

“La tenencia de estupefacientes para el propio consumo y  
la autonomía personal: un enfoque alternativo”



Por Nahuel GALLEGOS CASTILLO

Universidad Siglo 21

Trabajo Final de Graduación

Abogacía

2017

## RESUMEN

El presente trabajo consiste en presentar un enfoque alternativo respecto del paradigma imperante en relación al consumo de drogas, tomando como eje fundamental los principios que pueden extraerse del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Para lo cual resulta de una importancia mayúscula considerar el siguiente interrogante: ¿Es la tenencia de estupefacientes para consumo personal una de las acciones privadas de los hombres? Las conclusiones a las que arriban los juristas en la materia no son coincidentes respecto del contenido y alcance de la garantía que la mentada norma constitucional esboza. Asimismo, se procederá a considerar si la acción típica “tener”, contenida en el artículo 14 de la ley 23.737, puede ser pasible de sanción penal o, por el contrario, si la tenencia implica una conducta que se encuentra contenida dentro del recinto de privacidad de las personas, no pudiendo en ese caso ser limitada o impedida por terceros o el Estado.

Palabras clave: estupefacientes, autonomía personal, privacidad.

## ABSTRACT

This paper presents an alternative approach to a prevailing paradigm related to drug consumption, taking as fundamental axis the principles that can be extracted from article 19 of our National Constitution. For which it is of a capital importance to consider the following question: Is the possession of narcotics for personal consumption one of the private actions of men? However, the conclusions reached by jurists on this subject do not agree with the scope of these guarantees recently mentioned in relation with the consumption of narcotics. Therefore, it will be considered if the typical action of "possession" included in the 14th article on the Law 23.737, could be punishable by criminal penalties or, on the other hand, if the tenure implies a behavior belonging to personal privacy, being in that case, incapable to be persecuted by the law.

Key words: narcotics, personal autonomy, privacy.

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO I .....	8
LOS ESTUPEFACIENTES: QUIÉNES LOS UTILIZAN Y QUIÉNES LOS PROHIBEN .....	8
1.1.- Los estupefacientes: acepción y distinción.....	9
1.2.- El hombre y su relación con las sustancias: breve análisis.....	11
1.3.- El consumidor.....	13
1.4.- ¿Cómo podríamos interpretar el artículo 19 de la C.N.? .....	16
• La tesis perfeccionista.....	16
• La tesis liberal .....	18
1.5 Conclusiones parciales .....	19
CAPÍTULO II.....	20
EL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES Y LA AUTONOMIA PERSONAL .....	20
2.1.- Historia de la tenencia para consumo personal.....	22
2.2. La acción típica del artículo 14 de la ley 23.737.....	23
2.3.- La autonomía personal.....	27
2.4.- Diferencia entre privacidad e intimidad.....	30
2.5.- Conclusiones parciales .....	33
CAPÍTULO III.....	34
EL DAÑO PROVOCADO Y EL BIEN JURÍDICO.....	34
3.1.- Tipos de daño y su relación con la intervención estatal.- .....	35
3.2.- ¿Existe una lesión al bien jurídicamente protegido? .....	38
3.3.- Los delitos de peligro abstracto .....	41
3.4.- El Principio de la Insignificancia.- .....	42
3.5.- Conclusiones parciales .....	44
CAPÍTULO IV .....	45

PARADIGMAS ALTERNATIVOS EN EL MUNDO ACTUAL Y SUS RESULTADOS .....	45
4.1.- Suiza y Contact Netz: un modelo de inclusión social que funciona.- .....	47
4.2.- Uruguay: a la vanguardia en el abordaje de la ley.- .....	49
4.3.- Conclusiones parciales .....	52
CONCLUSIÓN.....	53
LISTADO DE BIBLIOGRAFIA.....	57
Doctrina.....	57
Doctrina publicada en internet.....	57
Jurisprudencia.....	58
Legislación nacional.....	58
Legislación comparada.....	58
Tratados internacionales.....	58
Publicaciones extraídas de internet .....	59

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende considerar si el consumo de estupefacientes es una acción que puede ser catalogada como privada o si la misma tiene trasciende esta última. En el primer caso, caso dicha actividad se encontraría amparada por el recinto de protección que el Art. 19 de nuestra Constitución Nacional le confiere a cada ciudadano como manifestación de la autonomía de la voluntad y en consecuencia debería ser excluida de la intervención y posterior sanción por parte del Estado. Ahora bien, si nos pronunciamos por la segunda alternativa, la tenencia de estupefacientes para su posterior consumo se encontraría fuera de la protección de la mentada garantía y su prohibición sería una sanción en concordancia con la Carta Marga.

Ahora bien, a los efectos de pronunciarse por una u otra alternativa debemos en primer lugar mencionar y analizar las posibles interpretaciones que el texto contenido en la primer parte el artículo 19 de la C.N. permite. Luego, estimo que es menester sopesar otras aristas las cuales pueden inclinar la balanza en uno u otro sentido; quiero decir, no sólo el estudio exegético de las normas implicadas debería estar en juego, sino que podríamos analizar si los fines perseguidos son alcanzados por el legislador al momento de penalizar la tenencia de drogas, si existe el daño o peligro al bien jurídicamente protegido, si dicho daño reviste la entidad suficiente para limitar la privacidad del usuario, y si no existe otros métodos o alternativas menos lesivas para conseguir resultados más promisorios en materia de drogas, etc.

La situación actual en nuestro país, y en gran parte de Latinoamérica, evidencia un incremento en el consumo de sustancias que el Estado considera como estupefacientes. Este fenómeno en sí mismo puede arrojar duda sobre la efectividad de la prohibición de tal conducta por parte del Derecho Penal. Además, se encuentra como aditamento que las consecuencias colaterales del artículo 14 de la ley 23.737 poseen una entidad considerable, las cuales no deben dejar de tenerse en cuenta al momento del análisis, ya que el impacto que de ella se deriva en la sociedad, puede ser de mayor envergadura que el generado por la conducta reprochable individualmente. Como lo señala Nino (1979), las organizaciones delictivas que tejen redes criminales, incluso de

carácter internacional, incrementan su poderío a la luz de una actividad que es altamente lucrativa como consecuencia de la proscripción legal de la misma; como lo fue en el caso de la fabricación y venta de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos durante los años '20.

Cabe aclarar que el análisis que se realizará se enfoca en el consumidor, y no en aquellos que realizan la producción y distribución.

En los tiempos que corren, aquel ciudadano que tenga en su poder sustancias confiscables, es pasible de sanción penal y en consecuencia pasible de cumplimiento de condena en establecimiento carcelario. Debemos hacer la salvedad que en los artículos 17, 18 y 21 de la ley 23.737 se alude a la sustitución de la pena por una medida de seguridad orientada a la rehabilitación del sometido a juicio.

Autores como Nino y Zaffaroni han considerado que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no tiene posibilidad de atravesar el test de constitucionalidad a la luz del primer párrafo del artículo 19. Por otro costado, se encuentran juristas como Ricardo C. Nuñez que consideran que la misma se encuentra en concordancia con los preceptos emanados de la Carta Magna.

De modo que la cuestión parece radicar, en principio, en determinar si la tenencia de drogas para su posterior consumo se encuentra dentro de la órbita privada del individuo sin que éste dañe ningún bien jurídico o, por el contrario, es una acción que no puede quedar al margen del control punitivo del Estado. Como lo destaca Soler (1992), se reconoce la existencia de una garantía de incalculable valor contenida en el mentado artículo, pero las aguas se dividen y es materia de polémicas al momento de determinar cuál es el alcance y extensión.

En otra crítica que se puede sostener en contra de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal se puede mencionar lo siguiente: en nuestro derecho penal nos encontramos con figuras típicas que ordenan o prohíben determinadas conductas que tienen por finalidad la salvaguarda de un bien jurídico. Dentro de la ley 23.737 se encuentra protegido, básicamente, el bien “salud pública”, lo que implica que

deberemos establecer si la acción tipificada de consumir estupefacientes atenta y lesiona el bien jurídicamente protegido.

Se intentará definir si la tenencia de estupefacientes para propio consumo debe excluirse del alcance del poder punitivo del Estado o no, presentando como hipótesis que la tenencia es un acto que se encuentra en la órbita de la privacidad, la cual no se circunscribe sólo a la intimidad del sujeto, no presentando un daño al bien jurídicamente protegido por la baja significancia que tal conducta presenta al no ser exteriorizada y por ello no afectaría derechos ni bienes de terceros.

Todo lo expresado hasta aquí pretende generar un pequeño aporte para reconfigurar el análisis en materia de consumo de estupefacientes, permitiendo comenzar a transitar un nuevo camino que nos dirija hacia un nuevo horizonte en el que la solución incluya el respeto por las elecciones que hace el consumidor en el ejercicio de su libertad individual. Para ello, estimo útil distinguir entre usuarios recreativos y problemáticos ya que tal distinción podría arrojar mayor certeza para determinar en qué casos se produce un daño en la salud del consumidor, de lo que se deriva que la ausencia de un menoscabo físico o psíquico indica que el Estado no debería interceder dicho consumo. En el primer caso, estamos ante una elección personal, individual y en ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir un plan de vida, con sus aciertos y sus errores, los cuales acarrearán consecuencias que el propio individuo deberá afrontar y considerar. En el segundo supuesto, es ahí donde se propone colocar el foco de atención para cambiar el eje desde la criminalización del consumidor, alojada en la órbita del derecho penal, hacia la contención e inclusión del mismo a través de políticas de salud públicas, otorgando así un espacio destinado a facilitar el proceso que permita al usuario problemático abandonar voluntariamente una conducta que él mismo considera que atenta contra su ser. Ya que, según estimo, no debería incriminarse a aquella persona que padece lo que podríamos considerar una enfermedad.

A tales efectos, se presentarán cuatro grandes secciones, la primera consistirá en delimitar el concepto de estupefaciente o droga, para luego comprender la relación de los mismos con el hombre, dando lugar a distintos perfiles de consumidores y usuarios a

los cuales les cabría una diferenciada atención y, en caso de uso problemático, la adecuada contención que el camino hacia la recuperación demanda.

Seguidamente, en el capítulo dos se abordará la base sobre la cual se intentará edificar el argumento jurídico que ponga de manifiesto la discordancia que puede advertirse entre el artículo 14 de la ley 23.737 y sus modificaciones, y la Constitución Nacional: la autonomía personal y el principio de reserva.

Luego, en el tercer apartado se hará hincapié en determinar cuál es el daño provocado que se considera que debería escapar a la intervención estatal y su relación con el bien jurídicamente protegido.

Finalmente, en el cuarto capítulo se mencionarán diversos ejemplos de legislaciones que intentan o han salido de cruzada prohibicionista, colocando la lupa en la atención al consumidor problemático y su derivación al ámbito de la salud pública.

A tales fines, la investigación radicará en la exploración de datos para luego poder realizar una descripción del estado actual de la problemática abordada, la cual permitirá catapultarnos hacia los objetivos que se describirán en detalle. En consecuencia se recolectará información de fuentes primarias, siendo las mismas las leyes implicadas, y fuentes secundarias compuestas por fuentes periodísticas y doctrina en la materia. A lo que se suma la jurisprudencia que mayor relevancia pública ha tenido, marcando el camino zigzagueante que el criterio de la Corte Suprema de Justicia ha ido construyendo. Además, un análisis de ensayos que se han realizado en otros países para salir del prohibicionismo y evitar las consecuencias colaterales del mismo.

## **CAPÍTULO I**

### **LOS ESTUPEFACIENTES: QUIÉNES LOS UTILIZAN Y QUIÉNES LOS PROHIBEN**



En el presente capítulo se abordará en primer término el concepto de estupefaciente y lo que se deriva de la precisión de ese término; luego una breve alusión al uso que el ser humano le ha dado a los psicotrópicos en diversas culturas a lo largo del tiempo; en tercer lugar se intentará discriminar y establecer ciertos caracteres de los tipos de consumidores o usuarios de drogas; y por último, se intentará desentrañar el paradigma prohibicionista mediante la descripción de posibles perspectivas políticas-filosóficas. Todo ello persigue como propósito el arrojar luz sobre el génesis de la cruzada farmacológica - en términos de Escotado –pues ello nos ayudará a avanzar hacia una visión crítica del problema planteado.

Luego es necesario hacer una aclaración que considero de una importancia mayúscula: no todos los consumidores son iguales. Por lo cual, se intentará delimitar las cualidades de cada tipo a los fines de tener una mayor claridad al momento de analizarlos. Lo que conlleva en alguna medida la tarea de mencionar cuáles son los caracteres de la mirada prohibicionista desde distintos enfoques.

### 1.1.- Los estupefacientes: acepción y distinción.

Según el diccionario de la Real Academia Española, estupefaciente es aquella sustancia que altera la sensibilidad y puede producir efectos estimulantes, depresivos, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción.

En la redacción del art. 77 del Código Penal, 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.

Teniendo como eje esta definición, existe un gran número de sustancias que serían alcanzadas por la misma, lo que no implicaría necesariamente que su consumo se encuentre proscripto. En efecto, existen diversos alimentos y bebidas de consumo habitual entre nosotros que ingresarían sin ofrecer resistencia al recinto de la descripción más arriba mencionada. Así, podríamos nombrar, de modo

ejemplificativo, al azúcar, el café y la yerba mate por un lado; al tabaco y al alcohol por el otro. Éstos últimos, con impactos nocivos para la salud ampliamente demostrados. Tampoco debemos dejar de mencionar a lo producido como consecuencia de la industria farmacéutica.

En consecuencia, cabe hacernos la siguiente pregunta ¿Qué determina que ciertas sustancias se encuentren confinadas a la prohibición y otras sean admitidas por una norma?

Como necesaria respuesta al interrogante vertido, se encuentra como último antecedente la lista de sustancias confiscables emitida por la Convención Única sobre estupefacientes celebrada en la ONU en 1961, en la cual se detallan aquellas que su producción, transporte, comercialización, uso y tenencia se encuentran restringidos o prohibidos.

Considero que arroja claridad al respecto lo expuesto por Antonio Escotado al detallar las argumentaciones tenidas en cuenta al momento de determinar qué sustancias serían denominadas estupefacientes:

*La argumentación objetiva antigua entró en crisis cuando toxicólogos de todo el mundo coincidieron en declarar insostenible el concepto oficial de estupefaciente, y el propio Comité de Expertos de la OMS se desentendió de él por considerarlo «acientífico». Nadie pudo precisar en términos biológicos, neurológicos o psicológicos por qué se llamaban estupefacientes ciertas sustancias, y por qué no eran consideradas del mismo modo otras (Escotado, 1998, pág. 868).*

Ante tal inconveniente, el citado autor prosigue:

*Su concepto pasó a ser estrictamente ético-legal, reflejado en un sistema de elencos o Listas que marcaban la transición del simple control previo a la prohibición ulterior. En adelante, las leyes no necesitarían —ni en el período de deliberaciones previas ni en sus exposiciones de motivos— aclarar farmacológicamente cosa alguna; verbigracia: por qué el alcohol, las anfetaminas o los barbitúricos eran artículos de alimentación o medicinas, mientras la marihuana y la cocaína eran artículos criminales. Puesto que eso conllevaba un elemento de arbitrariedad, la solución última y todavía vigente fue declarar que todos los Estados debían velar por el estado anímico de sus ciudadanos, controlando cualesquiera sustancias con efectos sobre su sistema nervioso (Escotado, 1998, pág. 868).*

En consecuencia, en esta instancia se podrían presentar dos interrogantes: el primero, iría dirigido hacia la certeza respecto de los daños que se les adjudican a todas las drogas ilegales en su conjunto. Y en segundo término, la duda recae sobre la solución adoptada por el sistema jurídico. Es decir, si las consecuencias de las medidas dispuestas para influir sobre los integrantes de la sociedad, para que dejen de utilizar las sustancias o eviten transformarse en adictos, no son más perjudiciales que el “daño” que se auto infligen los usuarios.

Antonio Escotado ayuda a clarificar lo expuesto con un pequeño ejemplo:

*Hacia 1910, los usuarios norteamericanos de opiáceos naturales eran personas de segunda y tercera edad, casi todas bien integradas a nivel familiar y profesional, ajenas a incidencias delictivas; hacia 1980 son en buena parte adolescentes, que incumplen todas las expectativas familiares y profesionales, cuyo hábito justifica un porcentaje muy alto de los delitos cometidos al año. ¿Han cambiado los opiáceos, o más bien han cambiado los sistemas de acceso a esas sustancias (Escotado, 1998, pág. 869)?*

## 1.2.- El hombre y su relación con las sustancias: breve análisis.

No podemos dejar de tener presente una cuestión muy relevante y que requiere al menos ser tenida en cuenta antes de seguir avanzando: en la historia hasta ahora conocida de la humanidad, un gran número de civilizaciones han tenido relaciones con la ebriedad provocada por sustancias psicotrópicas.

El ejemplo más claro es el vino que Jesús bebe en la última cena junto a sus apóstoles. Este hecho adquiere relevancia plena en el catolicismo, tal es así que durante la celebración de la misa el sacerdote rememora aquel momento bebiendo vino de un cáliz en el altar frente a todos los congregados y luego come la ostia. Incluso, llegándose a identificarlo con la “sangre de Cristo”.

Antonio Escotado (1998) expresa que ya en el Antiguo Egipto existían al menos quince tratamientos médicos que utilizaban cerveza o vino.

También este último constituye una bebida nombrada asiduamente en la “Odisea”, uno de los textos más famosos atribuido al poeta griego Homero. Incluso existía en Grecia un dios al cual se veneraba por ser el patriarca de la embriaguez y las orgías: Dionisio.

Retomando el relato bíblico, es dable mencionar en el libro del Génesis cuando se describe a Noé bailando desnudo luego de probar la bebida proveniente de la vid que cultivó tras el Diluvio<sup>1</sup>.

Los más antiguos restos de fibra de cáñamo han sido encontrados en China. Asimismo, el opio fue un producto exótico reservado a las clases altas del país aludido. En la península indostánica, por lo menos en el siglo XV A.C se conocía y celebraba el uso del cannabis en sus diversas formas (Escohotado, 1998).

Asimismo es interesante la distinción que Escohotado presenta al hablar de ebriedad provocada por una sustancia. Por un lado la ebriedad de posesión o raptó *“que se realiza con drogas que «emborrachan», excitando el cuerpo y aniquilando la conciencia como instancia crítica, no menos que la memoria. Sus agentes son fundamentalmente las bebidas alcohólicas y las solanáceas psicoactivas”*; y por el otro a la ebriedad extática *“que se realiza con drogas que desarrollan espectacularmente los sentidos, creando estados anímicos caracterizados por la «altura» (...) que se distinguen de los agentes empleados para las ceremonias de posesión por una toxicidad muy baja y una gran actividad visionaria”* (Escohotado, 1998, pág. 35).

La nómina de civilizaciones que utilizaron drogas con fines rituales, médicos, religiosos y recreativos, es tan grande y diversa que excede el presente Trabajo Final. Por ese motivo, sólo se nombraron algunos ejemplos de manera azarosa con el objeto de intentar eliminar por un momento el tabú que rodea al tema y permitirnos considerar la posibilidad que el ser humano haya tenido un vínculo ancestral con la embriaguez en sus más diversas formas, el cual podría haber impregnado la materia prima cultural de aquellas civilizaciones.

---

<sup>1</sup> Génesis, 9.20-21.

Esta breve alusión ha sido introducida con el objeto de tentar al lector a cuestionarse seriamente la cosmovisión imperante en la actualidad referida a la relación del ser humano con las drogas. Si podemos observar que este vínculo posee un origen que no puede ser determinado con precisión ya que el mismo se funde entre mitos y leyendas, quiere decir que durante milenios el hombre, por motivos diversos, ha tomado contacto con elementos de la naturaleza que lo inducían a estados de conciencia no ordinaria, los cuales son rodeados por rituales derivados del culto. Por lo tanto, si el consumo de sustancias psicotrópicas se encontraba alojado en la médula espinal de ciertas culturas antiguas, como las mencionadas en el presente apartado, no sería descabellado plantear que esa relación ha acompañado al ser humano a lo largo de su desarrollo cultural, siendo truncado muy recientemente con el paradigma que considera a todas las drogas en su conjunto como un veneno a erradicar.

En consecuencia, amén de los debates jurídicos, el uso de estupefacientes ha sido una tradición de larga data. Posiblemente sea ése el motivo por el cual muchas personas a lo largo y ancho del globo no renuncian a continuar con ella, por eso mismo considero que debería ser tenido en cuenta al momento de replantearse si la tenencia de drogas para el propio consumo es una acción que debe ser prohibida.

### 1.3.- El consumidor.

El consumidor ha sido constituido como el protagonista principal dentro del diseño del control social, y fue representado por medio de estereotipos asistenciales y criminales que alternan entre la enfermedad y la delincuencia (Neuman, 1994). O, como consecuencia de un supuesto “saber” que delimita las actitudes y la personalidad del usuario pero no desde la objetividad, porque como dice Neuman (1994, pág. 121) *“la ciencia no es neutral ni apolítica, y sería preciso verificar no tanto dónde se genera sino cómo es producida, manipulada y difundida”*.

Asimismo, hay personas que, debido al bombardeo desinformativo creen que la reacción química que las drogas producen en el sujeto es el vaso comunicante con el

delito. Estos estereotipos disparan la reacción marginadora, represiva, que legitima el control social criminalizador (Neuman, 1994).

Otro gran problema al hablar de drogas es que, en palabras de Neuman:

*La terminología se reduce a: “el problema social”, “flagelo”, “lacra”, “epidemia”, y a agregar el aditamento “narco” a los que es ya una suerte de narcocultura.*

*Varios estereotipos se exponen, con preciosismo expositivo, en centros muy sensibles. Se sacude a las escuelas y colegios, aun con las mejores intenciones, y se habla de “la droga” como si todas, duras, blandas, sintéticas, vegetales, fueran una única y misma cosa. Como si todas tuvieran el mismo quimismo y causarían iguales efectos. Esos estereotipos tipifican personas, actitudes, consecuencias de modo incuestionable, absolutas y generalizables (1994, pág. 135).*

Es de gran importancia que tengamos en cuenta que los motivos por los cuales una persona puede tomar contacto con alguna droga en particular obedecen a razones de la más diversa índole, y que posteriormente pueden determinar la relación de ese consumidor con la o las sustancias.

A los fines de profundizar en la cuestión, es posible distinguir entre tres tipos de consumidores: a) en primer lugar, aquellos que no tienen en consideración los efectos perjudiciales para su salud, considerada en forma integral, que el consumo de ciertas sustancias pueden provocar y que las relegan, privilegiando los intereses que satisfacen por medio de dicha acción; b) seguidamente, se encuentran aquellos que valoran en gran medida su salud psico-física, pero que no teniendo un conocimiento acabado sobre los efectos del estupefaciente que consume acaban provocándose un daño no deseado; c) por último, podemos mencionar a aquellas personas que se encuentran conscientes del deterioro que su cuerpo experimenta con la continuidad del hábito pernicioso y que no pueden evitar su accionar por encontrarse subsumidos en el mismo (Nino, 1979).

En el primer tipo de los mencionados anteriormente, nos encontramos ante sujetos que tienen pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y que tienen el deseo firme de continuarlos y que en la valoración de intereses sopesa más la satisfacción del consumo por encima de otros que algún individuo de la sociedad o ella en su conjunto consideran como supremo.

En el segundo caso, como indica Nino (1979) la prohibición sería absurda. Ya que el remedio para superar el escollo recae claramente en informar a la población sobre los efectos reales y que se hallasen comprobados plenamente, además de otorgar elementos que permitan a los destinatarios juzgar libremente sobre la satisfacción del interés y las consecuencias que pudiera acarrear la misma. De esta manera, quien desee incursionar en la experimentación con estupefacientes como resultado de las más diversas causas (recreativas, de esnobismo, imitación, problemática social, exclusión, abandono, etc.) podría conocer qué sustancia provoca determinados efectos en su psiquis y cuáles son las consecuencias de esa experiencia. Sería incluso una solución de carácter constructivo de gran importancia para aquellos que se arrojan a la utilización de drogas de pésima calidad, cuestión que la clandestinidad permite profundizar, elaboradas con residuos tóxicos provenientes de la fabricación de otras como lo es la pasta base, que posee un poder adictivo de gran magnitud, y que podrían sustituirlas por otras en las cuales el daño es mucho menor. Sobre esta temática, llamada “reducción de daños”, nos explayaremos más adelante.

Finalmente, en la última situación descrita, se nos presenta un escenario en el cual, penalizar al consumidor, cuando éste se encuentra frente a una posición de desamparo y desprotección provocada por su incapacidad para tomar las riendas de sus propios actos, tiene aún menos sentido que en segundo de los grupos mencionados. Es decir, cuando el usuario de drogas se encuentra empapado totalmente por el poder de atracción que la sustancia ejerce sobre su mente o su cuerpo, la sanción del fuero penal no va a provocar su desmotivación, no va a compelerlo a abandonar el hábito ya que su voluntad en ese caso se encuentra mermada.

Aquí podría avizorarse uno de los motivos que sustentan la crítica a la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal; si bien no se relaciona de manera directa con la inconstitucionalidad planteada, aportan elementos que permiten reconsiderar la medida utilizada para disminuir el consumo. Me refiero a que utilizar el monopolio de la fuerza pública para erradicar lo que constituye en esta instancia una enfermedad puede constituir camino cuestionable.

En este sentido fue expresado en el fallo de la Corte Suprema del año 2009:

*Que el procesamiento de usuarios -por otra parte- se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores<sup>2</sup>.*

#### 1.4.- ¿Cómo podríamos interpretar el artículo 19 de la C.N.?

A los fines de arrojar una conclusión referida al estatus constitucional de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se presenta la necesidad de mencionar los dos paradigmas que configuran una dicotomía en la interpretación del mentado artículo: me refiero al perfeccionismo y al liberalismo.

##### La tesis perfeccionista

Esta tesis filosófica política considera que el Estado puede y debe propugnar por el establecimiento de modos de vida moralmente correctos, y que se encuentra facultado para intervenir, incluso coactivamente, en las acciones u omisiones de los individuos que no se correspondan con esos estándares.

Dice Colomer (2005, p. 254) al respecto:

*Para delimitar la posición perfeccionista, es conveniente indicar los tres momentos en los que se predica la continuidad entre política y valores de la vida buena de los ciudadanos. El perfeccionismo, en primer lugar, deriva su teoría política a partir de premisas (filosóficas o morales) sobre el contenido de la vida buena de los ciudadanos; desde aquí, piensa que el Estado debe actuar a la luz de esas consideraciones, esto es, desde sus juicios sobre qué formas de vida son buenas para los ciudadanos; por último, el perfeccionismo político sostiene que el Estado debe usar su poder político para hacer que los ciudadanos adopten esas formas valiosas de vida o persigan concepciones válidas del bien.*

---

<sup>2</sup>CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Consid. 20. Voto E. Raúl Zaffaroni.



Vemos aquí que el eje se ancla en la aspiración de obtener una sociedad moralmente incólume. Es decir, se imponen acciones y deberes de conducta a la totalidad de sus miembros para que se ajusten a los parámetros de excelencia preestablecidos.

Podemos observar que desde esta perspectiva, la privacidad de los individuos cedería considerablemente ante un Estado que conservaría para sí la potestad de tomar decisiones por los propios ciudadanos, los cuales tendrían la obligación de acatar sin tener en cuenta las elecciones que ellos mismos pudieran tomar como consecuencia de su autonomía y su libertad.

Por lo que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica, sería suficiente para justificar la intromisión del derecho para proscribir tal conducta, sin ingresar a las consideraciones referentes al daño que pueda ocasionarse en el usuario (Nino, 1979). Es decir, que a la luz del perfeccionismo, la tenencia de estupefacientes y su uso son acciones que no se encuentran resguardadas por la garantía del artículo 19 por contradecir el catálogo de elecciones valiosas que las personas deberían observar para llevar una vida buena, ergo, se abre la posibilidad de poner en funcionamiento del aparato judicial para impedir que el usuario continúe con dicha acción.

Un interrogante que se presenta es: ¿Dónde están alojados esos estándares que elecciones que deben observar los ciudadanos para llevar una vida digna? Quiero decir, las concepciones morales siempre van a obedecer a personas, ya que el Estado se encuentra integrado por individuos que cumplen funciones públicas; por lo tanto estimo peligroso dejar librada el destino y configuración de la libertad de las personas a un puñado de agentes o minorías ocasionales. La moralidad de un grupo de personas, agregado, se impone hacia el resto de los integrantes de la comunidad, quienes se ven compelidos a aceptarlos so pena de incurrir muchas veces en delitos, lo que constituye en muchos casos la base de los sistemas totalitarios.

## ✚ La tesis liberal

Según el liberalismo, los ciudadanos tienen un ámbito de libertad que sólo puede ser limitado mediante injerencias de terceros o del Estado cuando estas se encuentran debidamente justificadas.

Según Nino (1979), existen dos esferas de la moralidad: una referida a nuestro comportamiento en relación con los demás y otra respecto de pautas morales que definen modelos de virtud personales. Desde ésta perspectiva, cuando el artículo 19 de la C.N. se refiere a las acciones privadas que de ningún modo ofendan la moral pública, podríamos inferir que el Estado se encontraría legitimado para intervenir en las elecciones de las personas cuando sus acciones degradan o lesionan la moral o el deber para con los demás, pero bajo ningún aspecto podría permitirse la coacción estatal cuando esas acciones ponen en juego valores morales autorreferentes.

Podemos advertir que una interpretación del mentado artículo constitucional desde el liberalismo implicaría un mayor catálogo de acciones que quedarían contenidas dentro de la protección de la privacidad y exenta de la autoridad de los magistrados. Por lo tanto, un punto clave a tener en cuenta al momento de analizar la cuestión reside en determinar si el consumo de estupefacientes atenta contra la moral de los terceros o los afecta en su bienestar.

Considero que más allá de las posiciones filosóficas que uno adopte al momento de interpretar una ley, siempre habrá lugar a las disparidades que el lenguaje permite sobre todo cuando en la redacción intervienen adjetivos. Es decir, ¿cómo podemos definir privado? Por lo tanto, estimo que debería incluirse en la disyuntiva sobre la constitucionalidad o no de la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, los efectos que sobre la realidad de los sujetos produce dicha ley.

Respecto de lo que las concepciones éticas consideran una “buena vida” y las consideraciones morales que implicarían, se presenta aquí una escala de grises en los que se dificulta precisar conceptos como desarrollo del ser humano, escala de valores, virtudes, etc., que no podrían aglutinarse en definiciones estáticas. Sumándose también

que, según expresa Colomer (2005), las argumentaciones referidas acerca de si una buena vida responde a concepciones universales o si por el contrario se deben al contexto específico de cada sociedad, han dado respuestas enfrentadas entre sí.

En suma, lo valioso de las elecciones adoptadas para concretar modelos de vidas elegidos debería ser determinado por los propios integrantes de la comunidad, quienes son considerados como seres capaces de discernir cuando han cometido errores y tomar decisiones en consecuencia y, ante la ausencia de tal discernimiento es que debe hacerse presente la asistencia del Estado.

Entiendo que lo importante es, por un lado reconocer de antemano esa libertad a los individuos y, por el otro, se requiere que entre los mismos integrantes de la sociedad reconozcan, toleren, acepten a aquel que elige vivir y actuar de manera diferente al propio parecer, siempre y cuando esas elecciones no afecten de manera peyorativa en los bienes o la persona de otros y que ese perjuicio sea de una entidad tal que amerite la puesta en marcha del aparato estatal derivado del sistema jurídico penal.

### 1.5 Conclusiones parciales

Lo hasta aquí expuesto pretende comenzar a arrojar observaciones críticas a lo que “comúnmente” se refiere cuando se habla de estupefacientes. Que es importante discriminar con claridad entre los distintos tipos de sustancias y la embriaguez que provocan, ya que el consumo problemático responde a ciertos tipos de drogas pero a otras no.

Es dable mencionar que nos encontramos en la antesala del planteamiento jurídico de inconstitucionalidad, pero considero atinado rever ciertos “dogmas” que se encuentran como fundamento de la sanción de la ley que prohíbe la tenencia de drogas para consumo personal. Dichos fundamentos podrían reverse a la luz de un estudio antropológico más profundo referido al hombre, su relación milenaria con las drogas y las construcciones culturales provenientes de esta última.

También es de gran relevancia tener presente que no todos los consumidores son iguales. Es decir, que existen aquellos que hacen uso ocasional de las drogas, otros un uso habitual y otros que presentan problemas serios de dependencia. Son estos quienes demandan la asistencia del Estado, mientras que aquellos deben ser aceptados como miembros de la sociedad que eligen vivir conforme a sus intereses y que no deberían dañar los bienes o la persona de un tercero. La distinción entre usuarios adquiere relevancia al momento de proyectar una alternativa a la política actual en materia de drogas.

Quiero destacar que, aún en aquellos casos en que pueda concluirse que la acción de consumir drogas es inmoral y auto degradante...¿reviste la entidad suficiente para poner en marcha el andamiaje del poder judicial con la consecuente sanción penal?

En suma, todo lo vertido hasta aquí nos posibilitará iniciar el análisis netamente jurídico del artículo 14 de la ley 23.737 y su relación con el artículo 19 de la C.N. pero partiendo desde una propuesta diferenciadora.

## **CAPÍTULO II**

### **EL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES Y LA AUTONOMIA PERSONAL**

Según la doctrina contractualista perteneciente al Iluminismo, el ser humano para lograr una convivencia organizada donde se garantice la igualdad, la justicia y la protección de la vida, celebra un pacto social a través del cual debe ceder parte de interés individual con el objeto de sustentar el beneficio general, el cual demanda que cada ser que compone dicha organización entregue parte de su libertad en manos de una estructura organizada que tiene como sustento de su existencia velar por esos intereses generales o de la comunidad. Como consecuencia directa de ese pacto nace el Estado, en el cual descansa esa cesión de potestades, y el poder legitimado, es decir, aquel que es

ejercido de acuerdo a los modos establecidos y aceptados por los propios conformadores de la sociedad.

A partir de allí, será el Estado el que promulgue las leyes que regularán las relaciones de la sociedad entre sus miembros y con el Estado mismo. La redacción de un cuerpo normativo garantizará claramente cuáles serán los derechos de los ciudadanos y determinará sus correlativas obligaciones. A la vez, ante los supuestos de conductas incompatibles con la ley, las sanciones serán ejecutadas por este ente, quien detentará el monopolio de la fuerza pública, quedando vedado a los individuos el ejercicio de la “venganza por mano propia”.

El contexto político y social en el que nuestra Carta Magna se estaba gestando estaba determinado principalmente por la filosofía política del liberalismo. La cual brega en pos de un Estado de Derecho que determine las leyes básicas que reglarán las relaciones de los integrantes de la sociedad civil, manteniendo al mínimo la intervención estatal.

Otro elemento esencial dentro de esta doctrina política es el respeto por los derechos individuales, como ser la propiedad privada, la vida, la libertad, entre otros; a los que se propone garantizar y defender mediante la coerción del poder punitivo.

En el presente capítulo se analizará en primer término la evolución histórica de la de la figura delictiva que fundamenta este trabajo de investigación: la tenencia de estupefacientes para consumo personal, lo que derivará en una descripción detallada de la acción típica *tener*; luego continuaremos con el abordaje de otro elemento clave para cuestionar la constitucionalidad de la tenencia de drogas para propio consumo: la autonomía personal; en tercer lugar se trazará una línea que separará la privacidad de la intimidad. Todo ello con el propósito de señalar que la tenencia es el ejercicio de la autonomía personal y por lo tanto pertenece a la esfera de la privacidad, esta última entendida como un campo de permisibilidad mayor que el de la intimidad.

## 2.1.- Historia de la tenencia para consumo personal.

No siempre estuvo bajo sanción penal la tenencia de estupefacientes destinado al propio consumo. En el Código Penal de 1968 en su artículo 204 ter. Inc. 3° establecía: *“será penado con prisión de uno a seis años: 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;”*.

Asimismo, Soler (1992) expresaba en aquel contexto, que la tenencia para el posterior consumo no debía ser proscripta ya que no es punible la autolesión y que la misma constituye un acto preparatorio del delito penado en el inc. 4° de aquel cuerpo legal que aludía al tráfico: castigar al tenedor implicaría castigar un vicio.

Posteriormente, el prohibicionismo en la materia surge con la sanción de la ley 20.771. En la redacción del artículo 6 se penaba con prisión de uno a seis años al que tuviere estupefacientes destinados al propio consumo.

Luego es sancionada la ley 23.737. La promulgación de la misma tiene su origen en la intención de dismantelar las redes de narcotráfico existentes y erradicar los problemas derivados del aumento exponencial en el consumo de drogas.

En ese contexto, un enfoque más detallado de la conducta del consumidor permite introducir una profundización respecto de la acción típica *tener*, que al considerar un elemento subjetivo, el cual establece que cuando la finalidad de esa tenencia es para el propio consumo, se produce un atenuante. Tal es receptado en la redacción del art. 14 el cual reza: *“Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes”*.

*La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.*

Otro aspecto a considerar responde a que en la ley 20.771 en su artículo 9 se establecía que *“cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de*

*seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requiera su rehabilitación*". Lo que en la posterior norma sería escindido de la pena, es decir, ante la misma situación el condenado podría verse beneficiado con la suspensión de la pena mientras se somete a una medida de seguridad curativa<sup>3</sup>.

Posteriormente, en el año 2005 se sanciona la ley 26.052 en carácter de modificatoria de la recientemente aludida. Entre los aspectos relevantes para el presente trabajo se encuentra la agregación de un párrafo en el anterior artículo 5. El mismo, en la sección pertinente a los fines pretendidos (inciso e), mencionaba que *"Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: entregue, suministre, aplique o facilite a otro estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a ciento veinte mil australes"*, incorporándose el siguiente texto: *"en el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21"*.

Comentario [m1]: ¿?

Finalmente, cabe mencionar que a finales del año 2016 fue sancionada otra norma modificatoria de la ley 23.737, la cual realizó especificaciones referidas a los valores de las multas, facultades otorgadas al poder Ejecutivo y otros aspectos que considero no vienen a colación, al menos en la puja planteada entre la autonomía personal y los principios constitucionales.

## 2.2. La acción típica del artículo 14 de la ley 23.737

Para ingresar en las profundidades del texto legal, es menester analizar en detalle a la acción tipificada por el derecho penal que nos concierne: *tener*.

<sup>3</sup>Artículo 17 y 18 Ley 23.737.

En el primer párrafo del art. 14 de la legislación referenciada, la simple tenencia de estupefacientes acarrea una sanción penal considerable, sin aludir a la finalidad de esa tenencia. Es decir, con solo tener sustancias que se encuentren teñidas de ilegalidad el sujeto es susceptible de pena sin tener en consideración las causas y los fines de esa situación de hecho.

Posteriormente, la mentada norma considera un atenuante que se producirá cuando *por escasa cantidad y demás circunstancias* se concluyera que esa tenencia es destinada al consumo personal.

La tenencia ha sido definida como:

*El ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa, por el que se puede usar y disponer libremente de ella. No requiere un contacto material y permanente, sino que la cosa esté sujeta a la acción y voluntad del poseedor. Lo esencial en este concepto es la relación de disponibilidad, que puede estar presente tanto en casos de vínculo directo e inmediato con la cosa (en este caso la droga), como cuando aquél es mediato y sin contacto físico. La punibilidad nace en esencia, de la mera disponibilidad sobre el estupefaciente (Gallo, 2011, p. 127).*

Por lo tanto, la tenencia en este caso incluye la posibilidad de que el sujeto no posea la droga, sino que basta con que sepa dónde encontrarla, que esté en su ámbito de custodia para poder acceder a ella y disponer de la misma cuando lo considere. Poseer no debe confundirse con *tener*. (Gallo, 2011).

Además, y considerando el elemento subjetivo, el delito implica dolo en el sentido que *“el sujeto sepa que la droga está bajo su ámbito de disponibilidad (Gallo, 2011, p. 128)”*.

Núñez (2009) ha manifestado que la penalización de la tenencia y posterior consumo no debe ser considerada como una intromisión arbitraria del Estado en la vida privada de las personas, sino que la intervención es menester a los efectos de evitar los efectos nocivos que pueden ocasionar en la salud pública.

En el mismo sentido, y según lo vertido en el emitido por la CSJN en el año 1990 conocido como “Montalvo”, la mayoría del más alto tribunal consideró que la proscripción de la tenencia de drogas no está dirigida a proteger al propio consumidor



sino que tiende al resguardo de un interés superior que podría ser lesionado por la propagación de tal conducta disvaliosa.

Por otro lado, y continuando con lo expuesto por Gallo, al configurarse el delito con la mera tenencia del sujeto sin considerar la finalidad para la cual tiene a disposición estupefacientes, se estaría penando una acción que aparentemente no produce resultados en la faz exterior. Quiero decir, que sin que trascienda la barrera de la privacidad, o más aún de la intimidad, ni que produzca una ofensa en la moralidad ajena o un perjuicio a terceros. Tener droga es un delito.

Si un individuo consume estupefacientes en la órbita de la privacidad, para lo cual debería previamente cometer la acción típica tener, siendo pasible en ese instante de la sanción penal que ello acarrea, no se vislumbra de antemano de qué manera podría incurrirse en un daño a terceros, ofender a la moral y el orden público.

Como se analizará en detalle en el capítulo tercero, sección 3.3, la peligrosidad de la tenencia de drogas para consumo personal ha sido determinada por el legislador frente a un determinado contexto socio-político, el cual es en esencia cambiante conforme pasan los años. Los argumentos y consideraciones que fueron tenidos en cuenta al momento de sancionar la ley pueden no ser atendibles actualmente.

En este sentido es clarificador lo expuesto por el Dr. Carlos Fayt en parte de su pronunciamiento al resolver en Arriola:

*Que en primer lugar se impone el examen de validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi veinte años de su vigencia, pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 328:566 y sus citas).<sup>4</sup>*

*En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se ha vuelto irrazonable una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el*

---

<sup>4</sup> CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Considerando 11, Voto Dr. Fayt.

*argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de autonomía personal.*<sup>5</sup>

Asimismo, que en un momento determinado se consideren conductas como dignas de reproche legal no implica que las normas sean justas, acertadas, equitativas, etc. Quiero decir, si partimos de la afirmación que el legislador tiene potestades para asignar el mote de peligrosa a la tenencia de cualquier objeto, bien podría el día de mañana considerarse, por ejemplo, que los celulares afectan el campo electromagnético de las personas y en consecuencia su salud, y de este modo prohibir su tenencia mediante el Derecho Penal atribuyéndole un peligro mediante la sanción de una ley. Considero que la técnica legislativa derivada de la peligrosidad abstracta podría permitir este tipo de prohibiciones.

En el caso de los estupefacientes, se ha esgrimido que la justificación de la penalización de la tenencia se aloja en proteger la salud pública; sin embargo, tal concepción es en sí misma difícil de determinar concretamente siendo sus límites y alcances muy difusos, como ocurre por ejemplo con la determinación del “bien común”. ¿Podría entonces prohibirse el consumo de azúcar refinada, la sal de sodio, las harinas blancas y los alimentos considerados “chatarra” sobre la base de proteger la salud pública, teniendo en cuenta que provocan daños al cuerpo de manera concreta? Entiendo que la posibilidad es factible a la luz de la peligrosidad abstracta, que podría considerarse punible tales consumos bajo los mismos argumentos que fundamentan la prohibición del consumo de drogas.

Finalmente, estimo importante destacar que la analogía presentada en el acápite anterior se basa en consumos y actos que repercuten sobre el sujeto que los lleva a cabo, y que las acciones que tienen o podrían tener una repercusión negativa sobre los bienes o la salud de otros, como la tenencia sin registro de las armas de fuego, deberían tener un tratamiento diferenciado atento la distinción recién mencionada.

---

<sup>5</sup> CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Considerando 13, Voto Dr. Fayt.

### 2.3.- La autonomía personal.

Antes de adentrarnos en la tarea de desmenuzar el art. 19 de nuestra Constitución, cabe hacer una breve descripción de un elemento distintivo de Estado de derecho como el nuestro: me refiero al principio de autonomía personal.

Como contenido necesario de ese concepto podemos citar a Mill al referirse a la libertad:

*Nadie puede ser legítimamente forzado a actuar o a abstenerse de hacerlo porque sería mejor para él obrar de ese modo, porque lo hará más feliz o porque, en opinión de los demás, actuar de esa manera sería prudente o incluso incorrecto. La única parte de la conducta de una persona por la que ésta es responsable ante la sociedad es la que concierne a los demás. Respecto de la parte que solo a él le concierne, su independencia es, por una cuestión de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su mente, el individuo es soberano (Mill, 2010, p.54).*

En ese sentido, la autonomía significa la libre aceptación de ciertos principios morales intersubjetivos que regulan las acciones entre los propios individuos vislumbrando como norte el evitar el perjuicio sobre otro, como también aceptar los ideales morales autorreferentes o personales del propio sujeto. La autonomía personal surge consecuentemente con la proscripción de interferir con la libre elección de ideales de excelencia personal (Nino, 1992). En este aspecto, se pone de manifiesto el límite de la intervención estatal en dichos ideales o planes de vida elegidos por los sujetos, no pudiendo producirse imposiciones al respecto; además, sería interesante si en este sentido el Estado pusiera énfasis en dotar de instituciones necesarias para la prosecución de tales fines garantizando, por un lado, la posibilidad de llevarlo a cabo; y, por el otro, la asistencia ante la producción de un conflicto de intereses.

Ekmekdjian agrega:

*Consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisiones que pueden asumir muy diversos signos (Ekmekdjian, 2011, pág. 5).*

El principio de autonomía personal, permite “determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen” (Nino, 1992, pág. 167). En consecuencia, el reconocimiento de esa órbita en la cual es sujeto es soberano de sus propios actos y elecciones, es el fundamento de los derechos individuales que permiten luego la materialización de esos escogimientos que tuvieron lugar primigeniamente en la faz racional de la persona. Por medio de estos derechos individuales reconocidos en nuestra Carta Magna, todo miembro de la sociedad puede llevar adelante el plan de vida que escogió y que seguirá modificándose conforme pase el tiempo y transite nuevas experiencias, quiero decir, tampoco es una declaración rígida hacia el futuro.

En este sentido, Colomer indica que existen tres condiciones necesarias para la existencia de la autonomía personal y son las siguientes:

*A.-la posesión de ciertas competencias mentales y psicológicas como la autoconciencia, la capacidad de actuar de acuerdo con fines de los que somos conscientes o de formarnos intenciones de acción, la capacidad de actuar por razones, así como la capacidad de articular planes, proyectos o emprender actividades que en cierta medida constituyen el contenido de esa vida dirigida por uno mismo o autónomamente conducida...*

*B.-la independencia en las elecciones. Se trata de la idea de libertad como ausencia de obstáculos a nuestras elecciones, ante todo de coerción o manipulación por otros. La coerción «desde fuera» y la manipulación por otros eliminan la autonomía, tanto en la medida en que aquella nos priva de las opciones necesarias para una verdadera elección, como en el sentido de que una y otra impiden ver nuestras acciones como propias, y la vida que éstas configuran como dirigida o guiada por uno mismo...*

*c.- para ser autónomo se requiere disponer de una diversidad de opciones suficiente o adecuada. La elección autónoma presupone, en efecto, la existencia de opciones sobre las que ejercerse. Sin una cierta diversidad o pluralidad de opciones, nuestra adopción de fines, actividades o planes de vida difícilmente puede verse como resultado del ejercicio de la autonomía personal... (Colomer, 2005, p. 268).*

Nuestra práctica constitucional ha dotado de una gran importancia al principio de autonomía personal antes aludido, receptándolo directamente en el art. 19 primer párrafo cuando reza: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al

*orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*<sup>6</sup>.

En consecuencia, esas acciones privadas destinadas a concretar los planes de vida que cada individuo considera como adecuado, privilegiando ciertos fines y descartando otros, de acuerdo a sus parámetros forjados en base a la información, educación y experiencia, podría incluso abrazar el consumo de estupefacientes. Teniendo presente dos elementos importantísimos: la dosis, para lo cual no existe nada mejor que una adecuada información al respecto, y la no transgresión o afectación de las elecciones y planes de los otros miembros de la comunidad, los cuales están preservados en la salvedad que contiene la norma constitucional citada recientemente.

Por otro lado, la autonomía personal ha sido proclamada en numerosos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales guardan absoluta concordancia con el espíritu liberal que el citado artículo conlleva. Así fue expuesto en el fallo Arriola:

*Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos -y en lo que aquí interesa- el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez)*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>Artículo 19 de la Constitución Nacional.

<sup>7</sup>CSJN. RECURSO DE HECHO. "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Considerando 17 del voto que encabeza en pronunciamiento.

A la luz de lo recientemente expuesto y armonizándolo con el pensamiento filosófico político del perfeccionismo liberal, el cuál reconoce que autonomía personal no sólo debe considerarse un factor valiosísimo, sino que también puede y/o debe expandirse, creando o consolidando aquellas opciones que sean importantes para el desarrollo autónomo de la personalidad; podemos señalar que la tenencia de estupefacientes para consumo personal podría tener lugar en este escenario sin que ello implique consecuencias nefastas para los miembros de la sociedad que no comparten esas elecciones para su vida. Me refiero a que, partiendo de la base que la autonomía personal es una construcción y/o reconocimiento jurídico inherente al Estado de derecho, la tenencia de drogas para propio consumo llevada a cabo sin transgredir la órbita de la privacidad puede tener lugar como reconocimiento de esa autonomía que hemos mencionado. Podrá representar una conducta disvaliosa para ciertos integrantes de la sociedad sin lugar a dudas, pero también podrá representar una elección irrenunciable para otros.

Lo que debería tenerse presente es si la elección de consumir estupefacientes proviene de una decisión voluntaria del sujeto y si la misma se enmarca en la privacidad; en esos casos no vislumbro una contradicción entre la autonomía de la voluntad y el consumo de drogas, siendo que la autonomía es soberana siempre y cuando no colisione con los límites mencionados en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Además, cabe agregar que, con una información detallada y que circule libremente sin tabúes ni mitos, un consumo racional y responsable de estupefacientes es podría constituirse como una posibilidad real, siempre y cuando la dosis juegue un papel preponderante; y a su vez, un respeto por la moral y los derechos de los demás.

#### 2.4.- Diferencia entre privacidad e intimidad.

De la lectura del art. 19 es pertinente resaltar cuando se aluden a las acciones privadas que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a otro.

¿Que nos está indicando esta norma? ¿A qué acciones se refiere cuando alude a “privadas”?

Cabe en este momento hacer una distinción en lo que puede llegar provocar una confusión: cuando el mentado artículo habla de acciones privadas no parece estar apuntando a la esfera de la intimidad del sujeto, sino a su privacidad; es decir, a los actos voluntarios que no provoquen perjuicio en un tercero.

El reconocimiento constitucional es tangible por medio del art. 19, en el cual se dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros serán exentas de la intervención estatal por intermedio de sus magistrados.

Expone el Dr. Petracchi en su considerando de la decisión adoptada en el caso “Bazterrica”<sup>8</sup>,

*De modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. Hay así una serie de acciones solo referidas a una “moral privada”, que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieren el conjunto de valores y reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás (Nino, 1992, pág. 319).*

En el mismo sentido Nino menciona que:

*Las acciones son “privadas” no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente (Nino, 1992, pág. 304).*

Quiere decir, que habría que arribar a un consenso que ilumine la confusión terminológica que existe entre privacidad e intimidad, como punto de partida para luego dirimir si la tenencia de estupefacientes con la finalidad de consumir recae sobre uno u

---

<sup>8</sup>CSJN. "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", Fallos: 308:1392 (1986).

otro concepto. Y de este modo, se puede llegar a la siguiente instancia que es establecer si esa acción queda alcanzada por la fiscalización del Estado o no.

La intimidad se encuentra principalmente dispuesta por el art. 18 de la C.N. cuando establece que “el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados”. Puede repararse en que hay una distinción notable en la redacción de esta norma y citada al inicio del apartado. La intimidad se refiere a un ámbito derivado del derecho de propiedad privada, a la reserva de conductas que impliquen una relación intersubjetiva (Nino, 1992).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 17, inc. 1 pareciera aludir en igual sentido: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y su reputación”. Con lo cual, es posible vislumbrar que el derecho a la intimidad se corresponde con los asuntos interiores del individuo, que no se encuentran arrojados a la mirada pública y que se resguardan en el fuero más próximo del sujeto.

Las acciones privadas, como se mencionó anteriormente, poseen esa entidad no por realizarse fuera del campo visual de otro, de un tercero, sino que lo son porque se ejercen dentro de un perímetro delimitado por el accionante y su entorno, en el cual está desarrollando un modo de vivir elegido por él mismo. En consecuencia, estas acciones son necesarias para poder materializar lo que previamente ha sido escogido a sabiendas, son consecuencia de los derechos individuales. Por lo tanto, este perímetro referido recientemente es forjado por los derechos reconocidos constitucionalmente por nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, es importante destacar esta distinción entre lo privado y lo íntimo a la hora de determinar si el consumo de estupefacientes, en ciertos lugares que no impliquen el domicilio del usuario, provoca una transgresión a la esfera de la privacidad y así exteriorizarse lo que daría lugar a un daño en la moral o perjuicio en un tercero.

En oposición a lo mencionado recientemente, señala Nuñez (2009), que las acciones son privadas no por su exposición pública sino que lo son por la



intrascendencia de sus efectos respecto de la moral o el orden públicos o a la incolumidad de los derechos de terceros. Y en esa línea de pensamiento, considera que la tenencia o el consumo de estupefacientes, aún desarrollados en ámbitos privados, no constituyen una acción privada ya que se encuentran vinculados con el tráfico de droga y por lo tanto, impactan peyorativamente sobre la salud pública.

Retomando, aceptando que el ejercicio de la autonomía de la voluntad adquiere gran relevancia en el ámbito de la privacidad del sujeto, conlleva señalar que no debe confundirse con la intimidad, la cual es un espacio de la realidad inmediata mucho más reducido que la privacidad, conforme fue señalado.

## 2.5.- Conclusiones parciales

Durante el recorrido del presente capítulo se comenzó a abordar el planteo crítico a la prohibición desde el plano netamente jurídico.

A modo de pequeña conclusión, puede sostenerse que la acción típica contenida en el artículo 14 de la ley 23.737 presenta ciertas inconsistencias, siendo la principal el hecho de que no produzca efectos en la realidad circundante de terceros, que la hacen muy permeable a un planteo de inconstitucionalidad a la luz del artículo 19 de la C.N.

Además, el principio de autonomía personal parecería instar a la aceptación de la diversidad de las construcciones autorreferentes que los miembros de la comunidad elijan para sus vidas, siendo ellos quienes gobiernan su propio cuerpo y todo lo que ello conlleva, como por ejemplo que sustancias ingerir y en qué momento.

La autonomía de la voluntad viene constituir la expresión misma de la libertad, en la cual las personas ejercen sus derechos y elijen sus hábitos teniendo en miras la concreción de objetivos que responden a sus intereses, gustos o desafíos. Es parte del desarrollo del ser humano la experimentación con la realidad y luego queda la tarea de examinar de que manera esa experiencia ha venido a contribuir o no con ese desarrollo.

En este aspecto, quiero remarcar que la misma cobra mayor vigor en la privacidad de las personas y que la misma no se circunscribe sólo al domicilio sino que el espectro de actuación en ella es mayor, encontrando como límite constitucional el perjuicio a terceras personas, el orden y la moral pública.

Por lo tanto, el Estado debe permitir y garantizar el ejercicio de las elecciones individuales que no afecten a terceras personas que no comparten esas elecciones para sus vidas, sin interferir en aquéllas alegando un posible daño a su salud. Ya que con el mismo argumento podría intervenir en muchos de los hábitos y consumo que hoy se realizan, y que en menor o mayor medida, menoscaban la salud o la integridad de quienes los desarrollan, verbigracia: el tabaco, el alcohol, el azúcar, el café, la sal, los deportes extremos, circular en bicicleta por una ruta e incluso conducir un automóvil. Pero tal extremo implicaría un retroceso a la libertad incuantificable, por lo que siempre debemos tener presente el respeto por la libertad y aceptar que muchas conductas que se realizan y que son socialmente aceptadas implican un riesgo, pero que este debe ser tolerado como consecuencia del reconocimiento de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, considerando que respecto de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no existe consenso doctrinario a la hora de determinar si atenta o no contra el orden constitucional, puede considerarse otro factor tendiente a considerar de manera crítica la figura delictiva mencionada: el daño latente a la salud pública. A tal efecto será construido el siguiente apartado.

### **CAPÍTULO III**

#### **EL DAÑO PROVOCADO Y EL BIEN JURÍDICO**

Como inicio de este apartándose discriminaré el daño en subgrupos; luego se pondrá a consideración la existencia o no de una lesión hacia el bien jurídicamente protegido; y, finalmente, se hará mención a un interesante aporte recibido de manos de Claus Roxin: del principio de insignificancia. El propósito de considerar la

constitucionalidad de los delitos de tipo de peligro abstracto, como lo constituye la tenencia con fines de consumo, los cuales se fundamentan en una peligrosidad no real sino determinada por la ley. Ello con el propósito de continuar con el enfoque crítico de la prohibición del consumo de estupefacientes.

### 3.1.- Tipos de daño y su relación con la intervención estatal.-

De modo preliminar es menester se ponga de manifiesto qué se entiende por daño. Según el Código Civil y Comercial en su artículo 1737, habrá daño “*cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”.

Puede concebirse la existencia de cuatro tipos de daños a terceros que no deberían computarse como elemento justificativo para la intervención sobre la autonomía de los individuos, y estos son:

- a) *El que es insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente.*
- b) *El que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria.*
- c) *El que se produce gracias a la intolerancia del dañado.*
- d) *El que se produce por la propia interferencia del Estado (Nino, 1992, pág. 307).*

En el primer caso, se refiere a la entidad del perjuicio que la acción ocasiona en un tercero. Quiero decir, que no cualquier daño invocado puede ser causante de la limitación de la autonomía individual, el mismo debe ser sustancial.

Asimismo, debe contrastárselo con la centralidad que la acción a intervenir posee para quien la ejecuta a los fines de materializar lo que considera su plan de vida. Ya que si esta es primordial para la consecución de los mentados fines y su impacto en terceros es ínfimo no tendría ningún sentido la punición estatal a los efectos de retenerla. No hay que dejar de tener en consideración que esto último implica una erogación que bien podría destinarse a cuestiones de mayor apremio.

Respecto del segundo caso, Nino expone:

*No se puede computar como un daño, a los efectos de la intervención estatal, aquel que una acción produce solo porque ella induce la ejecución de otra acción voluntaria del mismo o de otro agente, la que, a su vez, produce directamente el daño en cuestión (Nino, 1992, pág. 306).*

Es la alusión concisa y brillante que expone la respuesta sólida al argumento que, en gran medida, se esboza para justificar la proscripción de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Se esgrime, considero en demasía, que la prohibición de tal conducta se concibe como una protección a los demás, a quienes no son consumidores de drogas ilegales. Suele escucharse que el ejemplo de una persona que se droga puede desencadenar en aquellos que no lo hacen la curiosidad de llevar adelante ellos mismos la acción y luego caer en el vicio. En este caso, hay dos cuestiones que es harto necesario tener presente: por un lado, que no todos los consumidores de estupefacientes necesariamente son adictos que debilitan el tejido social con su falta de compromiso con el trabajo y demás actos perjudiciales como por ejemplo corroer el sistema de salud pública mediante sucesivas internaciones; quiero decir, consumir no implica adicción. Por otro lado, se deja de lado la diferencia que existe entre las sustancias que son consideradas drogas ilegales, las cuales implican efectos distintitos con consecuencias disímiles. Un ejemplo acertado vendría a constituirlo la comparación entre el consumo de cannabis y el consumo de clorhidrato de cocaína, ambas sustancias prohibidas por igual pero con consecuencias muy distintas entre sí.

Pero sin lugar a dudas, se deja de lado la determinación de la cadena causal por la cual, el daño imputable debe provenir directamente de un accionar que lesiona determinado bien, y no puede ser atribuida a una conducta vinculada indirectamente, agregando que, se encuentran dos acciones voluntarias, en las cuales el libre albedrío de los agentes interviene de manera plena. Por lo cual, quien realiza voluntariamente el acto debe responsabilizarse por el mismo sin deslindar en otro accionante voluntario su efecto pernicioso (Nino, 1992).

Continuando con la descripción de aquellos casos de daño a terceros en los se considera que no deben interferir con la autonomía de la voluntad, en el inciso c) se

alude a aquél que se origina por la propia intolerancia del dañado. Como menciona Nino (1992), el daño para terceros debe computarse en términos de la afectación de su propia autonomía personal, no puede contemplarse a los fines de establecer la afectación a aquellos perjuicios que sufren por adoptar actitudes intolerantes frente a comportamientos de los demás que no se encuentran incluidos en el propio plan de vida del perjudicado.

Finalmente, el inciso d) se refiere cuando el daño resultante de la acción es consecuencia de la propia intervención estatal:

*Esto puede ejemplificarse con aquellas perturbaciones sociales que producía el consumo de alcohol en Estados Unidos, solo por su prohibición a través de la “ley seca”, las cuales desaparecieron cuando esa ley fue derogada. Vale decir: es circular alegar como justificación de la interferencia con la autonomía del agente daños que no se produciría si tal interferencia no existiera.*

En este sentido, lo esgrimido en el considerando 19 del voto de Dr. Zaffaroni en el fallo Arriola viene a colación de lo recientemente aludido:

*Que no obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), con el dictado del fallo “Montalvo” (Fallos: 313:1333). Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse<sup>9</sup>.*

Es común que, en el caso del consumo de drogas, se argumente que el “flagelo” que el mismo ocasiona se encuentra directamente vinculado con los conflictos sociales

---

<sup>9</sup>CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Consid. 19. Voto E. Raúl. Zaffaroni.

que se desencadenan entre los sectores marginados de la comunidad en ocasión de disputas por la venta y adquisición de las sustancias. Asimismo, se relaciona con las drogas a la connivencia que las fuerzas policiales tienen con aquellos que se dedican a la producción de las misma, dejando de ver que tal resultado es una derivación directa de la prohibición y no de los estupefacientes en sí mismos.

No es arriesgado afirmar que el narcotráfico es hijo de la ilegalidad. Un bien consumible, cualquiera sea su tipo, que es arrojado fuera de la órbita de lo permitido adquiere un aditamento inmenso en su valor de cambio en el mercado negro. Con lo cual, quienes pretenden enriquecerse de forma rápida y en cualquier circunstancia, advierten en el intercambio de bienes prohibidos un negocio altamente lucrativo. No tiene sentido invertir armas y sacrificar personas para obtener un bien de cambio que puede conseguir cualquier sujeto en un supermercado (Neuman, 1994). Quiero decir, que las circunstancias lamentables que hoy padecemos se vinculan con la clandestinidad, sin importar la situación u objeto sobre la cual esta recaiga. Y la represión no ha logrado mover un ápice la realidad social.

Finalmente considero que el daño que amerita la intervención estatal, relacionado con la temática que nos ocupa, debe ser la acción de comercialización de estupefacientes sin la debida autorización del Estado. Aquella actividad que pone en circulación sustancias muchas veces adulteradas y que provocan un daño a la salud grave como consecuencia de la ausencia del control de los organismos públicos. Circunstancia que no ocurre con el alcohol por ejemplo, ya que las destilaciones y el producto final se encuentran bajo estrictos controles de calidad que protegen al consumidor.

Considero atinado y clarificador lo expuesto por Gallo: “*La intervención del derecho penal sólo estará justificada cuando el comportamiento supere el límite de la infracción de un deber de subordinación y afecte a la vida social*” (Gallo, 2011, p. 138).

### 3.2.- ¿Existe una lesión al bien jurídicamente protegido?

Hay consenso en gran medida en que la salud pública es el bien jurídico principalmente protegido por la ley de estupefacientes. Sin embargo existen opiniones dispares respecto de qué se entiende por salud pública y, además, se enuncia la presencia de otros bienes jurídicos accesorios, como lo es la libertad del consumidor por ejemplo (Gallo, 2011).

En ciertos casos esta imprecisión ha llevado al extremo la amplitud de la protección y con ello justificando la intervención estatal, cuando por ejemplo:

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha interpretado que con la incriminación de la tenencia de estupefacientes, se abarca también la protección de valores morales, de la familia, juventud, sociedad y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda .*

*Todas estas alternativas teóricas diluyen el concepto de bien jurídico protegido y con ello, la función limitadora del poder punitivo estatal. En estas construcciones se confunden objetos de tutela con finalidades, o sea con las rationes de tutela en cuanto éstas no son bienes jurídicos, sino objetivos de organización política, social y económica (Gallo, 2011, p. 137).*

Por lo tanto, es harto necesario poder establecer si el daño que provocaría el consumo de estupefacientes es de tal entidad como para incidir perniciosamente sobre el bien jurídico protegido. Asimismo debe tenerse en cuenta que, conforme fue señalado en el acápite anterior, salud pública vendría a constituir un bien jurídico colectivo, donde la titularidad pertenece a todos los integrantes de la comunidad, (Gallo, 2011) que coexiste frente a otros bienes jurídicos individuales que deben ser tenidos en cuenta.

Entonces, y referido al consumidor o usuario de drogas, es muy importante intentar determinar de qué manera daña el bien jurídicamente protegido. Es decir que “éste debe “tener” la sustancia de un modo que pueda por sí misma afectar efectivamente la convivencia social” (Gallo, 2011, p. 138). Dejando en claro que siempre se está refiriendo al caso en que esa tenencia y posterior consumo se realiza en la órbita de la privacidad.

En este sentido, el Dr. Lorenzetti en el considerando 10 de su voto en el fallo Arriola<sup>10</sup> expresó: *“queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional”*.

Seguidamente en el considerando 11, el mismo fallo se expone: *“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”*<sup>11</sup>.

Si bien es cierto que el artículo 19 menciona a la moral pública como uno de los límites a la autonomía de la voluntad de los individuos, interpreto que de esa afirmación no se deriva necesariamente que debe ser defendida mediante la ley penal, sino que perfectamente podría lograrse su salvaguarda, por ejemplo, mediante una contravención. Quiero decir, que una conducta que sólo menoscabe la moral pública no debería ser interceptada mediante una sanción que se constituye entre las últimas medidas a utilizar por el Estado atento la gravedad de la pena.

Con lo cual, el criterio del más alto tribunal ha sido claro en este sentido, no puede acaecer el reproche de la ley penal sobre acciones de los individuos que no impliquen un daño a terceros, el cual es menester sea concreto, excluyéndose de consideración alguna a la mera peligrosidad basadas en conjeturas subjetivas de posibles perjuicios o lesiones que pudieran llegar a producirse.

Lo que pretende dejarse en claro, es que el reconocimiento de la autonomía personal como una de las piedras angulares del Estado de Derecho vigente no conlleva necesariamente afirmar que aquella no conoce de límites y así lo expone el Dr. Lorenzetti:

*Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 41 y 51 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que*

<sup>10</sup>CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009).

<sup>11</sup>CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Considerando 11, punto C). Voto Dr. Lorenzetti.



*no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera.<sup>12</sup>*

En suma, el corolario que se pretende establecer es que la autonomía personal y la libertad individual constituyen principios fundamentales que no pueden ser lesionados o restringidos alegando la prosecución de políticas estatales que podrían ser alcanzadas por otros medios que no impliquen tal limitación, o que se cercene las elecciones privadas con motivos de conveniencia u consideraciones abstractas que no pueden ser determinadas con exactitud en el plano concreto. Sino que las acciones privadas deben ser evaluadas a la luz del artículo 19 de la C.N y en cuyo caso ante una vulneración de los límites establecidos se hace menester la intervención estatal, pero teniendo el principio de proporcionalidad.

### 3.3.- Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de tenencia, como el analizado a lo largo de este trabajo, tienen como denominador común la ausencia de un daño efectivamente causado al bien jurídico, ya que integran el grupo de los llamados delitos de peligro, los cuales se fundamentan en la amenaza de un daño. Ahora bien, esta debe ser probable que se produzca como consecuencia del obrar del sujeto; además, se pueden mencionar los delitos de peligro real o presumido por la ley, como el caso de injustos de peligro abstracto (Nuñez, 2009).

En este último caso, el riesgo creado es un dato de la experiencia pero no un elemento de la acción en sí misma.

---

<sup>12</sup> CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009). Considerando 13. Voto Dr. Lorenzetti.

*La doctrina tradicional ha basado la fundamentación de los delitos de peligro abstracto en dos teorías muy conectadas entre sí y que en muchos puntos se implican mutuamente: la peligrosidad general (que actúa como mero motivo para el legislador al prohibir la conducta) y la peligrosidad abstracta (basada en una presunción del legislador que se considera iuris et de iure) (Gallo, 2011, pág. 130).*

Gallo (2011) expresa que el delito se considera consumado sólo con la producción de la acción típica, sin tener en cuenta si efectivamente hubo un riesgo creado por la conducta del sujeto. Además enfatiza que:

*Se ha criticado a estos delitos porque carecen de desvalor de resultado, y de desvalor objetivo de acción. Además, al no ser abarcada por el dolo la peligrosidad, resulta irrelevante el error del autor sobre ella. Esto supone una violación del principio de responsabilidad subjetiva, que conduce a la ausencia del desvalor subjetivo de la acción, respecto de la peligrosidad fundamentadora del injusto (Gallo, 2011, pág. 131).*

Por lo tanto, considero que es ampliamente debatible incluso la constitucionalidad de los delitos de tenencia, ya que la razón de su existir es una peligrosidad que el legislador le otorgo a la acción típica, pero ese riesgo podría ser infundado o incluso podría no existir en el contexto en que se desarrolla la conducta. Por lo que cabría preguntarse si legislar de este modo es concordante con el orden constitucional, ya que el riesgo es asignado a la acción mediante un cálculo estadístico previo y bajo una presunción iuris et de iure (Gallo, 2011). Ahora bien, ¿estas presunciones son legítimas dentro del derecho penal, el cuál prevé las penas más gravosas de todo el ordenamiento jurídico? ¿Tan grave es el resultado que se desata como consecuencia de la tenencia de drogas para consumo personal?

### 3.4.- El Principio de la Insignificancia.-

Este nuevo aporte recibido por la ciencia del Derecho Penal, expuesto por Claus Roxin en 1964. El mismo se sustenta en que aquellos hechos que a primera vista parecen encuadrarse en un tipo penal, la falta de lesión al bien jurídico o su inconsistencia tornan necesaria la exclusión del poder punitivo del Estado. Así Raúl Zaffaroni expone: “*El viejo principio mínima non curat praetor es la base del enunciado moderno del llamado*

*principio de insignificancia o de bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva.” (Sanso, 2011).*

Esto constituye un avance en la consideración del accionar del monopolio de la fuerza pública, en el sentido que se torna harto necesario la valoración en el caso concreto si la conducta que intenta reprocharse acarrea un perjuicio para el bien jurídico que la ley intenta proteger, o si bien este daño es insignificante en consideración con la pena que podría inculcársele al agente que desarrolla la acción.

El derecho penal irrumpe cuando su intervención se torna necesaria por haberse ocasionado una herida en el bien jurídicamente protegido, tal afectación debe revestir una entidad importante para justificar la puesta en marcha de todo el andamiaje judicial para sancionar a quien ocasiona el daño. Ya que, la aplicación de una pena es en sí un hecho de gran impacto, es por ello que se insiste en la relevancia de la lesión (Sanso, 2011).

Las acciones que se prohíben, deben implicar la existencia de un conflicto de cierta gravedad. Debe existir una justa proporción entre la lesión y la sanción aplicable. Es de una irracionalidad inaceptable pretender sancionar una conducta que no constituye un elemento dañoso para nadie. Se considera la importancia del bien jurídico lesionado por sobre el bien jurídico tutelado (Sanso, 2011).

Al respecto, Eugenio R. Zaffaroni expone que:

*“Otro de los recursos inventados para considerar típicas conductas que no ofenden ningún bien jurídico es el de la pretendida lesión acumulativa o por universalización hipotética de la conducta: se comprueba que una conducta (fumar marihuana u orinar en un río) no lesionan un bien jurídico ajeno (el que fuma marihuana podrá poner en peligro la propia salud; el que orina en el Río de la Plata no lo contamina), pero se argumenta que se lesionaría si todo el mundo fumase marihuana todo el día o si toda la población fuese a orinar en el río. Se trata de un viejo argumento ridículo: hace doscientos años cuando Feuerbach necesitó racionalizar la contravención de sodomía, dijo que si todos la practicasen se pondría en peligro la subsistencia de la humanidad. No hay ninguna conducta, por inofensiva que sea, que universalizada no cause un caos: si todos pasásemos el día practicando gimnasia, se paralizaría la*

*producción, de donde no puede deducirse que la práctica de gimnasia constituya un peligro para la economía” (Sanso, 2011).*

No debe dejarse se lado la gran relevancia debe adquirir la relación que existe entre la conducta contenida en el tipo penal aludido y el bien jurídico que se intenta tutelar, ya que el mismo constituye el componente teleológico de la norma: el para qué (Zaffaroni, 1998). En consecuencia, es de fundamental importancia determinar si la peligrosidad de carácter abstracto que la conducta de tener drogas para el propio consumo implica para la salud pública reviste la entidad suficiente para enervar la garantía contenida en el artículo 19 de nuestra Constitución.

### 3.5.- Conclusiones parciales

A lo largo del presente capítulo se puso énfasis principalmente en determinar si la conducta de tener estupefacientes para el propio consumo provoca un daño en el bien jurídicamente protegido.

Al considerar los diferentes tipos o estratos de daños considerados, se deriva que debe estar vinculado necesariamente con la acción desarrollada por el sujeto observando detenidamente la cadena causal y teniendo en cuenta la tolerancia que implica la vida en sociedad.

Luego, un análisis referido a la lesión asignada al consumo de estupefacientes, puso de manifiesto que al estructurarse la norma que prohíbe su consumo se produjeron inobservancias o confusiones derivadas de una imprecisión en el bien protegido, ya que la salud pública es un bien colectivo y no individual. Por lo tanto, y teniendo en cuenta la cadena causal, la conducta de consumir estupefacientes debería incidir directamente sobre dicho bien, lo cual es difícil de precisar si a cada acción de sucede necesariamente la lesión.

En consecuencia, se hizo necesario ingresar al fundamento de los delitos de tenencia: la peligrosidad abstracta. Permitiendo avanzar aún más en la crítica del

paradigma que sustenta la prohibición del consumo de estupefacientes, dejando entrever que el monopolio de la fuerza pública avanza a tal punto que tipifica conductas que ni siquiera provocan un riesgo derivado de la acción, sino que el mismo es determinado por un cálculo probabilístico tenido en cuenta por el legislador al momento de sancionar la norma. Por lo tanto, es la ley penal la que asigna la peligrosidad de la acción de tener estupefacientes para consumo personal, lo que a mi juicio es de dudosa constitucionalidad.

Cabe destacar que si bien no estamos hablando de la privacidad ni de la autonomía de la voluntad, sí se intenta avanzar en el enfoque crítico de la actual ley de estupefacientes amparándonos en el orden constitucional. De lo que estimo que se ha dado un gran paso hacia una propuesta diferenciadora que intente reconocer una realidad y asignarle un nuevo tratamiento que no provenga de la ley penal. Ya que la existencia de normas penales que protejan bienes jurídicos no implica que se le otorgue esa tutela a todos los bienes, lo que provocaría una producción exponencial de leyes en ese sentido.

## **CAPÍTULO IV**

### **PARADIGMAS ALTERNATIVOS EN EL MUNDO ACTUAL Y SUS RESULTADOS**

En la fase final de esta tesis, se pondrán a consideración dos modelos alternativos de tratamiento del problema que el abuso de sustancias psicotrópicas acarrea en la sociedad, pero no teniendo en cuenta la *salud pública* sino la salud de la persona individual con existencia visible que siente, piensa y respira. El primer caso es la fundación Contact Netz que funciona en Suiza, la cual demuestra resultados reales de mejoramiento en el abordaje del uso problemático de drogas; y, el segundo caso, es el de la nueva legislación que regula el acceso al cannabis para todo fin, si bien sin resultados

demostrados a la fecha debido a su relativamente reciente puesta en marca, ha sido una propuesta real hacia la construcción de un nuevo escenario.

La causa de la inclusión de este abordaje dentro del presente trabajo encuentra asidero en uno de los argumentos citados por Nuñez (2009) al manifestarse a favor de la prohibición, en el cual enfatiza que la penalización de la tenencia y posterior consumo no debe ser considerada como una intromisión arbitraria del Estado en la vida privada de las personas, sino que la intervención es menester a los fines de evitar los efectos nocivos que pueden ocasionar en la salud pública, y considera que la tenencia o el consumo de estupefacientes, aún desarrollados en ámbitos privados, no constituyen una acción privada ya que se encuentran vinculados con el tráfico de droga.

Por lo tanto, la relevancia de este capítulo está sustentada en el eje de esta tesis: determinar si el artículo 14 de la ley 23.737 se encuentra en concordancia o no con la C.N., principalmente con el artículo 19 de la misma.

En efecto, el argumento esgrimido por Nuñez citado ut-supra alude al meollo de la problemática interpretativa, me refiero a si la conducta se encuentra en la órbita privada del usuario, y que ha inclinado la balanza de un extremo o al otro al momento de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia en materia de drogas. El criterio ha ido de la inconstitucionalidad a la constitucionalidad de la norma penal, de acuerdo a su conformación y al contexto socio-político.

El citado autor expresó que la tenencia y posterior consumo de estupefacientes excede la esfera de protección del artículo 19 de nuestra Carta Magna ya que tal conducta atenta contra la salud pública por vincularse con el narcotráfico. En consecuencia, se expondrán dos caminos distintos al que ha tomado nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente al narcotráfico; a su vez pueden permitirnos tomar los aspectos positivos que han sido comprobados y aplicarlos al contexto que nuestra sociedad requiere.

Además, puede agregarse lo que fue considerado en el año 2008 en la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, referidas a una reflexión global que consiste en una revisión de las políticas prohibicionistas en materia de drogas:

*La Comisión efectuó un llamado al diseño de políticas centradas en los derechos humanos, que priorizaran la prevención y el tratamiento de los usuarios de drogas en base a tres grandes directrices: a) tratar el consumo de drogas como una cuestión de salud pública; b) reducirlo mediante acciones de información y prevención y c) focalizar la represión sobre el crimen organizado. Al sostener que la reducción de la demanda de drogas debía constituir la estrategia principal para abordar el problema, la Comisión propuso “transformar los adictos de compradores de drogas en el mercado ilegal en pacientes del sistema de salud” y elaborar campañas preventivas cuyos mensajes pudieran ser comprendidos y aceptados por la juventud. Finalmente, propuso evaluar la conveniencia de descriminalizar la tenencia de marihuana para consumo personal, teniendo en cuenta que la “evidencia empírica disponible indica que los daños causados por esta droga son similares a los causados por el alcohol o el tabaco”<sup>13</sup>.*

#### 4.1.- Suiza y Contact Netz: un modelo de inclusión social que funciona.-

Contact Netz es una fundación sin fines de lucro ubicada en Berna, Suiza, en la cual, se constituyó un espacio de consumo controlado y de contención para aquellos consumidores que poseen problemas de adicción a las sustancias derivadas principalmente de opiáceos, como lo es la heroína.

Entre los objetivos perseguidos por la fundación relacionados con la reducción de daños se puede mencionar: *“reducir los efectos negativos del uso de sustancias adictivas en las personas afectadas y en el conjunto de la sociedad. Contact Netz contribuye activamente a una política progresista sobre drogas y adicciones a través de sus variados servicios. Los objetivos que persigue la política sobre drogas y adicciones suiza son: – Reducir el número de nuevos consumidores de drogas; – Aumentar el número de consumidores de drogas en proceso de recuperación; – Reducir el impacto negativo sobre la salud de los consumidores de drogas; – Proteger a la sociedad de los*

- 
- <sup>13</sup>El fallo Arriola: Debate en torno a la desjudicialización de la atención sanitaria de los usuarios de drogas. Recuperado el 15/06/2017 de <http://www.aacademica.org/maria.pia.pawlowicz/39>

*efectos negativos provocados por drogas; – Combatir los delitos relacionados con las drogas”.*<sup>14</sup>

Se puede observar la formidable diferencia que existe entre el proyecto suizo, que lleva más de 40 años en vigencia, y el paradigma existente en nuestra región. Mientras por un lado, ante el fracaso de una política represiva, se optó por desviar el rumbo hacia nuevos horizontes con el objeto de intentar obtener alternativas más beneficiosas para la sociedad y así dejar de deslindar las consecuencias hacia los sectores más vulnerables de la sociedad; por el otro lado, aquí en la Argentina se insiste en la cruzada prohibicionista. Con índices de criminalidad alarmantes, los cuales ya han sido mencionados en apartados anteriores, y una violencia derivada del mercado negro que corroe todo el sistema destinado a evitarla.

Las consecuencias directas del trabajo realizado por Contact Netz son realmente alentadoras y constatables en estadísticas efectuadas allí en Suiza. Los resultados se traducen en estas cifras: *“resultados del enfoque integral de la política suiza en materia de drogas se refleja en: – Un 80 % menos de infecciones por VIH; – Un 50 % menos de muertes relacionadas con el consumo de drogas; – Un 25 % menos de dependientes de heroína; – Un 70 % menos de delitos relacionados con el consumo de drogas; y – Una reducción en la visibilidad de los problemas relacionados con las drogas en el espacio público y un aumento en la seguridad pública”.*<sup>15</sup>

Asimismo, los objetivos perseguidos *“reducción de daños, la integración social y la intervención temprana también desempeñan un papel fundamental”*<sup>16</sup>, abordan la temática desde una perspectiva integral que dejó de lado la criminalización del eslabón más delicado de la cadena – los usuarios – llevándolo a la contención social. Donde la salud pública es la que prima en la materia y resguarda a aquellos que tienen consumos problemáticos, a los que no pueden dejar por sí el hábito por razones que los exceden.

<sup>14</sup>Fuente “Una política sobre drogas y adicciones progresista y pragmática”. *Contact Netz*. Recuperado el 30/05/16 de

[http://www.contactnetz.ch/upload/cms/user/CN\\_FACTSHEET\\_SUCHTPOLITIK\\_SP\\_2015.pdf](http://www.contactnetz.ch/upload/cms/user/CN_FACTSHEET_SUCHTPOLITIK_SP_2015.pdf)

<sup>15</sup>Fuente “Una política sobre drogas y adicciones progresista y pragmática”. *Contact Netz*. Recuperado el 30/05/16 de

[http://www.contactnetz.ch/upload/cms/user/CN\\_FACTSHEET\\_SUCHTPOLITIK\\_SP\\_2015.pdf](http://www.contactnetz.ch/upload/cms/user/CN_FACTSHEET_SUCHTPOLITIK_SP_2015.pdf)

<sup>16</sup>Fuente “LOGROS: Reducir las consecuencias de la dependencia”. *Contact Netz*. Recuperado el 30/05/15 de [http://www.contactnetz.ch/de/fundacion-contact-netz-\\_content---1--1096.html](http://www.contactnetz.ch/de/fundacion-contact-netz-_content---1--1096.html)



De esta forma pudieron lograr que aquellos consumidores dependientes consigan un trabajo estable y así mismo, intentan erradicar uno de los mayores males que asoman en esta coyuntura: la desinformación. Así lo manifiestan: “337 drogodependientes empleados en empresas sociales y 189 clientes apoyados a través de servicios de vivienda anualmente. Asesoramiento sobre los peligros y riesgos del consumo de drogas ofrecidos a 3.668 adultos jóvenes en las fiestas”.<sup>17</sup>

#### 4.2.- Uruguay: a la vanguardia en el abordaje de la ley.-

En materia de legislación, la gran apuesta que asumido Uruguay no cabría la posibilidad de no asombrarse de su arrojo sumamente progresista. Ha decidido abandonar el oscurantismo y ascender hacia un paradigma de integración, en donde el enfoque está puesto en la regulación, el control, la asistencia y la no criminalización.

Luego de una demanda social que hacía cada vez más eco, el equipo perteneciente a la gestión de José Mujica, impulsó en el Congreso Nacional uruguayo el proyecto que finalmente en diciembre de 2013 adquiriría fuerza de ley.

De esta manera, bajo el número 19.172 se promulga la ley que tiene por objeto la regulación en lo que respecta al Cannabis, así lo expone al inicio: “Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución”.<sup>18</sup>

El Estado decidió arrebatarse al mercado negro un gran porcentaje de ganancias derivadas de la producción y comercialización de la Marihuana para destinarlas, por qué no, a sus arcas públicas mediante el control y regulación, y no mediante el sostenimiento de la prohibición y la persecución penal al consumidor. Es que constituye la consecuencia inevitable de quitar de la clandestinidad un bien de cambio tan codiciado por la población de aquel país, y no sería arriesgado afirmar que de muchos otros tantos;

---

<sup>17</sup>Fuente “LOGROS: Reducir las consecuencias de la dependencia”. *Contact Netz*. Recuperado el 30/05/15 de [http://www.contactnetz.ch/de/fundacion-contact-netz-\\_content---1--1096.html](http://www.contactnetz.ch/de/fundacion-contact-netz-_content---1--1096.html)

<sup>18</sup>Ley n°19.172 sobre Marihuana y sus Derivados. Diciembre de 2013. Uruguay.

que deja de pertenecer a aquellos que tienen las influencias y el poder para adquirir o producir esta planta y sus derivados para luego comercializarlas a un precio sumamente recargado.

Es que no puede dejar de considerarse que, la Cannabis es una planta, y que al utilizarse de manera directa desde su cosecha, los costos para servirse de ella con fines medicinales, rituales o recreativos son muy bajos, quitando la represión de por medio obviamente.

Asimismo, en su artículo 4 estipula claramente lo mencionado ut-supra:

*La presente ley tiene por objeto proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico buscando, mediante la intervención del Estado, atacar las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado. A tales efectos, se disponen las medidas tendientes al control y regulación del cannabis psicoactivo y sus derivados, así como aquellas que buscan educar, concientizar y prevenir a la sociedad de los riesgos para la salud del uso del cannabis, particularmente en lo que tiene que ver con el desarrollo de las adicciones. Se priorizarán la promoción de actitudes vitales, los hábitos saludables y el bienestar de la comunidad, teniendo en cuenta las pautas de la Organización Mundial de la Salud respecto al consumo de los distintos tipos de sustancias psicoactivas.<sup>19</sup>*

También se esboza la finalidad de concientizar a la población y prevenir por medio de la información para arribar a una reducción de daños en lugar de una criminalización de lo que ya se ha dicho aquí: una elección voluntaria de hacer.

La salida de la ignorancia respecto a los efectos y consecuencias del uso de Marihuana y otros estupefacentes presenta uno de los fines que persigue esta norma, claramente puede extraerse desde su artículo 10:

*El Sistema Nacional de Educación Pública deberá disponer de políticas educativas para la promoción de la salud, la prevención del uso problemático de cannabis desde la perspectiva del desarrollo de habilidades para la vida y en el marco de las políticas de gestión de riesgos y reducción de daños del uso problemático de sustancias psicoactivas. Dichas políticas educativas comprenderán su inclusión curricular en educación primaria, en educación secundaria y en educación técnico-profesional, con el fin de prevenir sobre el daño que produce el consumo de drogas, incluido el cannabis. La*

---

<sup>19</sup>Artículo n° 4 de la ley n°19.172 sobre Marihuana y sus Derivados. Diciembre de 2013. Uruguay.

*Administración Nacional de Educación Pública resolverá sobre la forma de instrumentar esta disposición. Será obligatoria la inclusión de la disciplina "Prevención del Uso Problemático de Drogas", en las propuestas programáticas y planes de estudio para educación inicial, primaria, secundaria, y técnico-profesional, formación docente y en la Universidad Tecnológica. Dentro de dicha disciplina se incluirán espacios especialmente destinados a la educación vial y a la incidencia del consumo de las sustancias psicoactivas en los siniestros de tránsito.<sup>20</sup>*

Y, finalmente, en su artículo 9, la norma referenciada alude a lo que en Suecia se está llevando a la realidad: la reducción de daños.

No es una referencia menor, dejar en claro que la alternativa que está emprendiendo el pueblo uruguayo, no tiene porque atentar contra los tratados internacionales celebrados, sino todo lo contrario. En su artículo 3 lo manifiesta abiertamente.

Para poder llevar adelante el proyecto integral que la normativa propugna, se creó el IRCCA (Instituto de Regulación y Control del Cannabis) el que en sus objetivos perseguidos y responsabilidades se encuentran:

*Controlar y fiscalizar la plantación, cultivo, cosecha, producción, acopio, distribución y expedición de cannabis. Formular y aplicar las políticas públicas dirigidas a regular y controlar la distribución, comercialización, expendio, ofrecimiento y consumo de cannabis. Desarrollar estrategias dirigidas al retraso de la edad de inicio del consumo, al aumento de la percepción del riesgo del consumo abusivo y a la disminución de los consumos problemáticos. Coordinar los ofrecimientos de cooperación técnica realizados al país en esta materia. Proporcionar evidencia científica, mediante la investigación y evaluación de la estrategia para la orientación de las políticas públicas de cannabis.<sup>21</sup>*

Lo que está intentando Uruguay con su nueva legislación regulatoria es dejar de perseguir y arrojar a las celdas a los usuarios, que no son sino personas, ciudadanos, habitantes, con derechos individuales reconocidos a nivel Constitucional e internacionalmente por Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos.

Se puede avizorar nuevos enfoques que ofrecen mejores consecuencias y una mejor tutela a los derechos individuales y de la sociedad en conjunto.

---

<sup>20</sup>Artículo n° 10 de la ley n°19.172 sobre Marihuana y sus Derivados. Diciembre de 2013. Uruguay.

<sup>21</sup>Fuente "Objetivos y Cometidos". IRCCA. Recuperado el 01/06/16 de <http://www.ircca.gub.uy/objetivos-y-cometidos/>

### 4.3.- Conclusiones parciales

Hemos visto durante el recorrido de este apartado como ha sido implementado un camino distinto para dismantelar y reducir la consecuencias perniciosas del narcotráfico el cual constituye, como fue señalado al inicio del capítulo, uno de los fundamentos para sostener que la penalización de la tenencia para el propio consumo se encuentra en armonía con el espíritu del artículo 19, alegando que aquella excede la privacidad del consumidor por estar relacionada con el mercado ilegal.

Tanto en Contact Netz como en el caso de ley de regulación del acceso al cannabis en Uruguay, se enfatizó que una de las finalidades de los proyectos es la de cortocircuitar el sistema del tráfico ilícito de estupefacientes. Además, otro de los ejes fundamentales es la asistencia al usuario problemático, atendiendo y aceptándolo en lugar de darle la espalda y reprimirlo.

En ambos casos se partió desde un escenario socio-político en materia de drogas como el nuestro pero se optó por modificar ese marco normativo en función de otro que contemplaba esa realidad social de manera distinta. Cabría preguntarse ¿cuál fue la causa que motivo tal decisión? ¿Por qué busco dejarse atrás, o reducirse en gran medida, la prohibición del consumo de estupefacientes? Son interrogantes que considero válidos, que aunque no podría constatar empíricamente, permiten comenzar a rever las medidas adoptadas.

## CONCLUSIÓN

En el camino transcurrido hasta aquí he intentado realizar un pequeño aporte a la hipótesis que la tenencia de estupefacientes para consumo personal es inconstitucional a la luz de los principios de privacidad, autonomía personal y exteriorización contenidos en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

En primer término fue mencionado que el uso de sustancias psicotrópicas no es un fenómeno moderno. Que existe una diversidad de consumidores que debe ser atendida y que los mismos requieren atención distinta por parte del Estado, en caso que se trate de usuarios problemáticos ya que como fue manifestado, consumir no necesariamente implica adicción. Quiero decir, que no siendo parte de esta tesis exponer resultados de orden médico ni de números solamente, no pretendo aseverar cuánto y en qué medida el consumir alguna de las sustancias que se encuentran excluidas de la legalidad infringen daño en la salud y tampoco pretendo afirmar que son inocuas.

Más bien quisiera señalar que también existen sustancias de venta libre en farmacias o productos derivados de la industria alimenticia que también provocan daños a la salud en distinta medida como fue señalado por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas en el 2008. De lo cual se deriva que el efecto del daño a la salud del consumidor no es monopolio de las drogas prohibidas y con el mismo propósito podría llegar a penalizarse la tenencia y consumo de muchos bienes consumibles que hoy circulan libremente.

Que al poner de manifiesto las posibles interpretaciones al artículo 19 de la C.N. podemos advertir que el perfeccionismo restringiría, estimo, casi al mínimo la libertad de las personas y cercenaría la posibilidad de elección de lo que consideran una vida buena cuando desde el Estado se considerase que las mismas no se condicen con los parámetros preestablecidos. Luego, la tesis liberal demuestra una gran apertura a la diversidad de elecciones que los ciudadanos pueden hacer respecto de sus propias vidas, dejando en claro que sus acciones no pueden perjudicar a terceros o afectar la moral y los deberes para con los demás. Me refiero a que el límite de la privacidad se encuentra

cuando el accionar de una persona disminuye las posibilidades de elección de otra, ya sea afectándola en sus bienes o en su persona.

Luego, para determinar si la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal se encuentra en armonía o no con el artículo 19 de la CN cabría trazar el siguiente camino: el consumidor de estupefacientes primero necesita tener la sustancia, y teniendo en cuenta que la acción tipificada es *tener*, cuando alguien camina por la calle en posesión de cualquier droga o cuando cualquier individuo de esta sociedad consume dentro de un recinto cerrado, sea cual sea el mismo, está consumando el delito previsto en el artículo 14 por tener. Entonces la pregunta clave es ¿Cuándo alguien tiene estupefacientes y no ha trascendido la esfera de lo privado en cualquiera de sus formas, está provocando un daño a la moral, el orden público o está perjudicando a terceros? Si la respuesta fuese afirmativa... ¿de qué modo se produciría tal perjuicio si no hay exteriorización alguna en la realidad circundante de un tercero que no sea el consumidor?

Otro frente desde el cual puede criticarse la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal, es al analizar el tipo. Fue señalado que los delitos de tenencia fundamentan su represión desde el riesgo y no desde la lesión al bien jurídicamente protegido, y que aquél es dividido en peligrosidad real y la abstracta. Es este grupo al que pertenecen los delitos de tenencia, el cual penaliza la acción no por el riesgo creado por ella sino que el riesgo determinado previamente por el legislador. Lo cual estimo que es de dudosa constitucionalidad, ya que al preverse el posible riesgo que la acción puede ocasionar en la realidad antes de que efectivamente ocurra es una tarea de adivinación arriesgada y peligrosa.

Luego al profundizar en lo que se conoce como el principio de insignificancia, se puso énfasis en dejar entrever que la lesión al bien jurídicamente protegido es un factor determinante al momento de incluir una acción a la nómina de delitos. Incluso, en caso de producción de un daño el mismo debe ser de una entidad similar a la sanción que acarrea en virtud del principio de proporcionalidad.

Asimismo, un daño producido en un bien jurídico no implica necesariamente que el mismo deba ser reparado mediante la intervención del derecho penal. Por lo que cabría preguntarse ¿la tenencia de estupefacientes para consumo personal provoca un daño a la salud pública de tal entidad que amerite la persecución mediante el monopolio de la fuerza pública?

Por último, el mercado ilegal es otro argumento atendible y relacionado con la constitucionalidad del artículo 14 de la ley 23.737. Conforme fue expuesto que juristas de la talla de Núñez, el consumo de estupefacientes se encuentra con armonía con la CN por estar relacionado con el tráfico de drogas, el cual afecta directamente la salud pública. Si consideramos que esa relación es cierta, el objetivo de desarticular el narcotráfico bien podría ser solucionado de otra manera que no sea apuntando al usuario. ¿Por qué razón no podría existir la penalización del comercio de drogas mientras que se permita la tenencia de estupefacientes, que por *escasa cantidad y demás circunstancias*, indican que son para consumo personal?

Si el objetivo es disminuir el narcotráfico, la penalización de la tenencia de drogas no necesariamente debe ser el camino a seguir para lograr tal fin. Como fue expuesto en el último capítulo, una manera de disminuir las influencias del mercado ilegal en las personas, sobre todo las que provienen de los sectores más vulnerables, es distribuyéndolas mediante la intervención estatal o la autorización a fundaciones para ello.

Si el Estado es quien acepta la realidad de su población y decide proveer de la droga que parte de ella demanda, se podría de esta manera cortocircuitar el sistema montado por el narcotráfico. Si se proveyera y garantizara el acceso a la sustancia en un marco de legalidad y salubridad, el usuario no necesitará vincularse con el mercado negro. Como ocurrió en el caso de países como Suecia que disminuyeron las muertes por sobredosis, contagio de SIDA y disminución de conflictos derivados del tráfico ilegal.

Otro ejemplo fue la regulación del acceso al cannabis para todo fin en Uruguay. Los motivos de dicha regulación se encuentran entre los cuales estructuraron la sanción

de la ley 23.737 en nuestro país: la persecución del narcotráfico y la reducción de las adicciones.

Quisiera destacar nuevamente, que los países recientemente mencionados partieron desde una prohibición en materia de drogas similar a la nuestra. Por lo que cual debió existir alguna razón muy importante para virar el timón hacia la despenalización.

Si podemos llegar a concluir que la tenencia de estupefacientes no puede ser perseguida por el derecho penal, ello no significa que el consumo problemático no pueda ser menguado mediante políticas públicas orientadas a informar y asistir a los usuarios que han caído en la adicción y quieren abandonar las difíciles contrariedades que ella acarrea.

Entonces, de esta manera podría conseguirse el mismo resultado esgrimido por la ley penal a la vez que se respeta la autonomía de la voluntad de quienes quieran incurrir en un consumo habitual.

Considero que eliminar el consumo de estupefacientes mediante la represión al usuario (en todos sus tipos) bien puede equivaler a pretender que los problemas de realidad de las personas va a modificarse sancionando normas penales. Con esto no quiero decir que no debe existir el derecho penal ni que se dejen de sancionar la comisión de delitos, pero debe dejarse en claro que la tipificación de conductas que lesionen bienes o derechos ajenos no es equivalente a tipificar acciones que repercuten de modo directo en el propio sujeto que las lleva adelante. Si la intención es disminuir los efectos perniciosos del consumo problemático de drogas considero que lo que debería hacer el Estado es regular el acceso a las mismas.



## LISTADO DE BIBLIOGRAFIA

### Doctrina

- EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL (2011). Manual de la Constitución Argentina (6ta. Edición). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- ESCOHOTADO, ANTONIO (1998). Historia de las drogas (7ma edición). Madrid: Alianza Editorial.
- MILL, J. (2010). *Sobre la libertad*. Bernal: Prometeo.
- NEUMAN, ELÍAS (1994). Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- NINO, CARLOS SANTIAGO (1992). Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NUÑEZ, Ricardo C. (2009). Manual de Derecho Penal – Parte General. Lerner Editora S.R.L.
- SOLER, Sebastián (1992). Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- ZAFARONNI, Raúl E. (1998). Tratado de Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires: Ediar.

### Doctrina publicada en internet

- COLOMER, Jose Luis (2005). Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- GALLO, Patricia. Enfoque crítico de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en el Derecho Penal argentino. *Revista Electrónica Universidad Autónoma de Madrid*. Recuperado el 15/03/2017 de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6006>

- NINO, Carlos Santiago (1979). ¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”? LA LEY-1979-D-743/758.
- SANSO G. (2011). Bagatela e Insignificancia en el Derecho Penal. *Editorial Juris*. Recuperado de <http://www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=36&texto>

### Jurisprudencia

- CSJN. RECURSO DE HECHO. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 (2009).
- CSJN. "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", Fallos: 308:1392 (1986).
- CSJN. “Montalvo Ernesto Alfredo s/ infracción ley 20.771”, Fallos: 313:1333 (1990).

### Legislación nacional

- Constitución Nacional Argentina.
- Ley 23.737 sobre estupefacientes.
- Código Penal.

### Legislación comparada

- Ley n°19.172 sobre Marihuana y sus Derivados. Diciembre de 2013. Uruguay.

### Tratados internacionales

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

### Publicaciones extraídas de internet

- Diario La Nación, versión online, fuente extraída  
<http://www.lanacion.com.ar/1479469-zaffaroni-sobre-la-despenalizacion-toda-la-politica-represiva-no-sirvio-para-nada>
- El fallo Arriola: Debate en torno a la desjudicialización de la atención sanitaria de los usuarios de drogas. Recuperado el 15/06/2017 de  
<http://www.aacademica.org/maria.pia.pawlowicz/39>
- Mama Cultiva. Recuperado el 20/05/16 de <http://www.mamacultiva.org/>
- Contact Netz. Recuperado el 30/05/16 de  
<http://www.contactnetz.ch/de/fundacion-contact-netz- content---1--1096.html>
- IRCCA. Recuperado el 01/06/16 de <http://www.ircca.gub.uy/objetivos-y-cometidos/>