pdf)

en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

## **1.2 Evolución Histórica**

El artículo 14, 2da. parte, de la ley 23.737 dispone ... *“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”*.

El artículo tiene como antecedente el artículo 6° de la ley 20.771 que reprimía con prisión de 1 a 6 años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieren destinados a uso personal.

Debemos señalar que fue la ley 11.331 la primera disposición legal dictada en nuestro país que reprimió la tenencia de estupefacientes por parte de aquellas personas que no están autorizadas a ejercer dicha tenencia. Se agregó, como se dijo, al artículo 204 del C.P. el siguiente texto: *“Los que no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia, sufrirán la misma pena”*.

Desde comienzos de la disposición comentada comenzó a cuestionarse si ella era aplicable a quienes poseen alcaloides o psicotrópicos con fines de uso personal.

En 1930 el Dr. Luna Olmos en el plenario “González Antonio” votaba por la impunidad de la tenencia con fines de uso personal, cuando no estuviera destinada a la venta o difusión,

en cuanto importa un ataque a la libertad personal garantizada por el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>4</sup>.

A fin de evitar lagunas de punibilidad se sancionó la ley 11.309 que castiga el expendio de drogas aun cuando quienes lo realizan no sean profesionales.

La insuficiencia de la norma fue advertida en la Memoria de la Policía de Capital de 1924, en la que se exponía que no obstante el secuestro de sustancia estupefaciente en numerosos procedimientos no se pudo comprobar la venta, entrega o suministro que es lo penado por la legislación vigente. Por lo tanto concluye la Memoria solicitando la punición *“para los que tienen en su poder alcaloides sin causa justificada, modalidad ésta la más común entre los que se ocupan del tráfico clandestino de drogas”*.

La ley 11.309 fue sancionada sobre la base de un proyecto presentado por el diputado Bard ante la repercusión social que originó el fallo dictado por la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal en el caso “Morgan”.

El hecho que motivó el pronunciamiento judicial fue el siguiente: Morgan ingresó a un café de la Capital Federal denominado “La puñalada” y luego de entrevistarse con un sujeto, le entregó un paquete pequeño de los que comúnmente se usaban para envasar cocaína en cantidades menores. Luego de recibir el continente con lo que se decía contenía aquella sustancia, el desconocido se dio a la fuga, secuestrándosele a Morgan de entre sus ropas otros dos envoltorios que efectivamente contenían la droga, para aducir el detenido que eran para uso personal.

---

<sup>4</sup> Cámara Criminal y Correccional Capital Federal, Fallos Plenarios, 1-60; TERRAGNI, M. A., *Régimen Penal de los estupefacientes*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 1989, pág. 163. <sup>50</sup> Diario de Sesiones del Senado, 1925-II, págs. 51/524.

Los jueces que formaron mayoría en el tribunal concluyeron que *“es una deficiencia de nuestra legislación penal que los jueces no pueden suplir haciendo aplicaciones analógicas...”* *“Ni el artículo 201 ni ningún otro del código prevén el caso del que, a sabiendas, y sin engañar sobre las sustancias ni sobre sus bondades, venda o entregue a terceros, que también saben lo que compran, cocaína o cualquier otro alcaloides, por más nocivos que ellos sean”*.<sup>5</sup>

Finalmente el proyecto de la Cámara de Diputados que decía *“Los que tengan en su poder las drogas comprendidas en el régimen de esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia, sufrirán la misma pena”*, fue modificado en Senadores por el siguiente: *“Los que no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia, sufrirán la misma pena”*.

Este texto legal impedía, según el criterio de aquel entonces de la Cámara de Apelaciones de Capital Federal, reprimir la tenencia de estupefacientes para consumo personal porque no se podía reprimir un acto privado, como era el consumo de sustancias tóxicas.

Los doctores Coll, Ortiz de Rozas y Luna Olmos se mostraron renuentes al castigo de la tenencia para consumo personal, lo que fue avalado en dicha época por autores de la talla de Molinario, quien sostenía: *“condenar a un toxicómano por el hecho de serlo, significa lo mismo que castigar a un loco por el hecho de que lo es. Hay que curarlo”*.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Gaceta del Foro, T 46, septiembre-octubre de 1923, N° 262, Morgan Ricardo, pág. 196 cit. por LAJE ANAYA, ob. cit. págs. 26/27. <sup>52</sup> Gaceta del Foro, 74-192.

<sup>6</sup> TERRAGNI, M. A., ob. cit. pág. 169. Quien cita la opinión de Eusebio Gomez. *“desde el punto de vista científico es inadmisibles estatuir penas para reprimir la toxicomanía. Cualquiera que sea su origen, la toxicomanía reviste los caracteres de una enfermedad. Y si las toxicomanías constituyen verdaderas entidades nosológicas, que la psiquiatría ha caracterizado con precisión, y si los afectados por ellas son sujetos de innegable peligrosidad, no es su represión lo*



La exposición de Motivos del Proyecto Peco muestra una postura totalmente contraria a la incriminación de la tenencia para consumo personal. El artículo 230 edicta: *“Al que ejerciere el comercio de sustancia estupefacientes o las tuviere en su poder con destino al comercio, las suministrare o las procurare a otro, sin autorización o con quebrante de la ley o los reglamentos, se le aplicará privación de la libertad de seis meses a tres años”*. Es evidente que Peco excluye al vicioso cuando la tenencia es para esos fines<sup>7</sup>. *“El Código ha de enfocar al delincuente no al vicioso”*, concluye.

La opinión de Peco seguramente influyó en Sebastián Soler quien en el Proyecto de 1960 desincrimina la tenencia de cantidades que no excedan un uso personal. Y añade *“obsérvese que la ley dice un uso, con lo cual en modo alguno queda autorizado el acopio bajo el pretexto de ser toxicómano el tenedor de cantidades apreciables...Nada impide, en efecto, que un toxicómano además de serlo, posea drogas en cantidades que abarquen o puedan abarcar no sólo el vicio propio sino también vicios ajenos, y que por tal motivo sea punible. El tema de la tenencia es grave, pero claro”*.<sup>8</sup>

La opinión de dicho autor, se deja ver con argumentos inobjetables cuando al comentar el inciso 3ero. del artículo 204 del Código Penal, según ley 17.567<sup>9</sup> dice:

*“Pero el caso límite está representado por la tenencia para uso personal. A nuestro juicio, la tenencia para uso personal no debe ser alcanzada, porque no es punible la autolesión, para la cual la tenencia de tóxico constituiría un acto preparatorio. La cuestión consiste en alcanzar a los traficantes a quienes es posible sorprender con*

---

*que corresponde, sino su tratamiento impuesto por una ley fundada, precisamente, en esa peligrosidad”*, cit. pág. 171.

<sup>7</sup> LAJE ANAYA, ob. cit. pág. 31.

<sup>8</sup> SOLER, S., *“Derecho Penal Argentino”*, Tea, T IV, pág. 575.

<sup>9</sup> Inciso 3ero. *“El que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que corresponden a un uso personal, sustancias estupefacientes o materias primas destinadas a su preparación;”*

*cantidades de drogas; pero es difícil sorprenderlos vendiéndolas. Desde este punto de vista, resulta claro que el tercer inciso constituye la incriminación de un acto preparatorio de la figura trazada en el inc. 4° (venta por persona no autorizada), de manera que cuando en concreto se demuestre lo contrario –y el consumo personal lo prueba- no es de aplicación este inciso. Por otra parte, castigar al tenedor en tales casos constituye una forma velada de castigar un vicio, procedimiento contra el cual se levanta la autoridad médica unánime, y el debate parlamentario no muestra que el legislador entendiera apartarse de tales principios, en los que concuerdan la ciencia médica y las razones jurídicas”.*<sup>10</sup>

Como se puede observar, dos concepciones bien definidas se enfrentan acerca de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Quienes la admiten porque a través de su castigo se combate el tráfico ilícito no alcanzan a contradecir el hecho cierto y notorio que el derecho penal termina castigando a la víctima de tráfico ilícito, a un enfermo que reclama tratamiento, no reclusión. Que la defensa de la sociedad en tales supuestos representa “una presunción de autoría que no se puede compartir”<sup>11</sup>.

La ley 20.771 retomó el criterio de la ley 11.331 castigando en su artículo 6 con prisión de 1 a 6 años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.

---

<sup>10</sup> SOLER, S., ob. cit. quien critica la opinión de Ramos Mejía y remite en apoyo de su tesis al Código Penal italiano y a las opiniones de Zerboglio y Maggiore.

<sup>11</sup> FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo Perrot, Bs As., 1966, T VI, pág. 364. Critica el distinguido penalista a Alberto Loza Leguizamón, quien llega incluso a afirmar, no sin cierta ligereza, que la nueva ley absuelve también al traficante (Jurisprudencia Argentina del 12 de Agosto de 1968), olvidando que el inciso 4° del artículo 204 ter. prevé expresamente, amenazando el hecho con pena sensiblemente superior a la del anterior artículo 204, la venta, entrega, suministro o aplicación de estupefacientes por persona no autorizada, y que en el inc. 5° se aplica la misma sanción al que solamente facilite un local para que concurren a él personas con el objeto de consumir sustancias estupefacientes. (ob. cit.).

La cuestión como dice Terragni se volvió a reactivar, pero el castigo de la tenencia para consumo en un Estado de Derecho que se precie de ser democrático no puede admitirse bajo ciertas circunstancias. Ello amerita una aclaración porque en definitiva son estados de derecho también los totalitarios (Rechtsstaat) ya que el poder tiene en éstos una fuente y una forma legal.<sup>12</sup>

En otro sentido son auténticos “Estados de derecho” sólo los constitucionales, ya que en ellos, sus niveles normativos superiores incorporan no sólo límites formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

Este “Estado” nacido de las modernas constituciones se caracteriza, entre otras cosas, por la funcionalización de todos sus poderes al servicio de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su “Constitución” de los deberes públicos correspondientes, es decir, la prohibición de lesionar los derechos públicos de libertad y las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.

Resulta superfluo recordar que *“el Estado moderno nació históricamente como Estado de derecho mucho antes que como Estado democrático, y que la democracia política más perfecta, representativa y directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo en ella fuese ilimitado. Sus reglas son las mejores para determinar quién debe decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión”*<sup>13</sup>.

Como magistralmente destaca Ferrajoli, ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir que un hombre muera o sea privado de su libertad sin culpa. Los derechos

---

<sup>12</sup> Ver FERRAJOLI L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 856 y sgtes.

<sup>13</sup> FERRAJOLI L. ob. cit. pág. 858.

fundamentales no pueden tener un contenido utilitarista, el bienestar general no constituye una buena base para recortarlos (Dworkin), o siguiendo a Tocqueville, en cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente, me importa poco saber quién me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten.<sup>14</sup>

Volviendo a Terragni, debemos suscribir su opinión: *“No es sólo el límite de la actividad del Estado y consiguiente reserva del ámbito de libertad de los ciudadanos lo que está controvertido, sino también la misma naturaleza del Derecho Penal argentino, cuya base constitucional debe ser respetada. Nuestro ordenamiento es derecho penal de acto. No se puede castigar una manera de ser, una característica personal, racial, religiosa, ideológica, o la enfermedad, sino la realización de una acción concreta. Por eso cuando el artículo 18 de la Constitución Nacional, dice que nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, la palabra hecho identifica una acción humana, que la ley penal se encarga de identificar, dándole perfiles nítidos. Nunca nuestra ley penal podría castigar al toxicómano, sino que debe limitarse a incriminar acciones del hombre que sean políticamente dañosas, como enseñaba Carrara”*.<sup>15</sup>

La crítica doctrinaria y jurisprudencial ha girado en torno de hasta qué punto la tenencia de estupefacientes para consumo personal, constituye una acción privada intrascendente a terceros en función de lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse en diversas oportunidades. En uno de tales casos entendió que la letra y el espíritu de esta norma

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI L. ob. cit págs. 659, 869, 861.

<sup>15</sup> TERRAGNI, M. A., ob. cit. pág. 177. <sup>63</sup> C.S.J.N., 9-8-1979; E.D. 85-371.

trascienden los límites del derecho a la intimidad, siendo lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieron derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal, salvo, obviamente, las destinadas a un empleo legítimo justificado por la medicina.<sup>63</sup>

Sin embargo la misma Corte Suprema, ahora con otra composición al resolver los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, afirmó la postura contraria.

Los fallos de la Corte Nacional suficientemente conocidos por todos los operadores del sistema han eliminado los obstáculos o impedimentos referentes al problema de la drogadicción, la inconveniencia del castigo del eslabón más débil de la cadena de tráfico, y que a pesar de haber sido modificado por el mismo tribunal –con otra composición– puede afirmarse que sus argumentos no han sido desvirtuados.<sup>16</sup>

Como se sabe la ley 23.737 castiga la tenencia de estupefacientes para consumo personal en su artículo 14 2da. Parte. Dicha ley fue sancionada el 21 de Septiembre de 1989 encontrándose vigente la declaración de inconstitucionalidad formulada por la CSJN in re “Bazterrica” y “Capalbo”. En dichos fallos, sostuvo el más alto tribunal que:

*“El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir entre las acciones que ofenden la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del artículo 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción. Penar la tenencia de drogas para el consumo personal*

---

<sup>16</sup> La protección de los valores morales, la familia, la juventud, la niñez, la subsistencia de la Nación y toda la humanidad, amerita para la C.S.J.N. el castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Ver La Ley 1991, “C”, pág. 80.

*sobre la base de potenciales daños que puedan ocasionarse de acuerdo a los datos de la común experiencia no se justifica frente a la norma del artículo 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad 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 aún en lugares privados más con probable trascendencia a terceros”.*<sup>17</sup>

Como es notorio de ver, se advertía una confrontación entre la Corte Suprema y el Poder legislativo que volvía a insistir, como lo había hecho con el artículo 6 de la ley 20.771, con la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Se sabe también que la Corte Suprema con nueva composición afirmó la constitucionalidad del artículo 14 2da. Parte de la ley 23.737.

Cabe recordar como dice Ferrajoli que:

*“El límite infranqueable que impone la Constitución y los Convenios internacionales sobre derechos humanos permite atribuirle un sentido preciso a la frase ‘existen tribunales en Berlin’ y esto es que haya un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena, o a condenar cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución”*

De cualquier manera se reafirma en compatibilidad con el Estado de Derecho democrático que la función fragmentaria del derecho penal nos alerta que el bien jurídico le viene

---

<sup>17</sup> Ver C.S.J.N. “Bazterrica, Gustavo M.” y “Capalbo, Alejandro C.”, Rev. L.L., 1986 “D” pág. 550 y L.L. “D” pág. 582; ver en especial el voto del Dr. Petracchi.

tutelado por la Constitución Nacional, Derecho internacional y el resto de la legislación. El derecho penal no crea bienes jurídicos ni puede penalizar pragmas no conflictivos como enseña Zaffaroni.

En la actualidad, Son ocho los proyectos en debate para reformar la Ley de Estupefacientes 23.737, siete con importantes similitudes entre sí. La mayoría apuntan a reducir el peso de la ley penal<sup>18</sup>, principalmente respecto de los usuarios, y algunos incluso de los actores menores del tráfico.

### **1.3 Delitos de Tenencia**

El concepto de tenencia a los efectos de la ley 23.737 nos revela algunas singularidades.

Autores como Eberhard Struensee al tiempo de calificar los delitos de tenencia como un traspie legislativo, señala que la expresión tener no describe conducta alguna<sup>19</sup>.

En ellos se castiga el tener una cosa incriminada, en este caso, sustancia estupefacientes.

Afirma este autor que la conducta humana individual entra en escena sólo bajo dos formas: actuar u omitir: Actuar es realizar, omitir no realizar movimientos corporales voluntarios.

---

<sup>18</sup> "...quien arroja un plátano en el suelo (si alguien lo pisa, se resbala, cae y se muere) ha sido un asesino por el sólo hecho de tirar un plátano", BERISTAIN A. y NEUMAN E., *Criminología y dignidad humana*, Ed. Depalma, Bs. AS 1991, p. 182.

<sup>19</sup> EBERHARD STRUENSEE, "Los delitos de tenencia" en *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, en coautoría con JAKOBS, G., Hammurabi, pág. 107 y sgtes. <sup>2</sup> STRUENSEE E., ob, cit. pág. 111.

Por otro lado, como señala Cornelius Nestler, la posesión de un objeto no representa peligro alguno. Dicha posesión sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto.

Como se ve, tanto Struensee como Nestler sostienen a rajatabla la neutralidad de la posesión.

Cuando se castiga al poseedor de un objeto con prescindencia de la finalidad que preside dicha posesión, en puridad se le está imponiendo una pena por la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico.

Podríamos decir que 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.

Una concepción del bien jurídico basada en la libertad del ciudadano no puede separar la idea de bien de la facultad de disposición que sobre éste tiene el titular del mismo.

Si ello no puede contestarse en un Estado de Derecho democrático, la posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando se abra la posibilidad de una transmisión no controlada a terceras personas; por el contrario cuando la adquisición y la posesión desde la representación del autor, resulte un acto preparatorio de su propio consumo, en tanto no afecta la salud de otros consumidores resultará atípica. Y esto se observa claramente cuando se detentan pequeñas cantidades de estupefacientes para ser consumidas en un ámbito privado.



Desde la consideración del derecho penal como última ratio cabe entender dicha conducta como socialmente adecuada, al crear un riesgo jurídicamente permitido con mínima relevancia para el bien jurídico, máxime si como en el supuesto bajo tratamiento – tenencia para consumo – la realización de dicha conducta importa el ejercicio de una libertad fundamental.

El concepto de tenencia a los efectos de la ley 23.737 nos revela algunas singularidades.

En general podría sostenerse que la tenencia implica el “*ejercicio de un poder de hecho sobre 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. A partir de aquí pueden vislumbrarse dos tendencias, una representada por quienes se contentan con una disponibilidad hipotética o ficticia y quienes consideran necesaria una disponibilidad real y actual.

#### **1.4 Delitos de Peligro Abstracto**

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”.

La legislación argentina ha categorizado al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal como un delito de peligro abstracto, esgrimiendo como bien jurídicamente protegido a la salud pública, la simple tenencia (según la ley argentina) presupone un riesgo potencial presumido por la ley sin que se admita prueba en contrario.

En los delitos de peligro abstracto, la finalidad limitadora del bien jurídico se ha expandido de una manera inusitada, lo que implica la sanción de conductas que pueden llegar a ser inocuas en sí mismas, pero que sin embargo pueden reconducirse a la protección de bienes jurídicos remotos, materializándose la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización a la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

Ferrajoli explica en su obra “Derecho y Razón” que los delitos de peligro abstracto presumen una punición de la mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma.

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, en tanto que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado.

En los delitos de peligro, principalmente abstracto, el concepto de bien jurídico ha sufrido una crisis que torna oscura la función delimitadora o reductora, ya que no se lo define a partir del individuo considerado como persona a la que debe respetarse por encima de cualquier interés colectivo o función del sistema, sino por el contrario, se da prioridad a una tutela fuertemente anticipada que se materializa en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión.

Una prueba de ello es que en la República Argentina la tenencia de estupefacientes para el consumo personal es considerada un delito, cuyo bien jurídicamente protegido es la salud pública<sup>20</sup>, y puede tener como consecuencia de hasta dos años de prisión para el autor del ilícito, según lo establece la ley 23737 (incorporada al código penal) en el segundo párrafo de su art. 14, esto en clara contradicción con principios constitucionales vigentes en un Estado democrático y de derecho.

Zaffaroni señala que ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles: unos insisten en que el peligro se presume iure et de iure y otros en que se trata de la existencia de un peligro del peligro concreto. En el primer caso estaríamos frente a simples infracciones administrativas –delitos de desobediencia como los llamó Binding- y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa –triplicación de peligros: riesgo de riesgo de riesgo.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Un muy buen resumen sobre delitos contra la salud pública es un artículo de la Web de Enciclopedia Jurídica <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delitos-contra-la-saludpublica/delitos-contra-la-salud-publica.htm>

<sup>21</sup> ZAFFARONI Eugenio Raúl “*Derecho Penal Parte General*”, Ediar 1999, Bs. As, p. 474.

Silva Sánchez afirma que hay una “expansión razonable” del derecho penal en una sociedad que se ha caracterizado como “de riesgo” y una expansión que es irrazonable<sup>22</sup> que invade espacios que bien pueden ser cubiertos por otros ámbitos del ordenamiento jurídico que no sea el estrictamente penal.

A todo esto, deviene como lógica la consecuencia de la inconstitucionalidad de cualquier figura penal perteneciente a la categoría de los llamados delitos sin víctima y de los llamados delitos de peligro abstracto. En los primeros, por la sencilla razón de que no hay sujetos afectados y en los segundos porque la afectación del bien jurídico debe concretarse en un resultado o lesión o, bajo ciertas condiciones, en un resultado de peligro concreto y efectivo corrido por el bien jurídico protegido.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La expansión de derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales” segunda edición, Ed. Civitas.

<sup>23</sup> ZAFFARONI Eugenio Raúl “Derecho Penal Parte General”

## **CAPÍTULO II**

### **FALLOS RELEVANTES**

#### **2.1 Introducción**

El siguiente apartado tiene por finalidad mostrar, a través de fallos resonantes, las distintas alternativas que ha sufrido esta antigua y nueva discusión dentro del marco legislativo como jurisprudencial. Si reflexionamos acerca de las decisiones judiciales en nuestro país, podemos describir al siglo XX como de corte perfeccionista. Nino (1992) nos dice que esto queda al descubierto si nos guiamos por la interpretación que repetidamente, nuestro Alto Tribunal Nacional hizo del artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que si bien podemos encontrar algunos fallos con una interpretación de corte liberal del artículo 19, mayormente la jurisprudencia de la Corte entendió dicho artículo en un sentido restringido, tal que permitía la interferencia estatal aun cuando las acciones privadas en cuestión no afectaran a terceros.

#### **2.2 FALLO COLAVINI**

Si buscamos los casos de perfeccionismo judicial más renombrados, encontramos al fallo Colavini<sup>24</sup> de marzo de 1978, en este caso el ciudadano Ariel O. Colavini fue detenido por la policía mientras circulaba por una plaza, en la localidad de la Ciudad

---

<sup>24</sup> C.S.J.N., “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes”, Fallos 300:254 (1978).

Jardín Lomas del Palomar, provincia de Buenos Aires. Se lo detuvo en razón de haberse secuestrado entre sus ropas dos cigarrillos que contenían, según determinó una pericia posterior, *Cannabis Sativa Linneo*, conocida usualmente como “marihuana”. El intento de la defensa era que se reconozca a la acción de consumo, como una de las que el artículo 19 de la Constitución Nacional ampara. En ocasión del juicio el procurador reconoció que hay una esfera intangible del individuo, que le pertenece por su propia condición de tal y que constituye un atributo inseparable de su personalidad, tutelada por la Constitución Nacional como derechos del hombre anteriores al Estado. Que este último se obliga a respetar esos derechos, limitando su potestad y esto surge visiblemente del artículo 19 de nuestra Carta Magna.

También expresó que:

“El derecho solo puede ocuparse de “acciones”; por el contrario, todo cuanto se desarrolle y permanezca en el fuero interno del individuo sin alcanzar ningún grado de exteriorización, pertenece a su ámbito de intimidad en el que no puede haber injerencia legislativa alguna”.<sup>25</sup>

Sin embargo todo lo expuesto, el procurador se manifestó en el sentido de que el uso personal de estupefacientes constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho, estando excluida, por tanto, del ámbito de libertad que señala la norma constitucional referida. Ya que considera que una actividad puede ser prohibida en razón de que afecte la moralidad, la seguridad o la salubridad públicas.

---

<sup>25</sup> Opinión del Procurador General de la Nación. Punto 3.

En ese sentido manifestó:

“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”.<sup>26</sup>

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció a favor de la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771. En similar dirección, sostuvo que el consumo íntimo personal de estupefacientes incidía en la desintegración de los individuos, ya que es una conducta viciosa, destacando su gravitación negativa en la moral y en la economía de los pueblos, y su incidencia en la delincuencia y en la destrucción de la familia; sostiene así, que es lícita toda actividad de Estado destinada a conjurar semejantes riesgos.

Podemos apreciar en este fallo cómo la moralidad se convierte en la herramienta que justifica la intervención estatal. Durante el régimen militar, se repitieron los fallos que siguen este patrón.

---

<sup>26</sup> Opinión del Procurador General de la Nación. Punto 4.

### 2.3 FALLO BAZTERRICA Y CAPALVO

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la inconstitucionalidad de la simple tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 6, Ley 20.771), frente a la prohibición de interferir la conducta privada de los hombres consagrada por la Constitución Nacional. Lo hizo con los votos de los Doctores Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Jorge Augusto Baqué. En disidencia José Severo Caballero y Carlos S. Fayt, consideraban la tenencia de estupefacientes para consumo personal como fuera del ámbito de la inmunidad previsto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio.

En el fallo del máximo tribunal, la mayoría sostuvo que:

*“El artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros...”<sup>27</sup>*

*“Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 CN, aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública,*

---

<sup>27</sup> Considerando 4 del voto de la mayoría.



*esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”.*<sup>28</sup>

Seguía diciendo el fallo:

*“Que en este marco, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir en la conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles libertad para que ellos los elija, y que es suficiente por sí misma para invalidar el artículo 6, ley 20.771, cuya inconstitucionalidad se declara, en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal.*

*Por ello se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de origen para que se dicte nuevo pronunciamiento.”*

Una de las opiniones particularmente relevante del fallo en cuestión es la del Dr. Petracchi que entre varios argumentos manifestó:

*“El legislador 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”*

Esto significa, si no se pretende convertir al art. 19 de la Constitución Nacional en una mera tautología, que las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho, de que el Estado decida prohibirlas, es decir, por su inclusión en una norma jurídica.

---

<sup>28</sup> Considerando 8 del voto de la mayoría.

Si se prohíbe legalmente, se estaría afirmando que la primera parte del art. 19 no tiene otro alcance que el de su parte segunda, es decir, que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”<sup>29</sup>

En otro de sus argumentos el Dr. Petracchi manifestó en igual sentido liberal:

“La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere ‘que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...’<sup>30</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni dijo de este fallo al comentar su nota al mismo en *Jurisprudencia Argentina* del 15/10/86: “El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se publica y el voto que funda la tesis mayoritaria, in re “Bazterrica”, constituyen, en mi opinión una de las más importantes decisiones judiciales del siglo...”

Conviene destacar que, en todos los votos, que componen el fallo quedó firmemente asentado que es fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna, que es un derecho inscripto e en la propia Constitución también fundamental para la existencia de una sociedad libre”.

---

<sup>29</sup> Considerando 11 de su voto.

<sup>30</sup> Considerando 8 de su voto.

## 2.3 FALLO MONTALVO

Posteriormente la Corte retomó la línea perfeccionista en el fallo Montalvo<sup>31</sup> de diciembre de 1990. Este es otro caso donde se discute si la tenencia de estupefacientes para consumo personal puede ser una acción alcanzada por la garantía del artículo 19. No fue lo que entendió la Corte, ya que confirmó el fallo impugnado, justificándolo con algunos de los siguientes argumentos:

“Si bien con la incriminación de la tenencia de estupefacientes se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda”.<sup>32</sup> “No cabe exigir en cada caso, para la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuyente afectación de la salud pública...”<sup>33</sup>

También justifico el fallo en otras ideas como:

A- La incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios.

B- El Estado no quiere que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás.

---

<sup>31</sup> C.S.J.N., "Montalvo, Ernesto Alfredo P.S.A. Infracción Ley 20771", Fallos, 313:1333 (1990).

<sup>32</sup> Considerando 13 de la mayoría.

<sup>33</sup> Considerando 12 de la mayoría

C- La tenencia de drogas no era un comportamiento que terminaba en la mera intimidad del portador, atento a las proyecciones que podía revestir.

Su penalización no significaba entonces reprimir una autolesión, sino custodiar otros valores sociales en juego, como la moral y orden público, y evitar posibles daños a terceros.

## **2.4 FALLO ARRIOLA**

En este fallo, en el que dos vendedores de drogas fueron condenados mientras que cinco consumidores quedaron a salvo de cualquier persecución penal. El máximo tribunal remite explícitamente a Bazterrica, siendo ésta entonces la interpretación vigente en el derecho argentino.

Queremos destacar del fallo Arriola principalmente la opinión del Dr. Lorenzetti:

“El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye 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”

“Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”

“No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el *test* de constitucionalidad”

“La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”.<sup>34</sup>

La posición tomada en el caso “Montalvo”, era la jurisprudencia aplicada desde hace veinte años hasta el presente. Ahora bien, ¿qué circunstancias hicieron variar al más alto tribunal del país a girar nuevamente su postura?; ¿el Estado tuvo éxito con la política criminal aplicada hasta aquí, en su rol de lucha contra del tráfico de estupefacientes? la postura que había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y por ende arribar a resultados provisorios, no tuvo éxito en su cometido, dado que tal actividad criminal, lejos de haber disminuido, se ha acrecentado notablemente y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales. En consecuencia, la C.S.J.N. poniendo énfasis a la esfera o ámbito de reserva consagrado en el art. 19 de nuestra constitución dispuso declarar la inconstitucionalidad de la conducta que incrimina la tenencia de estupefaciente para consumo personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes jurídicos de terceros.

Con este pronunciamiento, se abre la necesidad de una reforma legislativa, con relación a la tenencia de estupefaciente en el marco señalado en el reciente fallo, como así también

---

<sup>34</sup> Considerando 11 de su voto.

un cambio de política de persecución estatal con respecto al tráfico de las sustancias prohibidas.-

## **CAPITULO III**

### **AUTONOMIA PERSONAL Y CONSTITUCION NACIONAL**

#### **3.1 Análisis dogmático del artículo 19 de la Constitución Nacional**

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece que:

*“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo 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”*

En este artículo de nuestra Ley Suprema se demarcan los límites a la intervención del Estado. Hay un ámbito de autonomía personal, que le pertenece al individuo por su propia condición de tal y constituye un atributo inseparable de su personalidad. Se lo reconoce como aquellos derechos del hombre, anteriores al Estado que se encuentran tutelados por la Constitución Nacional.

Además podemos mencionar que éste artículo de nuestra Carta Magna, enuncia la filosofía que siempre ha sido la fuente del derecho positivo argentino, ya que esta disposición, casi con su actual texto, surge poco menos que a la par de nuestro ser nacional y ha perdurado a través de todas las reformas constitucionales experimentadas por el país.

La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II, en el sentido de que para asegurar la libertad del hombre, se requiere “que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior (Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, parte primera, capítulo 1, Nor. 17, Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios, séptima Edición, tomo 2, Madrid, 1957). Esta es una convicción en que se hallan convocadas las esencias del personalismo cristiano y del judaico y de las demás concepciones humanistas y respetuosas de la libertad.

Cooley definía el derecho a la privacidad, como el “derecho a ser dejado a solas”, fórmula ya clásica que significa que una persona goza del derecho de ser dejado a solas por Estado, no por la religión, la moral o la filosofía – par asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida, en todas las decisiones importantes para ella, plan que le compete personalísimo y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva. Solo razones que demostraren, en base a rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual

## 2.2 Génesis Histórica

El constitucionalismo en Argentina nace con el primer Reglamento de 1811. Dos años después el Segundo Triunvirato convoca la Asamblea del año XIII, uno de sus objetivos era redactar la Constitución. Si bien ese punto fracasó, nos dejó las bases de nuestro actual artículo 19 de la Constitución Nacional.

Así lo explica Sampay (1975). La primera parte del artículo 19 es una mera enunciación de principios. La segunda parte, rigurosamente preceptiva, surge en el derecho público argentino con el artículo 194 del Proyecto de Constitución de 1813 elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria, el cuál rezaba: “No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe”. Monteagudo fue el inspirador del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica y Literaria y el doctor Antonio Saenz, su redactor.

Este precepto fue copiado literalmente del artículo 157 de la Constitución de Venezuela de 1811, la cual, a su vez, se inspiró para ello en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, redactada en Francia en 1789, y que establecía que:

“La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena” (Sampay, 1975). La Declaración argumenta también, en su artículo 4<sup>35</sup> 35

---

<sup>35</sup> Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano 1789

Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.



que la necesidad de la ley se deriva del hecho que, *el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, tiene sólo aquellos límites que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos.*

Retomando nuestra historia Constitucional, Sampay (1975) nos dice, que fue en el Estatuto Provisional de 1815 donde se consagró nuestro actual artículo 19, dividido en dos artículos, con los siguientes vocablos:

“Art 1. Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden al orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

“Art. 2. Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara, y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe”. Su principal redactor fue Antonio Sáenz.

En el Reglamento Provisorio de 1817 no hubo cambios con respecto a la redacción y numeración de los artículos antes referidos. En el año 1819 el Congreso sancionó la Constitución, pero fue rechazada por las provincias del interior por su neto carácter unitario, con respecto al artículo que venimos analizando podemos señalar que hubo algunos ajustes conceptuales, lo más relevante es que suprime la expresión que decía que, lo mandado o prohibido por el Estado debía serlo “clara y expresamente”, porque una ley no puede tener otro estilo que no sea el propio de la orden que encierra, esto es, neto e imperativo (Sampay, 1975).

A partir del Proyecto de Constitución del año 1853 aparece el artículo 19, con una redacción muy aproximada a como lo conocemos actualmente, dicho artículo juntaba los dos artículos de las constituciones argentinas precedentes, reemplazando únicamente la locución “habitantes del Estado” por “habitantes de la Confederación”. Este proyecto de Constitución fue presentado por la comisión redactora del Congreso de Santa Fe (Sampay, 1975).

En la sesión del 25 de abril de 1853 puesto a discusión el proyecto, el constituyente General Pedro Ferré fijó como condición para votar a favor del mismo, que se realizara un cambio en el artículo en cuestión: que en lugar de decir *orden público*, se colocara *a la moral y al orden público*. Otros diputados concordaron con esta sugerencia, dieron su apoyo a este cambio, y el artículo fue aprobado por unanimidad. Por lo tanto, según el acta de la sesión del 25 de abril de 1853, la primera parte del artículo 19 tendría la siguiente redacción: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan a la moral y al orden público, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” (Sampay, 1975).

La Constitución de 1853 fue sancionada el 1 de mayo de 1853, y no obstante todo lo señalado anteriormente, la redacción del artículo 19 sufrió una nueva alteración. La parte primera parte del artículo, aparece redactada del siguiente modo: “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. O sea, se substituyó la frase “a la moral y al orden público” por la locución “al orden y la moral pública”

En relación a este nuevo cambio Sampay expresa:

Se corrigió una impropiedad filosófica, porque es imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de todas las leyes morales, pues éstas rigen los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir aquellas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población (Sampay, 1975, p. 13).

En el año 1860 se realizó la primera reforma a la Constitución Nacional, debido a la incorporación de la provincia de Buenos Aires que no había participado del Congreso General Constituyente de 1853. La Convención revisora sustituyó en todo su articulado la palabra “Confederación” por “Nación”. Con respecto al artículo 19, este quedó idéntico a como fue sancionado en la Constitución de 1853 (Sampay, 1975).

A lo largo de este capítulo desarrollamos el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que aborda el principio de Autonomía Personal y los límites a la intervención del Estado. Pero aún no podemos responder la pregunta de si la tenencia de estupefacientes para consumo personal tiene tutela en nuestra Carta Magna. Esto se debe a que el artículo que venimos desarrollando puede prestarse a diversas interpretaciones a causa de su ambigüedad, que ha permitido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la coexistencia de dos posturas diferenciables en virtud del modo en que delimitan la clase de las acciones que quedan alcanzadas por la garantía. Siguiendo a Nino (1992), las llamaremos “lectura amplia” y “lectura restrictiva”. En los siguientes capítulos vamos a describir las teorías liberal y perfeccionista, respectivamente ligadas a estas lecturas.

## **CAPITULO IV**

### **POSTURAS DOCTRINARIAS**

#### **4.1 A favor de la despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.-**

##### **4.1.1 Principales argumentos**

Con la tipificación penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, al ser una acción privada en sentido amplio, el legislador ha transgredido la zona prohibida de libertad (autonomía ética) y, abiertamente, ha violado un derecho fundamental expresamente consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Las acciones que sólo se refieren a la moral o a la integridad corporal individual, así como aquellas referidas a la personalidad espiritual, sin afectación de bienes jurídicos privados o colectivos, no pueden ser sancionadas penalmente conforme al art. 19 de la Constitución Nacional.

Sólo deben reprimirse aquellas conductas que trascienden o afectan a terceros, que de hecho, se encuentran ya contempladas en diversas disposiciones de la ley 23.737. En particular, ya sea la incitación al uso o la trascendencia que el consumo pudiera tener a terceros, fue previsto en el artículo 12; el suministro subrepticio, en el artículo 11; y, finalmente, el convite, se encuentra ya estipulado en las previsiones del art. 5º, gracias a la introducción que efectuara al respecto la ley 26.052.

En materia penal es el legislador el que crea los instrumentos adecuados para resguardo de los intereses que la sociedad estima relevante, mediante el dictado de las disposiciones que

acuerdan protección jurídica a determinados bienes. Así, la actividad legislativa encuentra allí su límite y por tanto no puede prohibir las conductas que tienen lugar en el ámbito privado. Ellas están reservadas al juicio de Dios y quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

Al Estado le está vedado inmiscuirse en la moral privada de los habitantes de la Nación y, menos aún, imponer pautas morales determinadas que cosifiquen al individuo, como ha sido regla en regímenes políticos de los que sobran ejemplos.

Las acciones del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones que puede imponer la ley, y ello sucede con la tenencia de estupefacientes para uso personal pues constituye una "autolesión", que no perjudica a la moral ni al orden público, ni a terceros. Forma parte de la esfera reservada de los individuos la decisión acerca de su propia inseguridad corporal en la medida en que con los actos de autolesión no afecten derechos de terceros.

La tenencia para uso personal no debe ser alcanzada por la incriminación, ya que no es punible la autolesión, de la cual la tenencia de la sustancia tóxica es un acto preparatorio. Además, castigar al tenedor constituye una forma velada de castigar un vicio, procedimiento contra el cual se levanta la autoridad médica unánime y las razones jurídicas.

La Constitución patrocina y garantiza la autonomía ética socialmente intrascendente; garantía de poder elegir lo bueno y lo malo, incluso elegir el consumo de drogas que sólo perjudica el cuerpo y la salud de quien decide hacerlo (y a nadie más). Sería absurda,

inhumana e inútil, una figura penal que intentara disuadir el cese de consumo bajo amenaza de pena, o que castigue la patología avanzada de los adictos.

No se puede compartir la idea de que el delito previsto en la ley 23.737 (art. 14, 2do. párrafo) sea de peligro abstracto. Este sólo requiere desde el ángulo objetivo -conforme la opinión que avala su validez- la demostración de la relación física entre el autor y la droga y, desde el subjetivo, la voluntad de tenerla a sabiendas de que trata de un estupefaciente. Es decir, merece castigo el hecho previsto y penado por la ley 23.737 por simple creación de un riesgo, con lo cual bastaría para que los jueces lo aplicaran automáticamente con la única mención de los "perjuicios potenciales y peligros abstractos" sin aludir "a daños concretos a terceros y a la comunidad. Si ello es así, esta figura penal presupondría la peligrosidad del autor, prescindiendo de un necesario nexo causal razonable entre la conducta y el daño ocasionado, asentado en una mera presunción.

La ley convierte y estigmatiza al consumidor con la etiqueta de delincuente y lo castiga no obstante considerarlo víctima de un "vicio" o de "una conducta desviada. Desde la perspectiva del derecho penal, el reproche que describe la ley 23.737 (art. 14, párrafo 2º) recae sobre la persona y no sobre el acto, típico proceder del derecho penal de autor y no de acto, como lo propugna nuestra carta magna.

Es clara la inutilidad de la norma frente a los fines perseguidos (reducir la demanda de estupefacientes y llegar al narcotraficante).

No se ha demostrado que la conducta sancionada tenga consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general ni que el castigo sea un remedio eficiente para resolver el verdadero flagelo existente en torno a la drogadicción.

Son palmarias y comprobadas las consecuencias nocivas de la aplicación de esta norma en materia de derecho de acceso a la salud, etiquetando a quien usa estupefacientes como un "delincuente" y obstruyendo cualquier intervención en materia de prevención y asistencia.

La Argentina no asumió internacionalmente la obligación de "penar la tenencia para consumo" sino que escogió hacerlo porque habían fallado los resortes estatales de los que había echado mano con anterioridad. Tensó la cuerda de los derechos individuales con la esperanza de solucionar el problema. Los resultados de esta opción demostraron, a quince años de la vigencia de la ley 23.737, su fracaso. A pesar de la política de "tolerancia cero" el comercio ilegal de drogas y su consumo han aumentado.

El panorama jurídico ha variado desde la ocasión de "Montalvo" proporcionando nuevos argumentos que justifican la modificación del criterio entonces sostenido por la Corte en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia. Existe la necesidad de interpretar las leyes considerando las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad.

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

Las sociedades cambian, y la fuerza de la Constitución no deriva de la Convención que la redactó, tanto como de la imperecedera capacidad de ser espejo de los intereses del pueblo al que está destinada. Es por ello que aún resuenan, con la misma vigencia que hace casi 200 años, las palabras del juez de la Corte Suprema Norteamericana John Marshall al decir que: "nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando... una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y consecuentemente debe adaptarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos" (caso "Mc. Culloch v. State of Maryland", 17US316, 1819).

No se pretende, minimizar el problema de la narcocriminalidad, ni mirar hacia otro lado, sino tan solo establecer un criterio de racionalidad respecto de la definición de las conductas punitivas en este campo, debiéndose direccionar la política criminal en este ámbito a los reales factores de poder que perjudican y alteran el orden social o sea a los verdaderos mercaderes de la muerte inculcados a la producción, tráfico y venta, como así también al lavado del dinero que esta vil actividad genera en nuestro orden social.

Derecho penal como "última ratio". El uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado.



## **4.2 En contra de la despenalización**

### **4.2.2 Principales argumentos**

Entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin lugar a dudas la tenencia de estupefacientes para uso personal.

Se trata de acciones que pueden configurar conductas exteriores con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria.

El castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no atenta contra el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues esa conducta ofende (al menos potencialmente) el orden, la moral y la salud pública, lo que hace que tal punición sea razonable, en atención a la relación entre bienes jurídicos protegidos y la conducta incriminada.

Se trata, así, de una figura de peligro que, como tal, no requiere la prueba de un daño efectivo, pues basta la probabilidad de que ese evento ocurra, según lo enseña la común experiencia, para sancionar aquélla con finalidad preventiva.

No sólo se protege con la norma la salud pública sino también los valores morales, familiares, y sociales, de la juventud, la niñez y, en última instancia la subsistencia de la nación y de la humanidad toda.

No es "razón legítima" el uso del vicioso, porque la ley no puede considerar legítimo lo que es socialmente disvalioso.

La ley 23.737 no viola derecho o garantía constitucional alguna; y no debe olvidarse que además, se ha posibilitado que quienes incurrían en ese delito puedan encontrar -en el marco de la ley- mecanismos que les otorguen las herramientas asistenciales necesarias para que en lo sucesivo puedan adecuar sus conductas a las normas sociales de convivencia. La norma instrumenta diferentes opciones para la reacción del Estado, por lo que el juzgador frente a estas hipótesis delictivas se enfrenta ante un abanico de opciones que tienen en cuenta una marcada finalidad asistencial con alcance curativo o educativo conforme se desprende de lo normado en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22. El fin, por lo tanto, es particularmente de tipo preventivo y de naturaleza bifronte, esto es, procura evitar los peligros que de estos sujetos se derivan y, también, su propio interés.

Existe la necesidad de que el derecho penal reprima estos hechos, apoyado en la prevención especial y en una política criminal que procura por un lado, evitar daños a la salud pública y a terceros, y por otro, asistir, curar y educar al adicto.

La tenencia de estupefacientes para uso personal es punible porque genera la posibilidad de que otros caigan en la drogadicción ("instigación o convite a quienes no son drogadependientes"), porque previene otros delitos que pudieran cometer los adictos ("gravitación del consumo de drogas en la delincuencia") y porque constituye un ataque a uno de los tramos del comercio ilícito de drogas.

Si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas, lo que equivale a decir que el tenedor de droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico, y por tanto punible.

La toxicomanía, sobre todo en lo relativo al uso de estupefacientes, implica un binomio cuyos términos son el toxicómano y el traficante. Toda legislación debe ir contra ambos, pues se complementan y viven en la simbiosis lamentable del hábito vicioso y el negocio clandestino.

El tráfico de estupefacientes tiene base en los toxicómanos y necesita mantenerse en la clandestinidad para lograr un constante aumento. De allí que todos los esfuerzos de prevención se orientan a la individualización de los viciosos (en miras a su recuperación) y a evitar el ingreso de nuevos adquirentes. La intermediación clandestina se realiza, en sus últimas etapas, a través de sujetos enviciados que satisfacen así dos urgencias que les son características: asegurarse el abastecimiento por el contacto directo con proveedores seguros y facilitar a otros el uso de la droga, necesidad ineludible del narcómano.

Bien es sabido que el toxicómano, en general, no se conforma con el ser vicioso, sino que busca a quien participe de su práctica y empujándolo a tales prácticas no sólo para dar un falso justificativo a lo que, llamaríamos su vicio, sino para hacer de aquél una posible fuente de recursos al posibilitar la compra de la droga.

El tema no puede ser analizado desde la óptica meramente individual, aun cuando la conducta, en apariencia, no trascienda a terceros. La conducta del tenedor no es meramente una relación fáctica entre el sujeto y la cosa, sino que ha sido precedida evidentemente por un realizar, es decir haber hecho actos de adquisición, sea a título oneroso o no, lo que lo coloca en la cadena del tráfico. Y aun cuando se trate del último eslabón en la cadena del tráfico, su accionar siempre implicará al menos, la adquisición de una cosa proveniente de un delito, y de un delito sumamente grave como es el tráfico de estupefacientes, por lo que -salvo situaciones excepcionales- no se trata de meras

conductas individuales intrascendentes a terceros y que no afectan bienes jurídicos penalmente protegidos.

Si bien la penalización o incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no es la solución y que en un contexto diferente hasta sería inconstitucional, es decir con la presencia del Estado en todas las etapas de tratamiento del adicto, de allí que la interpretación de la Constitución Nacional debe ser dinámica, lo cierto es que hoy por hoy la punibilidad de tal conducta opera como prevención especial y general, y en tal sentido un freno a la masividad del consumo.

Los motivos que tuvo el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes se cimientan en cuestiones de política criminal que atañen a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre los cuales el Poder Judicial no puede inmiscuirse so riesgo de arrogarse funciones legislativas.

Con la penalización de la tenencia para consumo personal no se avasalla el principio constitucional de la libertad porque tal prohibición nace de la protección de un bien jurídico (salud pública) que debe estar por encima del interés particular del individuo.

El bien tutelado por la norma no es "disponible", porque interesa a toda la colectividad y como tal resultaría absurdo que se lo excluyese de protección sobre la base de una interpretación legal extensiva o restrictiva del texto, aun cuando lo sea en beneficio de un procesado.

La reforma constitucional del año 1994 y la incorporación, con jerarquía constitucional, de tratados de derechos humanos, ahoga el espacio de eventuales interpretaciones que

conduzcan a afirmar la constitucionalidad del castigo de la tenencia de estupefacientes destinados al consumo personal.

Buscar darle a la ley un sentido no expresado por su texto literal, es dilatar su letra, porque extiende su alcance más allá de sus palabras, o restringirlo en contra de ellas, lo que lleva a la aplicación de la ley penal más allá o menos aquí de sus verdaderos límites, cercenando los fines no queridos. Y cuando se va más allá de lo dicho por la letra de la ley o se conculca su espíritu, no puede hablarse ya de labor interpretativa.

No debe darse más alcance al llamado elemento político-social que el de adecuar la norma penal a la concepción unitaria resultante del orden jurídico. Si la ley dice que efectivamente hay que penar al toxicómano, guste o no guste ello, cualquier interpretación política a cargo de los jueces que haga decir lo que la ley no expresa, se adentra en una zona peligrosa y contraría a los postulados básicos de la disciplina.

### **4.3 Corresponde penar la conducta analizada o no, según las circunstancias de cada caso en particular**

#### **4.3.3 Principales argumentos**

El legislador, si bien quiso penalizar la tenencia de escasas cantidades de estupefacientes para consumo personal en ningún momento hizo referencia a que ello sería punible "cualquiera fuera el ámbito en que dicha tenencia ocurra".

No toda tenencia para consumo personal puede ser penada, pues cuando una conducta no trasciende a terceros, no alcanza a afectar el bien jurídico tutelado. Debe analizarse entonces en cada caso en particular no sólo la cantidad de la sustancia incautada, sino también si fueron ostentadas públicamente por el imputado y si existió una afectación a terceros.

El "principio de festividad" proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto.

Resulta constitucionalmente exigible atender al contexto en que se verificó la tenencia de la droga destinada al uso personal, para determinar si la actividad concreta que se analiza puede reputarse representativa del riesgo para la salud pública. Puede considerarse que existe un riesgo potencial que justifica esa incriminación penal cuando la tenencia de la sustancia no se adecua a una actividad de consumo privado e individual, y se enmarca en una situación de consumo potencialmente dañosa o de posible difusión indeterminada de los estupefacientes.

La escasa cantidad de droga secuestrada -aún dentro del ámbito privado del domicilio- no descarta la existencia de riesgo de difusión de la sustancia que trascienda de la actividad estricta de consumo individual. Este es el caso, por ejemplo, del sujeto al que, por un lado se

le secuestró escasa cantidad de marihuana hallada en la heladera de su domicilio, pero además poseía en su balcón plantas y semillas para producir estupefacientes (cfr. "Corsario").

La exigencia de que se constate esa situación de riesgo no significa incorporar elementos en el tipo penal -un resultado exterior a la conducta- que no fueron incluidos en la descripción efectuada en la ley. Es que no se trata de que se produzca un efectivo peligro como si fuera un delito de peligro concreto, en los que el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión, sino de analizar la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano.

En particular, sobre la posibilidad de propagación de la droga a través del consumo cabe reparar en que, aun cuando se haya afirmado que es un dato extraído de la experiencia general en esta materia, no se presenta en algunos casos en los que se evidencia con claridad que el sujeto tenía esa sustancia para ser usada en privado y/o sin involucrar a un conjunto indefinido de individuos. Esa tenencia no puede considerarse atrapada por el tipo penal descripto en el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737, porque ha quedado descartado el riesgo potencial para la salud pública que puede fundamentar la punibilidad de ese tipo de hechos.

La justicia debe tomarse el trabajo, que por otra parte le compete, de analizar caso por caso, teniendo en cuenta los elementos probatorios que deben producirse en toda investigación practicada con capacidad y diligencia propias de la instrucción de cualquier sumario, y juzgarlos a las luces de esta clara interpretación de la ley que respeta no sólo

las garantías constitucionales, sino también ciertos principios básicos de un derecho penal de culpabilidad.

La fría exégesis de la ley penal en pleno estado de derecho resulta inaceptable, ya que por ese camino se abre paso un sinuoso sendero que cada vez se va acercando más a la aceptación de la responsabilidad objetiva, hoy vigente en más de una disposición legal y sobre todo en aquéllas que se refieren a los delitos de peligro abstracto que poseen trasfondos moralizantes.



## **CONCLUSIONES**

### **CRITICAS AL PERFECCIONISMO**

Si aceptamos que la mejor interpretación es la restringida, habilitaríamos a que el gobierno de turno nos imponga el plan de vida que considere más adecuado, sin importar nuestras preferencias. Cada acto nuestro, sin importar si daña a terceras personas, podría ser prohibido. Si el Estado fundamenta su modelo de virtud en la moral social, como propone Devlin, no habría lugar para minorías y el riesgo de que nos impongan modos de vida poco razonados estaría latente. Como ejemplo de la peligrosidad de esta idea, basta recordar la justificación moral de las leyes nazis. Aún si se guiaran por la moral ideal o crítica, ¿cuál sería el método para acceder a tal conocimiento?

Por otra parte, de admitir la interpretación restringida, la segunda parte del artículo 19 perdería todo sentido, y las acciones privadas a que refiere la primera parte de dicho artículo, que son aquellas que se benefician de la tutela constitucional, serían escasas. Ya que, de tener que superar el doble filtro, las acciones privadas se convertirían en públicas y eso habilitaría al Estado a reglamentarlas en el sentido que su moral le indique.

## ARGUMENTACIÓN LIBERAL

Consideramos que la interpretación correcta del artículo 19 de la Constitución Nacional es la amplia, es la que propone el modelo liberal. Para presentar nuestros argumentos vamos a utilizar la teoría de la interpretación de Dworkin (1990) que dice lo siguiente:

Una teoría de la interpretación se divide en dos partes. Una parte perfecciona y desarrolla la idea de que una interpretación debe adecuarse a los datos que interpreta. Por otro lado, una segunda parte de la teoría tácita de la interpretación de cualquier juez será completamente independiente de esas cuestiones formales. Comprenderá los ideales sustantivos de la moral política que determinan si se ha de preferir una interpretación putativa, porque muestra mejor la práctica jurídica, desde el punto de vista de la justicia sustantiva (Dworkin, 1990, p.29).

Iosa (2013) expresa que a partir de la primera parte de la teoría de Dworkin surge que la interpretación propuesta debe ajustarse suficientemente a los textos, los precedentes y en general a la historia institucional del derecho en cuestión. En ese sentido podemos mencionar:

- La génesis del actual texto del artículo 19, la encontramos en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la que se expresan los principales ideales del Liberalismo, la separación de poderes, la participación política, *el respeto a los derechos individuales*, y la *libertad* como máxima expresión de la dignidad humana. Entre sus normas también se encuentra el

siguiente enunciado: la necesidad de la ley se deriva del hecho que, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, tiene sólo aquellos límites que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Consideramos que estos ideales son los que busca transmitir nuestra Constitución Nacional.

- El pensamiento actual de la Corte es a favor de la lectura amplia, ya mencionamos que históricamente, ha alternado entre diversas interpretaciones del artículo 19 y por lo tanto su mirada podría cambiar. Pero consideramos que igualmente es un argumento relevante, especialmente a partir de las razones que esgrimió el Alto Tribunal al momento de fallar en sentido liberal. Destacamos las siguientes:

- 1- El artículo 19 impone límites a la actividad legislativa, consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. El artículo 18 es el encargado de velar por las acciones que se realizan en la intimidad.<sup>36</sup>

- 2- Las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho, de que el Estado decida prohibirlas, es decir, por su inclusión en una

---

<sup>36</sup> C.S.J.N., “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, Fallos 308:1392 (1986). <sup>32</sup> C.S.J.N., “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, Fallos 308:1392 (1986).  
Voto del Dr. Petracchi.

norma jurídica. Si se prohíbe legalmente, se estaría afirmando que la primera parte del art. 19 no tiene otro alcance que el de su parte segunda, es decir, que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. Lo que convertiría al art. 19 de la Constitución Nacional en una mera tautología.<sup>32</sup>

3- 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. El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal.<sup>37</sup>

Más allá de lo convincente de nuestras afirmaciones, nuestra interpretación podría recibir algunas objeciones en función de las variadas direcciones que a lo largo de la historia, ha elegido la doctrina, además de la falta de un único criterio en las decisiones de la Corte. Si bien, apelando al principio de autoridad, destacamos como una razón válida, que la interpretación amplia del artículo 19 es la vigente en la opinión del Máximo Tribunal, esto en el futuro podría cambiar e ir en diferente sentido.

Para evitar dichas refutaciones debemos ofrecer argumentos independientes para respaldar lo ya expuesto sobre nuestra posición, para lo cual, siguiendo la segunda parte de la teoría de Dworkin, debemos encontrar la adecuada lectura del artículo 19 en función de cuál es la mejor lectura de la Constitución desde el punto de vista moral, y esto, a su vez, a si tenemos razones para optar por el liberalismo, por el perfeccionismo o por alguna lectura intermedia o alternativa como sería analizar caso en particular.

---

<sup>37</sup> .S.J.N., “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”, Fallos 332:1963 (2009). Voto del Dr. Lorenzetti.

En este punto Kant (2002) nos dice lo siguiente: *“una acción confiere valor moral al agente en tanto la razón por la que la persona la realiza es el hecho mismo de que esa acción es valiosa”* (Cit. en Iosa, 2013, p. 20).

Por lo tanto consideramos, en favor de la interpretación liberal, que si una acción o una omisión, nos es impuesta por otros, entre los cuáles se encuentra el Estado, entonces su realización no aporta a la virtud de nuestro carácter. Esta idea tiene aún mayor relevancia, si lo que se nos impone no es sólo una acción sino un modo de vida (Iosa, 2013).

A partir de lo mencionado, podríamos ya aseverar que la interpretación liberal es la adecuada para el artículo 19, y la que guarda un mayor respeto por el espíritu de la Constitución Nacional. Por lo tanto aquellas personas que tengan estupefacientes para consumo personal, y la consideren su plan de vida, no deben encontrar limitaciones por parte de terceros, entre los que se incluye al Estado, siendo este último el encargado de proveer las herramientas necesarias para el correcto ejercicio de la actividad, de tratamiento del enfermo y de garantizar el goce de todos los derechos.

## **REFLEXIÓN FINAL**

De todo lo hasta aquí expuesto, se arriba a la conclusión de que no se puede dejar de advertir sobre la urgente modificación de la ley 23.737 y la sanción de un nuevo régimen penal de estupefacientes argentino. La novedosa normativa de fondo se deberá adecuar a los estándares constitucionales, sobre todo en lo concerniente a la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Ello para permitir consagrar un sistema de justicia penal racional, justo, proporcional, y fundamentalmente, respetuoso de todos los derechos y garantías constitucionales prescriptos por nuestra Carta magna.

Para finalizar esta conclusión, quiero decir que estoy plenamente convencido que el cambio cultural – educativo de comprensión del fenómeno es igual o más importante que el cambio legislativo por sí solo.

He puesto todo mi esfuerzo entonces para que este aporte pueda servir para ambos fines.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Jurisprudencia**

- C.S.J.N., "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080", Fallos 332:1963 (2009).
- C.S.J.N., "Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes", Fallos 308:1392 (1986).
- C.S.J.N., "Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes", Fallos 300:254 (1978).
- C.S.J.N., "Montalvo, Ernesto Alfredo P.S.A. Infracción Ley 20771", Fallos, 313:1333 (1990).
- C.S.J.N., "Capalbo, Alejandro C. s/ Tenencia de Estupefacientes", fallos, 308:1468 (1986).

### **Legislación Argentina**

- Constitución de la Nación Argentina
- Ley 23.737, Régimen de Estupefacientes
- Código Penal de la Nación Argentina

### **Legislación Internacional**

- Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano 1789.
- Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas 1988.

## Doctrina

- TERRAGNI, M. A., *Régimen Penal de los estupefacientes*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 1989, pág. 163.
- TERRAGNI, M. A., ob. cit. pág. 169.
- SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino*”, Tea, T IV, pág. 575.
- FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo Perrot, Bs As., 1966, T VI, pág. 364.
- FERRAJOLI L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 856 y sgtes.
- EBERHARD STRUENSEE, “Los delitos de tenencia” en *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, en coautoría con JAKOBS, G., Hammurabi, pág. 107 y sgtes. <sup>2</sup> STRUENSEE E., ob, cit. pág. 111.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La expansión de derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales” segunda edición, Ed. Civitas.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl “Derecho Penal Parte General”.
- DWORKIN, R (1978). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- DWORKIN, R (1990). *Retorno al Derecho Natural*, en J. Betegón y J. De Páramo, eds., *derecho y moral, ensayos analíticos*. Barcelona: Ariel.



**ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	BRANDONE, CARLOS MANUEL
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	35.431.511
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	MANUELBRANDONE878@HOTMAIL.COM
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el</i>	

<p><i>caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	
--	--

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	X

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:** CORDOBA, 23 DE FEBRERO DE 2016

Brandone, Carlos Manuel

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

\_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

