



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

**TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES
PARA CONSUMO PERSONAL
- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO -
Ley N° 23.737, Art. 14, 2° párrafo.**

Carrera: Abogacía

Alumna: Victoria Ester Castillo Luna

Año 2016

Resumen

En el presente trabajo final de grado, se trata de dilucidar si la conducta comisiva del tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto y reprimido por el art. 14 segundo párrafo de la ley N° 23.737 vigente a la fecha, lesiona el bien jurídico "Salud Pública", protegido por la norma. Partiendo de definir conceptos generales, como bien jurídico, salud pública y delitos de peligro abstracto, para luego analizar la doctrina y la legislación local donde el Estado fue penalizando y despenalizando la tenencia de estupefacientes para consumo personal, como así de exponer la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal al respecto.

Abstract

In this final degree, it is comisiva determine whether the conduct of the crime of possession of drugs for personal consumption, planned and repressed by art. 14 second paragraph of the current law No. 23,737 to date, injures the legal right "Public Health", protected by the standard. From define general , as well legal concepts, public health and crimes of abstract danger, and then analyze the doctrine and local laws where the state was penalized and decriminalizing the possession of drugs for personal consumption, as well exposing the jurisprudence of our highest court in this regard.

Palabras claves: bien jurídico, bien jurídico colectivo, salud pública, principio de lesividad, principio de reserva, delito de peligro abstracto.

Keywords: legally, collective good legal, public health, harm principle, principle reserve, offense abstract danger .

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	5
ASPECTOS GENERALES	5
1. Concepto de bien jurídico.	5
2. Funciones del bien jurídico	10
3. Principio de reserva y lesividad.	12
CAPÍTULO II	17
SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO.....	17
1. Bienes jurídicos “colectivos”.	17
2. Concepto de salud pública.	19
3. Delito de peligro abstracto.	22
CAPÍTULO III.....	26
DELITO TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES.....	26
PARA CONSUMO PERSONAL	26
1. Salud pública y la legislación sobre estupefacientes.	26
2. Argumentos para la punición: distintas teorías.	29
2.1. Teoría del perfeccionismo:.....	30
2.2. Teoría paternalista:.....	30
2.3. Teoría de la defensa social:.....	31
3. Posturas doctrinales sobre naturaleza del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.....	31
CAPITULO IV.....	34
TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	34
1. Posturas opuestas.	34
1.1. Fallo Colavini.....	34
1.2. Fallo Bazterrica y Capalbo.....	36
1.3. Fallo Montalvo.....	37
1.4. Fallo Arriola.....	40
CONCLUSIÓN.....	44
BIBLIOGRAFÍA	48

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos en cuanto consustanciales a la naturaleza del hombre y fundados en el valor Dignidad Humana, ha sido el resultado de una trayectoria tan larga como la historia misma del hombre. Así de la negación total de un ámbito de libertad al individuo en la antigüedad, a la aceptación de ciertos privilegios o excepciones a favor de determinados grupos o estamentos durante la Edad Media, para luego dar paso al reconocimiento expreso de derechos humanos, primero en su faz individual (2da. mitad del S.XVIII) y luego en su faz social, al finalizar la primera Guerra Mundial, hasta llegar, en el constitucionalismo moderno, al reconocimiento de derechos de incidencia colectiva (ambiente sano, patrimonio histórico - cultural, etc.).

Entre los derechos humanos, encontramos el Derecho a la Vida, del cual se derivan en igual rango, otros derechos, entre ellos el Derecho a la Salud, reconocidos ambos en nuestra Carta Magna de 1.853 (art. 29 y 33 C.N.) y en los Tratados Internacionales obre Derechos Humanos incorporados con igual jerarquía constitucional, mediante el art. 75 inc. 22 C.N., a partir de la reforma del año 1994.

En un Estado de Derecho de naturaleza liberal como el nuestro, corresponde al mismo ser el garante del efectivo ejercicio de tales derechos humanos y de las libertades reconocidas a la persona en el ordenamiento jurídico vigente.

En relación a las drogas, hemos visto como la producción, el tráfico, comercialización, la tenencia y el consumo de estupefacientes, ha ido incrementándose, tal como lo resaltan diversos estudios; los que dan cuenta de cómo las drogas (heroína, cocaína y otras) no sólo matan al adicto sino destrozan familias, propician la inseguridad, como así también la transmisión de enfermedades.

Es la droga así un flagelo, que ha traspasado las fronteras territoriales, volviéndose una problemática universal, en la que el Estado ha intervenido de diversas maneras, principalmente mediante cambios legislativos, fundándose para ello, en razones de política criminal.

En este punto cabe recordar que los principios de lesividad y de reserva, tienden a aminorar la función punitiva del Estado a través del Derecho Penal, en defensa de su esencia de *última ratio* de la política social.

En el desarrollo legislativo contra el narcotráfico, se ha observado en particular, como el Estado ha ido incriminando y desincriminando la tenencia de estupefacientes para consumo personal, con distintos argumentos.

En el régimen actual, en materia de estupefacientes, la ley 23.737 en su art. 14 párrafo segundo, pune la “tenencia de estupefacientes para consumo personal”, invocando la protección de la Salud Pública, lo que ha sido puesto en tela de juicio tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entre los fundamentos dados por uno u otro sector, encontramos que se observa que el modelo de política criminal tenido en cuenta para la tipificación realizada por la ley citada, no parece guardar congruencia con el principio de reserva ni con el lesividad, violentándose así derechos y libertades fundamentales y garantías reconocidas por la Constitución Nacional.

Atento a tal panorama, y entendiendo que no habría afectación del bien jurídico protegido por dicha norma; en el presente trabajo, a través del análisis del enfoque de la doctrina y jurisprudencia preponderantes, se tratará de dilucidar si el tipo penal “tenencia de estupefacientes para consumo personal” referido, lesiona o no el bien jurídico “Salud Pública”.

A tal fin, se realiza una exposición de los “Aspectos Generales” vinculados con la temática (concepto de bien jurídico, sus funciones, principio de reserva y lesividad); un análisis de la “Salud como Bien Jurídico Protegido”, para luego adentrarnos en el tratamiento del “Delito de Tenencia de Estupefacientes para Consumo Personal”, haciendo para ello, un recorrido de la evolución histórica de la legislación dictada, las teorías que fundamentan su punición y las posturas doctrinales respecto de la naturaleza de este tipo penal; para finalmente abordar los “Tratamientos Jurisprudenciales” de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, exponiendo los *leading cases* en la materia referida y los cambios de posturas evidenciados en los mismos, por el más Alto Tribunal.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

1. Concepto de bien jurídico.

Tenemos que en todo delito existe un objeto jurídico, el “bien” al que el Derecho otorga su protección y se denomina “bien jurídico”.

Respecto de qué cosa es este bien, a lo largo de la historia no ha encontrado una respuesta unánime entre los juristas, lo que ha dado lugar a ciertas interpretaciones, entre las cuales se encuentran incluso, algunas que han pretendido desmerecer su esencia.

Sin embargo su instalación, ha sido obra del más puro pensamiento de la Ilustración, y en su origen, al margen de otras importantes opiniones, fue utilizado por autores de la talla de Feuerbach, quien para frenar una creciente ola moralizante del Derecho Penal, sostuvo que el núcleo del delito es la afectación de un derecho subjetivo y sentando así las bases de un sistema penal orientado empíricamente. Surge una pauta limitadora del *ius puniendi* estatal, a la protección exclusiva de derechos subjetivos, como reacción ante un Estado absoluto y la punición de conductas lesivas de la moral o la religión (Feuerbach, 2.007).¹

En la misma línea doctrinaria, encontramos a Carrara, quien sentenciaba que de permitirse que la ley no sea entendida como defensa ante una agresión, “se autorizaría una censura moral aún allí donde no existiera un daño sensible y la autoridad social usurparía la potestad divina”; y si el castigo no encontrase otra explicación “se autorizaría la represión de actos no malvados, con el pretexto de utilidad pública y se concedería a la autoridad social la tiranía de la arbitrariedad” (Carrara, 1.996, pp. 18/19).²

A la par de estas nociones primarias, surgen teorías como la de Ihering, para quien bien es el interés que se procura resguardar a través del derecho penal, es todo aquello que nos puede servir: cualquier cosa apta para satisfacer una necesidad humana, sea un objeto del mundo exterior (una cosa que se posee) o una cualidad del

¹ Feuerbach, A. (2007). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, trad. por Zaffaroni E. e Hagemeyer I. y Hassemer, W. (1984). “*Fundamentos de Derecho Penal*”. Barcelona: Bosch.

² Carrara, F. (1996). *Programa de Derecho Criminal*. Trad. de Ortega Torres J. y Guerrero J. Vol. I. Buenos Aires: Temis.

sujeto (la integridad física). Así el concepto de bien, indica el mismo, además del objeto de la tutela penal, la verdadera esencia del delito (Antolisei, 1.960).³

A partir de estas nociones iniciales, el concepto de bien jurídico continuó en desarrollo, con los alcances que hoy lo conocemos comprensivo de bienes individuales y colectivos, y termina por determinarse con las obras de autores como Birnbaum y Binding.

Al respecto, Birbaum resaltó que aquello que resulta realmente lesionado por el delincuente, va mas allá de la víctima concreta, siendo tal el interés de toda la colectividad. Sostenía el autor "...el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello, puede suceder solo respecto a lo que es objeto de derecho, es decir un bien que jurídicamente nos pertenece" (Bustos Ramírez, 1.984, p. 51).⁴

Fue este autor quien a diferencia de la posición de pura subjetividad de Feuerbach, sostuvo que el delito no lesiona derechos subjetivos sino bienes; la protección penal se establece más allá de las personas y las cosas, la protección tiene como punto de referencia el criterio de los "bienes comunes". Si el delito quiere considerarse como lesión, este no puede estar referido a un derecho sino a un bien. La posición de Birnbaum traslada el acento al objeto de protección del derecho, se caracteriza por otorgarle un carácter limitador al poder estatal, pues establece que bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos.

En las postrimerías del siglo XIX, Karl Binding entendió que toda norma encierra en sí un bien jurídico, y por lo tanto, toda desobediencia a la norma es una lesión al bien jurídico que aquella contiene. Entendía así por bien jurídico todo aquello que el legislador establecía como valioso para el Derecho (Fernández, 2.004).⁵

La valoración del legislador quedará expresada en la norma y cada norma lleva en sí su propio bien jurídico, esto es, el objeto del delito que es un producto de la decisión política del Estado y su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos. La norma no

³ Antolisei, F. (1.960). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: U.T.E.H.A

⁴ Bustos Ramírez, J. (1.984). *Manuel de Derecho Penal Español Parte General*. Barcelona: Ariel Derecho.

⁵ Fernández, G. (2.004). *Bien Jurídico y Sistema de Delito*. Buenos Aires: B de F.

necesita ningún otro presupuesto que el de ser expresión de la soberanía del Estado. El bien jurídico es un bien del Derecho (Bustos Ramírez, 1.989).⁶

El planteamiento de este autor tiene como presupuesto la existencia de un «derecho subjetivo». A diferencia de Feuerbach que los concebía como derechos subjetivos de los particulares o del Estado, en Binding éste sólo le pertenece al Estado. El derecho subjetivo del Estado es un derecho a mandar, capaz de exigir obediencia y ejercer el imperio; por lo cual rehusar la obediencia es, por lo tanto, siempre negación del poder público, del derecho público establecido a favor del Estado.

El primer intento de limitación de carácter suprapositivo lo encontramos en Franz Von Liszt, para quien el bien jurídico es “interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”, interés al que la protección de derecho le da la categoría de bien jurídico. Bien jurídico será un interés jurídicamente protegido, previo al ordenamiento jurídico (Franz Von Liszt, 1.927).⁷

Su postura parte de la base de que el Derecho existe por voluntad humana, por lo que el fin del Derecho Penal no puede ser otro que la protección de intereses humanos vitales, estos intereses al ser pre-jurídicos, son elevados a la categoría de bienes jurídicos precisamente cuando son protegidos por el Derecho. En consecuencia de esta postura, el núcleo del concepto es independiente del Derecho vigente (Ibídem).⁸

Von Liszt planteó que el bien jurídico no es un concepto puramente jurídico, distinguiéndose en este punto de Binding que considera que el bien jurídico lo crea el legislador y se plasma en la norma, sino un concepto material, una creación de la vida, un interés del individuo, de la comunidad que el Derecho protege y lo eleva a la categoría de bien jurídico y en consecuencia previo al Derecho positivo, así el orden jurídico no crea el interés (Ibídem).⁹ La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder

⁶ Bustos Ramírez, J. (1.989). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (3ª ed.) Barcelona. Ariel Derecho.

⁷ Liszt, F. V. (1.927). *Tratado de Derecho Penal*. (20va. ed.). T.II. Madrid: REUS. Trad. de Luis Jiménez de Asúa.

⁸ Ibídem.

⁹ Ibídem.

del Estado o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos.

Liszt no estableció el contenido del bien jurídico ni como condición de vida ni como interés jurídicamente protegido, dejó sin precisar los supuestos de necesidad de protección, ello congruente con su concepción que el Derecho Penal es una ciencia penal integral la cual se vinculaba a la realidad social y no se determinaba por el estudio puro de las normas (Ibídem).¹⁰

Para Hans Welzel, la acción humana es el concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico), pasando el bien jurídico a ocupar una posición secundaria, lo fundamental son los deberes éticos-sociales y “sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz” (Welzel, 1.970, p. 14), valores materiales. Según este autor, el Derecho Penal quiere proteger principalmente determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos). La misión central del Derecho Penal reside, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores. En síntesis, para este autor, el bien jurídico no fundamenta una teoría del delito dado que no es ni un concepto ni una categoría autónoma (Welzel, 1.970).¹¹

En la teoría neoconstitucionalista de Luigi Ferrajoli, se sostiene que la tutela penal se encuentra vinculada a bienes jurídicos directa o indirectamente relacionados a intereses vitales de las personas de carne y huesos; asume un punto de vista externo al Derecho, y se identifican no sólo con “bienes jurídicos individuales”, como la vida, las libertades y los diferentes tipos de derechos subjetivos, sino también con todos los bienes colectivos, respecto de cuáles son estos bienes jurídicos, expresa que:

...no se encuentra en absoluto desvinculada de parámetros jurídicos; esto es, de los bienes jurídicos expresamente protegidos por la Constitución (...) de ésta se deriva un anclaje normativo, de derecho positivo, para la doctrina filosófica que condiciona la intervención penal sólo frente a la tutela de los bienes directa

¹⁰ Ibídem

¹¹ Welzel, H. (1.970). *Derecho penal alemán, parte general*. Chile: Jurídica de Chile. Trad. Bustos Ramírez, J. y Yañes Pérez, Sergio.

o indirectamente reconducibles a los intereses vitales de las personas de carne y hueso (Ferrojoli, 2.012, pp.107/108).¹²

Para Roxin, el concepto de bien jurídico vinculante, político-criminalmente sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la ley fundamental del Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado, por cuanto el punto de partida consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social-global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin, 1.997).¹³ El autor reconoce que su concepción de bien jurídico es de tipo normativo, pero no estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico. En nuestra doctrina nacional, Zaffaroni, Alagia y Slokar, tienen postura similar.

Por su parte, Nino, basándose en los estudios de dos positivistas, Carnap y Nagel, propone la hipótesis de que un bien jurídico es un término teórico, entendido como aquello que no hace referencia a ninguna entidad observable. El autor propone como definición: “una conducta lesiona un bien jurídico, cuando esa conducta es antijurídica, si bien reconoce que tal regla no desarrolla el significado de la expresión bien jurídico, brinda una condición suficiente para utilizar la expresión lesión a un bien jurídico” (Nino, 1.984, pp. 69/70).¹⁴

Para Falcone, Conte y Simaz, no puede establecerse un concepto de bien jurídico preexistente y trascendente al Derecho, pero a su juicio el mismo puede derivarse de tres formas: a) de violaciones morales objetivas presupuestas en la valoración de las normas penal; b) de normas constitucionales y c) de normas penales sustantivas, considerando lo más plausible optar por la segunda, por cuanto entiende que es más bien la compatibilidad o no con la Carta Magna de castigar una

¹² Ferrajoli, L. (2.012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 8 (Nº 79), julio-diciembre, pp. 107/108. Medellín: Universidad EAFIT.

¹³ Roxin, C. (1.997). *Derecho Penal Parte General*. T. I (2da. Ed.). Trad. por Diego Manuel Lozón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitatis

¹⁴ Nino, C. S. (1.984). *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. pp. 69/70. México: UNAM

determinada conducta, lo único que puede analizarse con cierta razonabilidad (Falcone, Conte y Simaz, 2.014).¹⁵

Asimismo cabe señalar que se habla en la doctrina de bienes jurídicos individuales y colectivos, distinción que tiene en cuenta según se afecten directamente a la persona individual o a la sociedad como tal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, etcétera (Muñoz Conde y García, 2.010).¹⁶

Determinada así la noción de bien jurídico, cabe tenerse presente que la protección del mismo se realiza no sólo mediante el Derecho Penal, sino que cooperan en ello todo el ordenamiento jurídico.

Al decir de Roxin, el Derecho Penal sólo es incluso la última de entre las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.. Por ello se denomina a la pena como la “*última ratio*” de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho Penal sólo protege los bienes jurídicos frente a formas de ataque concretas, se habla de la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal (Roxin, 1.997).¹⁷

Finalmente hay que tener presente que el reconocimiento y el rango de los bienes jurídicos no sólo depende de la estructura social, sino también de las cambiantes corrientes de cada época. Desde allí que la pérdida de valor de un bien jurídico que hasta determinado momento ha sido considerado como digno de protección, constituye la principal razón para la derogación de las leyes por el Derecho consuetudinario contrario a ellas (Maurach y Zipf, 1.994).¹⁸

2. Funciones del Bien Jurídico

Concomitantemente con la elaboración conceptual de bien jurídico, la doctrina ha ido atribuyendo diversas funciones a este concepto.

¹⁵ Falcone, R., Conti, N.J. y Simaz, A.L. (2.014). *Derecho Penal Tráfico de Drogas* (2da. Ed.) Buenos Aires: Ad- Hoc.

¹⁶ Muñoz Conde, F. y García Areán M. (2.010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁷ Roxin, C. Op. Cit.

¹⁸ Maurach, R. y Zipf, H. (1.994) *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.

Así, parte de los autores señalan como funciones del bien jurídico las siguientes: 1) “De crítica o de garantía” tendiente a limitar el ejercicio de ius puniendi estatal, 2) “De legitimación material de la norma” que necesita ser justificada racionalmente en el contexto democrático de Derecho, y 3) “Teleológica” o Interpretativa, en tanto ha de ser empleado como criterio de interpretación de los tipos penal¹⁹; y 4) Sistemática.

En este orden de ideas, el bien jurídico funcionará en la relación individuo-Estado como garantía a fin de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal. Es el elemento vivificador del concepto de delito que legitima, justifica y explica la concreta intervención penal y esclarecerá además los alcances de la protección a fin de evitar las arbitrariedades antes mencionadas.

La función crítica, deriva del hecho de que al determinar lo que se quiere proteger y mostrar su fundamentación, se abre la posibilidad de efectuar una revisión crítica del ordenamiento penal, develando las conductas que de acuerdo a la evolución de la sociedad ya no se hacen merecedoras de tutela punitiva.

En palabras de Santiago Mir, el bien jurídico resulta una “guía de interpretación”, aquí su otra función, pues permitirá descubrir el ámbito de protección o el fundamento del injusto. Se constituye en criterio fundamental para determinar el sentido y alcance de los tipos penales (Mir, 2.004).²⁰ Conforme esta función, el proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate (Bustos Ramírez y Hormazábal, 1.997).²¹

Asimismo, se le atribuye al bien jurídico una “función ordenadora o sistemática” al jerarquizar las infracciones particulares (Cobos del Rosal y Vives, 1.996)²². En razón de esta función, se entiende que los Códigos Penales agrupan los diferentes tipos delictivos en su parte especial, siguiendo una jerarquía acorde al valor

¹⁹ Fernández, A. (2.004). *Bien Jurídico y Sistema de Delito*. Buenos Aires: B de F

²⁰ Mir Puig, S. (2.004). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: B de F.

²¹ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H. (1.997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.

²² Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S. (1.996). *Derecho Penal Parte General*. (4º ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

atribuido a cada bien o según la modalidad de agresión. Así vemos como nuestro Código Penal en su parte especial ordena los distintos tipos delictivos en razón de los bienes protegidos, regulando en sus distintos títulos sobre los delitos contra la vida, el honor, la integridad sexual, la libertad, etc.

Además, hay a su vez, quienes reconocen a dicho bien “funciones dogmáticas”, por cuanto ubicado en la esencia de los tipos penales, el bien jurídico se constituye en el núcleo material de lo injusto; siendo entonces el criterio material determinante de la tipicidad y la antijuricidad. La norma penal (mandatos y prohibiciones) dará sentido a lo protegido y la dirección de los mismos. La transgresión de la norma se explica como afección o puesta en peligro del bien jurídico. El dato de bien jurídico no es abstracto sino preciso y diferenciado, así el Derecho Penal no ha de proteger el “valor vida” en cuanto tal valor, sino la vida concreta de los ciudadanos. Por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuantos meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad (Mir Puig, 1.994).²³

3. Principio de reserva y lesividad.

El ejercicio de ius puniendi estatal tiene límites dados, no sólo en función del bien jurídico que se pretende proteger, sino por una serie de principios que dan el marco de legitimidad que fundamentan la emisión de la norma penal y su aplicación.

En el sistema constitucional argentino, existen límites al ejercicio del poder penal, cuya formulación más representativa, la encontramos en la primera parte del Art. 19 de la Constitución Nacional de 1.853, el cual reza así: “*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados*”.

Esta norma encuentra su antecedente histórico directo en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1.789 (art. 4º y 5º), cuando dice: “*La libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás*” y “*la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para los demás*”.

En nuestro derecho patrio, encontramos tal disposición en lo dispuesto por el art. 7º del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias

²³ Mir Puig, S. (1.994). *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi en El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.

Unidas de 1.813, que decía “*la libertad es la facultada de obrar cada uno a su arbitrio sin violar las leyes ni dañar los derechos de otro ni al cuerpo social*”; en el Estatuto Provisional de 1.815 (Sección 7º, Cap. I, art. 1º) que tiene su texto idéntico al actual, con la sola diferencia que se refiere sólo al “orden público” en lugar del “orden y la moral pública” y finalmente en las Constituciones de 1.819 y 1.826, la que contenían un texto similar a la norma en examen.

Entre las fuentes normativas actuales del art. 19 de la C.N., tenemos el arts. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que en la actualidad cuentan con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.) conforme a la reforma del año 1.994.

Estrada, señala que la proclama constitucional referida, consagra con claridad la separación entre el derecho y la moral individual, entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona (Estrada, 1.895).²⁴

Esta primera parte del art. 19 de la C.N., incorpora expresamente a la pirámide de nuestro ordenamiento jurídico dos principios rectores: el Principio de la Autonomía o Reserva y Principio de Lesividad.

Cabe citar en este punto a Joaquín V. González, quien explica el alcance de la proclama de libertad diciendo:

...pocas constituciones han comprendido con tanto acierto la libertad como la nuestra, cuyo artículo 19º contiene todos los aspectos del principio, pues claramente comprende los dos principales caracteres de la libertad, el que se refiere a la vida privada, a la esfera de la independencia personal donde no llega el poder de la ley, y al que toma al hombre como miembro de la comunidad, obrando activamente dentro del radio donde la ley alcanza... (González, 1.983, pp. 116/117).²⁵

En cuanto al principio de autonomía o reserva, Nino refiere a él, expresando que es:

El núcleo de una concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones “acciones privadas de los hombres” y “acciones que no ofendan el orden y la moral pública” y “acciones que no perjudiquen a

²⁴ Estrada, J. M. (1.895). *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*. Buenos Aires: Compañía Sudamericana de Billetes de Banco.

²⁵ González, J. V. (1.983) *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Estrada.

terceros” se entiendan como coextensivas, vale decir como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos sobre terceros (Nino, 1.992, p. 317).²⁶

En cuanto al alcance de la norma constitucional, fija ésta un ámbito privado, que importa un límite al poder penal, distinguiéndose según el constitucionalista Sampay, tres esferas de las cuales las dos primeras resultan impunes:

a) acciones privadas internas (íntimas) que no se externalizan ni trascienden al sujeto que las realiza; b) acciones privadas externas: que son comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza, pero que a pesar de su exteriorización siguen siendo acciones privadas a los fines del artículo 19 de la CN, mientras no afecten al bien común, y c) acciones públicas: igual que la anterior pero que preocupan al bien común (Falcone et al., 2.014, p. 58).²⁷

En base a ello, el ordenamiento jurídico argentino efectiviza la máxima Kantiana -absolutamente válida en el campo penal- según la cual la única área del Derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno (Ferrajoli, 2005)²⁸ y dicha limitación alcanza de manera especial, a la actividad de Poder Judicial porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de “moralización” subjetiva y arbitraria del ejercicio del poder del sistema penal (Zaffaroni, 1.998).²⁹

Esas premisas son ratificadas en la 2da. parte de la cláusula, que expresa “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley o privado de lo que ella no prohíbe*”, cuyo sentido define las esferas de licitud e ilicitud vinculando lo permitido y lo prohibido excluyentemente a lo que establezca la ley e integrando de ese modo, los axiomas de la legalidad “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, mediante ciertos corolarios que funcionan como frenos a cualquier intento discrecional de la arbitrariedad.

²⁶ Nino, C.S. (1.992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

²⁷ Falcone et al. Op. Cit.

²⁸ Ferrajoli, L. (2.005). *Derecho y Razón*. Madrid:Trotta.

²⁹ Zaffaroni, R. E. (1.998). *En Busca de las Penas Perdidas*. Bs. As.: Ediar.

En igual línea de pensamiento Sagués, explica que la ubicación de las conductas en el grupo de acciones privadas o públicas, no es algo rígido ni permanente, puesto que el orden y la moral pública no son conceptos estáticos (Sagués, 1.986).³⁰

En otro orden se dijo que, deriva de la cláusula constitucional un segundo importante principio, llamado de lesividad, el cual a los fines de la legitimación de la intervención punitiva estatal, exige que medie por lo menos, un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.

Este principio, importa a su vez, una serie de reglas, que sirven para legitimar la existencia de formas penales y del castigo penal. Reglas que Nino describe así:

a) no es posible que el legislador presuma *iuris et de iure*, que se da un cierto daño o peligro para tercero -como ocurre en los “delitos de peligro abstracto”- ya que, como veremos oportunamente, es función del Poder Judicial determinar cómo se dieron los hechos en el caso concreto, y por lo tanto, esa presunción equivale a la punición de la conducta en cuestión sin tomar en cuenta ese daño o peligro; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal -esto excluye los daños que surgen de una imitación voluntaria- y de delitos culpables cometidos en función de la drogadicción; c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad -esto excluye la punición por el consumo que conduce a delitos que son independientemente penados-; d) no es posible computar daños que son demasiados nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegidos - lo que excluye como daños los provocados por el tratamiento medico-, y e) no es posible computar como daños los que surgen de la punición misma de la actividad en cuestión -lo que conduce a revisar hasta que punto la misma criminalización del tráfico y consumo de drogas no produce daños que luego son computados para justificar esa criminalización (Nino, 1.992, p. 311/312).³¹

Por su parte para Ferrajoli, el principio de lesividad tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales, lo que equivale a un

³⁰ Sagués, N. (1.986). *Tenencia de Estupefacientes, autolesiones, delito de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: JA

³¹ Nino, C. S. (1.992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

principio de tolerancia idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesarios (Ferrajoli, 1.998).³²

En cuanto a la jurisprudencia sobre el alcance dado a la norma constitucional, encontramos que algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación originariamente le dieron al art. 19 una interpretación amplia (año 1.928) al sostener que la norma en cuestión no sólo protegía el fuero interno de la conciencia; con el tiempo, algunos autores fueron asignando un interpretación más restringida compatibles con la concepción perfeccionista y llegó a sostener que lo que el art. 19 protege es sólo el fuero íntimo y que el Estado puede interferir con acciones que, aún sin causar daño a terceros, tiene proyección comunitaria.

La cuestión cambió radicalmente con la integración de la Corte Suprema producida a partir del año 1.983, donde en la causa Bazterrica -1.986-, los doctores Bacqué y Belluscio adoptan claramente una interpretación amplia del art. 19, según el cual las acciones que él protege, no son sólo las que se desarrollan en la esfera íntima sino las que no perjudican a terceros. Es en el voto del doctor Petracchi, en el que se desarrollan los fundamentos más acabados de esta interpretación amplia³³, no obstante tratarse de un caso de derecho a la intimidad, que de derecho a la privacidad.

En síntesis, los principios de reserva y de lesividad, derivados de lo dispuesto por el art. 19 de la CN, tienen efectos limitantes de la actuación del legislador al establecer los tipos penales, como la del Juez, al aplicar el Derecho Penal y se traducen a partir de una máxima infranqueable que sostiene que en la República Argentina no pueden ser objeto de sanción aquellas acciones -sean privadas, íntimas o con repercusión pública- que no lesionen o pongan en peligro algún bien jurídico, sea individual o colectivo, al disponer que el Estado sólo puede tener injerencia, en especial en materia penal, solo cuando exista una “*ofensa al orden y la moral pública y un perjuicio a terceros*”.

³² Ferrajoli, L. (1.998) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto A. Ibañez, Alfonso Luis Miguel (3° ed.). Madrid: Trotta.

³³ Afirma que el art. 19 presupone la distinción entre ética privada y moral pública, 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 sólo 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 de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás.

CAPÍTULO II

SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO

1. Bienes Jurídicos “Colectivos”.

Desde el punto de vista sociológico se ha observado la evolución de un modelo de sociedad industrial, hacia otro denominado sociedad de riesgo, cambio éste que ha tenido repercusión en los principios básicos del derecho penal liberal.

La sociedad del siglo XXI ha traído consigo la aparición de nuevas formas de criminalidad antes impensadas, que trascienden las fronteras geográficas, tales como los delitos informáticos, económicos, tráfico de drogas, la trata de personas.

Se habla de un nuevo derecho penal de riesgo, donde ha operado una flexibilización de las categorías tradicionales del derecho penal liberal, de los criterios de imputación objetivos y subjetivos, así como la distinción entre consumación y forma imperfecta de ejecución.

El peligro del bien jurídico ha pasado a ser la “*ratio legis*” de la creación de las nuevas figuras delictivas. Aparece un nuevo derecho penal como instrumento para resolver cuestiones que bien podrían ser resueltas en otro ámbito o por otras herramientas. La preocupación básica del derecho penal moderno, pasó a ser la prevención del riesgo, la protección de los bienes colectivos y se observa la proliferación de los delitos de peligro abstracto.

Esta nueva concepción del derecho penal, ha llevado a que autores como Moccia, sostengan que el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: delimitar la intervención penal. Ello así, por cuanto aparecen en esta nueva etapa bienes jurídicos colectivos, de titularidad difusa o de amplia espectro, principalmente desde fines de la década del sesenta, que hacen necesaria una tutela fuertemente anticipada (Moccia, 1.997).³⁴

El origen individualista del bien jurídico fue incapaz de dar sustentación o respuesta a esta nueva actividad del Estado, lo cual se observa claramente en los delitos contra la hacienda pública, el medio ambiente, o contra el consumidor. El Estado anterior no visualizó la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos penales y económicos.

³⁴ Moccia, S. (1.997). *De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales*. Trad. de Ramón Ragues Valles, en Silva Sánchez, Jesús María: política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch.

En ese orden se sostiene que un bien jurídico será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividirse en partes y asignar una porción a cada uno de los sujetos, es decir, que no pueden ser detentados individualmente. Estos se caracterizan por poder ser disfrutados por cada miembro de la sociedad, y ese disfrute, no perjudican, ni impiden que otros individuos hagan lo mismo, de modo tal que nadie puede ser excluido. Los bienes jurídicos colectivos poseen una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad (Soto Navarro, 2.003).³⁵

Los bienes jurídicos colectivos se diferencian de los bienes jurídicos supraindividuales, en que los primeros tiene un carácter intermedio, son un mero instrumento para la protección de los bienes jurídicos individuales (la seguridad del tráfico: se trata de proteger la vida, la salud y la propiedad) la Salud Pública es también un bien jurídico colectivo, lo que se protege en los delitos contra esta, es la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. En tanto que son bienes jurídicos supraindividuales, la fe pública, la administración de justicia, la seguridad del estado.

Señala Bustos Ramírez, que el surgimiento de los bienes colectivos tiene la particularidad de acentuar su carácter masivo y universal, y presentan estos una clara diferencia con los bienes jurídicos tradicionales, de corte individual, cuya afecciones sólo pueden ser puntuales y de carácter estrictamente personal, mientras que las afecciones a estos nuevos bienes jurídicos afectan siempre a una masa de individuos o por lo menos a un colectivo. El autor aclara que sería erróneo hablar de estos últimos bienes como una categoría que esta mas allá del individuo o por encima de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos, pues el término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad de la protección, pero en manera alguna quiere significar la existencia de una razón superior al individuo al cual este queda sometido (Bustos Ramírez, 1.987).³⁶

Este nuevo posicionamiento del Derecho Penal, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina por entender que al extender la intervención penal a nuevos sectores de la actividad social y ampliando el ámbito de protección más allá del círculo de los bienes jurídicos individuales, el derecho penal se convertiría en

³⁵ Soto Navarro, S. (2.003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares.

³⁶ Bustos Ramírez, J. (1.987). *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU.

instrumento de política social, pierde su esencia de *última ratio*, para convertirse en la primera o única ratio en la protección de los nuevos bienes jurídicos, con olvido del principio de subsidiariedad (Donna, 2.002).³⁷

Asimismo se ha dicho que no es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos un carácter autónomo, de modo que puedan ser objeto de protección penal sin referencia, a los bienes jurídicos individuales.

A la par de ello, encontramos también autores que consideran tal concepto como prescindible, ya que por un lado si la ley protege intereses individuales más o menos consolidados de una pluralidad de sujetos, entonces no tenemos que crear ningún bien jurídico universal para justificar la norma penal y por el otro, si lo que esta en cuestión decisiones normativas básicas que nos atañan a todos como colectividad, entonces debemos discutirlos como tales junto con las razones que puedan hablar a favor o en contra de su cobertura penal (Stratenwert, 2.007).³⁸

Más allá de las posturas que propician críticas negatorias del bien jurídico colectivo, son estos una realidad recepcionada por la nueva concepción del Derecho Penal y en particular, por la legislación en materia de narcotráfico, en cuanto son estos, bienes que abarcan valores que si bien interesan a los individuos, su defensa requiere de una protección por sobre esa individualidad, en cuanto pertenecen e interesan al todo.

2. Concepto de Salud Pública.

El concepto de salud pública ha cambiado a lo largo de la historia de la humanidad de acuerdo con la comprensión de la realidad y de los instrumentos de intervención disponibles.

Así desde le punto de vista médico, encontramos que en los años 20, Winslow propuso una definición de salud pública, muy amplia para su época, que incluye la mayor parte de los elementos de salud pública en el momento actual, incorporando la dimensión social de la salud y la naturaleza colectiva de la actuación de la salud pública.

Se considera clásica su definición de Salud Pública, concebida como:

³⁷ Donna, E. A. (2.002). *Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales*. T. II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

³⁸ Stratenwert, G. (2.007). *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. Trad. de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita del Valle Mariscal de Gante en Hefendehl Roland: La teoría del bien jurídico. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

Es la ciencia y el arte de prevenir las enfermedades y prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las infecciones de la comunidad y educar al individuo, en cuanto a los principios de la higiene personal; organizar servicio médico y de enfermería para el diagnóstico precoz y el tratamiento preventivo de las enfermedades, así como desarrollar la maquinaria social que le asegure a cada individuo de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud (Winslow, 1.923).³⁹

Siguiendo a Milton Terris, quien propone en 1.992 una adaptación contemporánea de la definición de Winslow, la salud pública queda definida como:

La ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficacia física y mental, mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las enfermedades infecciosas y no infecciosas, así como las lesiones, educar al individuo en los principios de la higiene personal, organizar los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y para la rehabilitación, así como desarrollar la maquinaria social que le asegura a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud (Terris, 1.992).⁴⁰

Asimismo, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en el año 1.946 se define a la Salud, como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones del sujeto, conceptualizándose como pública en el caso de que afecte a un número indeterminado de estos. Desde esta perspectiva se busca superar la antigua delimitación de la salud, entendida como la ausencia de enfermedad, ampliándose su ámbito para abarcar situaciones que, sin perjuicio de afectar el mentado estado de bienestar del sujeto, no pueden ser atribuibles a una enfermedad propiamente dicha.

En la misma línea, en el año 2.002, la Organización Panamericana de la Salud, en el marco de iniciativa de salud pública para las Américas, la definió diciendo que “es el esfuerzo organizado de la sociedad, principalmente a través de sus instituciones

³⁹Winslow Hill, H. (1.923). *La importancia de la campaña de salud pública moderna*. Yale: Universitaria.

⁴⁰ Terris, M. (1.992). *Conceptos de Promoción de Salud: dualidades de la teoría de la salud pública*. Washington: PAHO.

de carácter público, para mejorar, promover, proteger y restaurar la salud de las poblaciones por medio de actuaciones de alcance colectivo”.

Desde el ámbito jurídico, Roberto Falcone et al., sostiene que la salud pública como bien jurídico protegido por el derecho penal trasciende los conceptos médicos antes expuestos, para incluir aspectos sociales como las costumbres, concepciones éticas y tradiciones de los grupos sociales, involucrando, asimismo, a todos los agentes de la comunidad (Falcone et al., 2.014).⁴¹

La Constitución Nacional originaria, ni la posterior a la reforma de 1994, han hecho mención explícita del derecho a la salud. Sin perjuicio de ello, se considera a la salud incluida entre los derechos implícitos a los que refiere el art. 33 de la CN. y con la reforma del año 1994 aparece expresa la tutela de la salud vinculada con el medio ambiente y el consumo, en los art. 41 y 42 respectivamente.

Así también se encuentra referencia a la salud, en el Preámbulo, cuando entre los objetivos enuncia “promover el bienestar general...”, y en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º. 1.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7º y 10.1.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (arts. 5º.b, 11.1.f, 11.2, 12 y 14.2.b.) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º.e.iv.).

Hefendehl, ha dicho que la salud pública no es ni más ni menos que la salud de todos los miembros de la sociedad. Aunque para este no se trata de un bien jurídico colectivo, sino de la suma de bienes jurídicos individuales (Hefendehl, 2.001).⁴²

Carrara, decía que el derecho a la conservación de la salud, es un derecho social, en cuanto es el resultado de la asociación natural y permanente, necesaria para que pueda concebirse un derecho universal, sin dependencia de orden gubernamental alguno, es decir común a todos respecto a las mismas cosas. Un Estado de Derecho debe proteger sin miramientos la salud del pueblo como uno de los bienes más preciados (Carrara, 1.980).⁴³

⁴¹ Falcone, R. A. et al. Op. Cit.

⁴² Hefendehl, R. (2.001). ¿Debe preocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Trad. por Eduardo Salazar Ortuño. [http://criminnet.ugr.es/Nº 4 Año 2.002](http://criminnet.ugr.es/Nº4Año2.002). Murcia: Anales del Derecho.

⁴³ Carrara, F. (1.980). *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*. Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero (8º reimp.) vol. VI -8. Bogotá: Temis.

La protección y garantía del efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos, entre ellos la vida, la salud, constituye una carga pública, por la cual todos los poderes públicos son garantes de su cumplimiento en nombre del pueblo que representan. En consecuencia de ello, la salud tiene su cuidado como carga pública, es el Estado el garante ante el pueblo de ese Derecho Humano, como de todos los otros (Achaval, 2.009).⁴⁴

3. Delito de peligro abstracto.

Conforme se expuso al tratar sobre bien jurídico colectivo, la sociedad de riesgo, propia del Estado moderno, trajo como consecuencia -entre otras- la proliferación de delitos de peligro abstracto.

Al respecto de tales delitos, cabe recordar que entre las muchas clasificaciones efectuadas por la doctrina, en orden al resultado, se distingue entre delitos de daño y de peligro, los primeros se consuman con la lesión efectiva al bien jurídico, mientras que los segundos precisan sólo poner en peligro o crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por la ley penal (Carrara, 1.980).⁴⁵

El peligro puede ser definido como el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal y también lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño (Diccionario de la Real Academia Española, 2001). Es decir que desde una definición no dogmática, el concepto de peligro importa, entonces, la inminencia de un mal o daño (Muñoz, 2.007).⁴⁶

Desde el enfoque jurídico penal el peligro "...debe ser entendido, al igual que en los delitos de lesión, como un estado objetivo en el cual se encuentra un bien jurídico. En consecuencia, el análisis debe hacerse desde la perspectiva del bien jurídico amenazado y no, desde el actuante" (Donna, 2.002, p. 553).⁴⁷

Los delitos de peligro, a su vez, se distinguen entre peligro real o concreto, en los que el resultado consiste en la causación efectiva y cierta de un peligro, delitos de peligro abstracto, en los cuales lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro, delitos de peligro común en el cual el riesgo es general o

⁴⁴ Achaval, A. (2.009). *Medicina Legal Derechos Civil y Penal*. T. I. Buenos Aires: La Ley.

⁴⁵ Carrara, F. Op. Cit.

⁴⁶ Muñoz, D. R. (2.007). Una visión crítica de las estructuras de "simple tenencia" desde el principio de garantía de lesividad. Donna, E. A. *Delitos de Peligro*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. (547-585).

⁴⁷ Donna, E. A. (2.002). *Derecho Penal. Parte Especial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

indeterminado para las personas o las cosas, y de peligro particular, que son aquellos que se tipifican para la tutela de bienes determinados.

Al respecto del origen de estos delitos de peligro abstracto, sostiene la doctrina que desde que Goltdammer declaró en 1.852 en su tratado “Materiales para los códigos penales de los estados prusianos” que en los delitos de incendio en viviendas el peligro es “considerado en forma abstracta” y no es necesario un “peligro concreto”, la figura de peligro abstracto se ha difundido rápidamente⁴⁸ (Schroeder, 2.007, pp. 119-124).

En relación a los delitos de peligro abstracto, Binding cuestionaba su legitimidad, por entender que se trata de puras desobediencias, señalando que su tipificación solo se explica como un exceso legislativo. Posición luego compartida por Beling, quien sostuvo que la inexigencia de un peligro posterior a la conducta en esta clase de delitos los conformaría como “tipos sin lesión y sin peligro”, restándoles “toda existencia justificada”. Asimismo Arthur Kauffman formula una crítica decisiva al poner de relieve que la falta de consideración de un peligro real en el ámbito la tipicidad objetiva tiene como consecuencia la violación del principio de culpabilidad⁴⁹ (Buteler, 2.004, pp. 79/88).

Se ha negado la existencia de tal peligro abstracto, aduciendo que “junto a los delitos de peligro efectivo, es decir al lado de delitos, donde el peligro es un requisito que debe ser demostrado en cada caso, se encuentran los delitos de peligro presuntivo, en los cuales ése se presume, con presunción de que no admite prueba en contrario”. Esta reformulación también resulta objetable puesto que para caracterizar a estas figuras de peligro abstracto “...se apela a dos criterios: para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure*, para otros se trata de tipos en los que basta con que haya un peligro de peligro”. Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable (Muñoz, 2.007, p. 555).⁵⁰

Entre los doctrinarios que han procurado precisar el contenido de los delitos de peligro abstracto y enmarcar su formulación legislativa en un ámbito de legitimidad, encontramos a Schröder quien sostiene que su previsión normativa importa una presunción legislativa *iuris tantum*, es decir admite prueba en contrario sobre su no

⁴⁸ Friedrich Christian Schroeder, R. (2.007). Nuevas Tendencias en los delitos de peligro abstracto. Donna, E. A. *Delitos de peligro*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.(119-124).

⁴⁹ Buteler, E.R. (2.004). Delitos de peligro y nuevas posibilidades de legitimación en los casos de peligro abstracto. Universidad Nacional del Litoral. *El sistema penal ante las exigencias del presente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. (79-88).

⁵⁰ Muñoz, D. R. Op. Cit. p. 555.

peligrosidad. Criticado esto por Roxin por cuanto ve que se transforma el delito de peligro abstracto en uno de peligro concreto e invierte la carga probatoria (Buteler, 2.004).⁵¹

También aparecen quienes al tratar de restringir el alcance de los delitos de peligro abstracto recurren a la idea de bienes supraindividuales. En esta línea encontramos a la autora española Mirentxu Corcoy Bidasolo, quien propone un tratamiento único para los delitos de peligro, sean peligro concreto o abstracto, por entender que en ambos casos no se protegen bienes jurídicos individuales, sino bienes jurídicos supraindividuales, esto es intereses esenciales para el desarrollo del hombre como ser social (Buteler, 2.004).⁵²

Zaffaroni et al., sostienen que “sólo hay tipo de lesión y tipo de peligro, y que en estos últimos siempre deber haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real” (p. 491), es decir que para este autor, no hay delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, sino sólo tipos en los que se exige la prueba efectiva de peligro corrido por el bien jurídico, en tantos que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado (Zaffaroni et al., 2.002, p. 491).⁵³

Donna, señala que los delitos de peligro concreto, son figuras en las que se exige la comprobación del peligro, ya que configura un elemento típico de la figura penal, asimismo sostuvo que en:

En los delitos de peligro concreto se produce el fenómeno por el cual un bien jurídico entra en el radio de acción de un determinado hecho típico. Se trata de un estado de peligro de un bien jurídico, que reclama, y disculpe el lector la repetición, de un estado objetivo de peligro, que no debe estar, ni en la mente del sujeto que pone el peligro, ni en la del observador. Desde otra posición se afirma que el peligro es un juicio, que se relaciona con el juicio de previsibilidad objetiva, es decir que se trata de un juicio ex ante, realizado por una persona normal, colocada en la posición del autor, cuando se el comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber

⁵¹ Buteler, E.R. Op. Cit.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2.002). *Derecho Penal Parte General* (2da. Ed.). Buenos aires: Ediar.

ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico) (Donna, 2.002, p. 20).⁵⁴

En relación a la fundamentación de los delitos de peligro abstracto se ha recurrido a dos teorías: la peligrosidad o relevancia lesiva en general (actuaba como mero motivo para el legislador) y la peligrosidad abstracta (basada en una presunción del legislador que se consideraba *iuris et de iure*). Ambas tienen en común la no consideración del peligro, ni de la peligrosidad de la acción como elementos típicos. El delito se considera consumado con la mera realización de la acción típica, siendo absolutamente irrelevante si hubo o no peligro (Donna, 2.007).⁵⁵

Por su parte, Roxin, caracteriza a los delitos de peligro abstracto como aquellos en los que se “castiga una conducta típicamente peligrosa como tal sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro” (Roxin, 1.997, p. 407)⁵⁶ y el mismo autor, señala que “...en tales hechos delictivos el bien jurídico protegido sólo reconoce a menudo una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tiende a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño” (Roxin, 2.000, p. 68)⁵⁷.

⁵⁴ Donna, E. (2.002). *Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

⁵⁵ Donna, E. (2.007). *Delitos de Peligro*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

⁵⁶ Roxin, C. Op. Cit. p. 407.

⁵⁷ Roxin, C. (2.000). *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO III
DELITO TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES
PARA CONSUMO PERSONAL

1. Salud pública y la legislación sobre estupefacientes.

La tenencia de estupefacientes no siempre fue considerada delito por el legislador, así lo demuestra la revisión cronológica de la evolución de la legislación nacional respecto a los narcóticos y a ello, se suma que aún cuando se ha incriminado en forma expresa, la práctica jurisprudencial ha ido zigzagueando de una a otra postura, a la hora de su aplicación.

En la revisión de los antecedentes legislativos, encontramos que en el Código Penal (CP) de 1.921, la tenencia no estaba penalizada. Posteriormente, con el dictado de la ley 11.309⁵⁸ del año 1.924, se incorpora al art. 204, la sanción de las conductas de venta, entrega y suministro de alcaloides o narcóticos, la penalidad se daba en base al suministro de sustancias medicinales en calidad o cantidad distinta a la prevista por receta médica o venta sin receta.

Dos años después (1.926) la ley 11.331⁵⁹, amplió el campo punitivo de la ley 11.309, introduciendo una enmienda al texto original del 204 del CP, incorpora el delito de tenencia, penalizándose con privación de la libertad, la conducta de quienes sin estar autorizados para la venta, tenga en su poder drogas mencionadas por la ley y no justificase la razón legítima de su posesión o tenencia (art. 204 párrafo tercero).⁶⁰

En el año 1.968, es promulgado el Decreto-ley 17.567⁶¹, cuya comisión redactora fue conformada por Soler, Fontán Balestra y Obarrio, que descriminaliza la tenencia de droga para uso personal, al sancionar solamente la tenencia que excedía ese fin.

El 27 de mayo de 1.973 el Congreso del nuevo período democrático que comenzaba, sancionó la ley 20.509⁶², derogando las leyes de los gobiernos militares -

⁵⁸ Ley N° 11.309 del año 1.924 (derogada).

⁵⁹ Ley N° 11.331 del año 1.926 (derogada).

⁶⁰ Código Penal de la República Argentina (1.962).

⁶¹ Ley N° 17.567 del 12 de enero de 1.968 (derogada).

⁶² Ley N° 20.509 del 28 de mayo de 1.973 (derogada).

desde el 28/06/1.966 hasta el 24/05/1.973-, entre ellas la ley 17.567, así se restableció el texto de la ley 11.331, es decir no se expresaba sobre la represión de la tenencia.

Luego en el año 1.974 se sanciona la ley 20.771, la cual cambia el criterio legislativo vigente hasta entonces, y reprime la tenencia de drogas, aunque se destine a uso personal. Ese delito ha sido tipificado como de peligro abstracto, extendiéndose la tutela del bien jurídico hasta aquellas situaciones que importan, a juicio del legislador, la mera probabilidad de un riesgo para la salud pública.

En el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al proyecto que dio origen a dicha ley, caracterizó al problema de la drogadicción como “un fenómeno de características multifacéticas” que constituye “un verdadero flagelo social”.

En el debate parlamentario que precedió su sanción se tuvo en cuenta que el consumo de estupefacientes, se ha difundido por todas las naciones del mundo y mediante el proyecto se intentó impedir la “desmoralización y la destrucción de la juventud argentina”⁶³, a ello se agregó, que estos tipos penales estaban “destinados a la protección de la Salud Pública”.⁶⁴

Asimismo, se adujo en especial que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la Salud Pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, si no el interés general que está por encima de él, y que aquél, como suele suceder, trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes.⁶⁵

Por último, en 1.989 se sanciona la ley 23.737, actualmente vigente (con los cambios introducidos por las leyes 23.975, 24.112, 24.424 y 26.062), la cual toma los principales puntos de la denominada “Convención de Viena” de 1.988, la que introduce la obligatoriedad de las países firmantes (entre ellos Argentina), de adoptar en su derecho interno, medidas para tipificar la posesión de estupefacientes como delito penal.⁶⁶ Esta ley modificó los arts. 204, 204 bis, ter y quáter del Código Penal

⁶³ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 19/09/1.974 pág. 2.862/3.

⁶⁴ *Ibíd*em pág. 1.869

⁶⁵ *Ibíd*em pág. 2.871.

⁶⁶ “CONVENCIÓN DE VIENA CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS” Artículo 3 DELITOS Y SANCIONES - I. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación

y derogó la ley 20.771, si bien no se encuentra incorporada a dicho Código, es parte del derecho común y complementario del mismo.

Entre las constancias de trámite previo a su sanción, se revela similar preocupación a las invocadas con la ley 20.771, habiéndose afirmado en el informe de Dictamen de Mayoría de la Cámara de Diputados que “*el derecho a la intimidad no puede sostenerse como valor absoluto*” y que “*la condición de droga ilícita no puede neutralizarse en ninguna de las etapas, más allá de su cuantía, sino a riesgo de desproteger otro valor jurídico que en esta interpretación se privilegia: el de la Salud Pública*”. Tuvieron en cuenta además en esa oportunidad que: “*los daños personales, familiares y sociales que genera el consumo de drogas, afectando un valor que debe jurídicamente protegerse, cual es la salud pública, máxime cuando en los medios de uso se encuentra una de las causas de contagio de nuevas enfermedades*”.⁶⁷

El Código Penal Argentino, inserta la rúbrica “delitos contra la salud pública” en el Título VII del Libro Segundo, que es el bien jurídico protegido, por la ley N° 23.737.

Comenta Molinario que el Código se refiere aquí a “público” en el sentido del pueblo, de la sociedad, aunque la rúbrica resulta equívoca, porque tanto en el uso vulgar como técnico ha sido muy empleada para expresar la seguridad del Estado, de la forma de gobierno o del gobernante. Por tal motivo, muchas legislaciones han optado por una denominación diferente como “incolumidad pública (Código Penal Italiano), “seguridad general de las personas y los bienes (Código Penal Holandés), “hechos punibles de peligro común” (Código Penal Alemán) (Molinario, 1.999).⁶⁸

Para Beristain Antonio, el bien jurídico en esta materia resulta difícil de concretar, pues proviene de y se extiende a ramificaciones en sectores diversos de la salud individual, de la salud pública, del orden público, de la economía, de las finanzas, etcétera, y se complica a través de dimensiones históricas, políticas y culturales (Beristain, 1.986).⁶⁹

Según Juan Manuel Culotta, la salud pública, es el bien esencialmente protegido por casi todas las disposiciones de esta ley, por cuanto las conductas

de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1.961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1.971; (...) iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);...”.-

⁶⁷ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 22/02/1.989 pág. 7.626 y sgtes.

⁶⁸ Molinario, A. (1.999). Los delitos, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Buenos Aires: Tea.

⁶⁹ Beristain, A. (1.986) *La Droga: aspectos penales y criminológicos*, Bogatá: Temis.

vinculadas con el tráfico y con la posesión de drogas tóxicas representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población en general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado (D'alesio, 2.004).⁷⁰ En igual sentido, Antonio Cavalieri, dice que el bien legítimamente tutelable en materia de drogas es la salud (Cavalieri, 2.013).⁷¹

Para Laje Anaya, en el marco de la ley nacional de estupefacientes, explica que estas conductas delictivas exceden la órbita de lo estrictamente individual y trasciende la esfera de quienes la integran, son delitos que afectan la seguridad común, lesionando o poniendo en peligro la salud pública. Este autor insiste en que debe distinguirse entre salud individual como atentado contra las personas y la salud pública como bien diferente, que afecta o pone en peligro la salud o la vida de un número indeterminado de personas (Laje Anaya, 1.992).⁷²

2. Argumentos para la punición: distintas teorías.

El debate sobre las razones o fundamentos que legitiman la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal tanto en la doctrina como la jurisprudencia, deviene de largo tiempo atrás y aún no ha perdido actualidad, no sólo por el flagelo que constituye el consumo de drogas, sino por reflexionar hasta que punto se tolera la intromisión del poder estatal en la libertad de la decisión personal, conforme al alcance que se le reconoce a la norma prevista en el art. 19 primera parte de la Constitución Nacional.

Tal es así, que el maestro Carlos Santiago Nino⁷³, aduce que existen por lo menos tres argumentos o teorías para intentar justificar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el perfeccionista, el paternalista y el de la defensa social.

⁷⁰ D'alesio-Divito (2.004). *Código Penal de la Nación: comentado y anotado*. T III. As.: Ediar.

⁷¹ Cavalieri, A. (2.013). El control de tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana. *En Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: La Ley. Año III, Nº 4, mayo de 2.013.

⁷² Laje Anaya, J. (1.992). *Narcotráfico y derecho penal argentino (3ª Ed.)*. Córdoba: Lerner.

⁷³ Nino, C. S. ¿Es la tenencia de droga con fines de consumo personal una de "las acciones privadas de los hombres"? *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 4 de octubre de 1.979.

2.1. Teoría del perfeccionismo:

La mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica, constituye independiente de toda consideración acerca de los daños físicos y psíquicos, individuales y sociales de este hábito genera, una razón suficiente para que el Derecho interfiera, en ese consumo, induciendo a los hombres a adoptar modelos de conducta digna (Nino, C. S. ¿Es la tenencia de droga con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”? *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 4 de octubre de 1.979).

Esta teoría parte de la idea que el Estado, tiene como objetivo promover comportamientos moralmente valiosos, justificando el castigo en casos de autodegradación moral del individuo.

2.2. Teoría paternalista:

Es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigo, el consumo de estupefacientes, con el fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos, que se auto-infringirían si se convirtieran en adictos (Nino, C. S. ¿Es la tenencia de droga con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”? *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 4 de octubre de 1.979).

Justifica la penalización, en virtud de la protección de los daños físicos y deterioros psíquicos que el consumo causa al adicto. Se caracteriza por normas que protegen los intereses de las personas aún en contra de su voluntad.

El Derecho Argentino, presenta normas e interpretaciones de contenido paternalista, aún cuando no tienen estructura paternalista explícita amplían su operatividad a partir de fundamentos de este tipo. Ejemplos, las sanciones para los contraventores que no cumplen con la obligación de conducir con el cinturón de seguridad o la penalización del abuso sexual cuando la víctima fuese menor de trece años independientemente del consentimiento que haya dado para la realización del acto. Estos argumentos no resultan compatibles con la filosofía liberal.

Gustavo A. Beade, sostiene que éste es el argumento corriente utilizado para justificar la criminalización del uso de drogas, es decir la protección de la salud de quien las utiliza y se desarrolla sobre la consideración de que el uso de drogas produce

daños irreversibles en la salud de quienes la consumen, siendo ésta una razón para evitar este tipo de lesiones autoinfringidas. El paternalismo, básicamente tiende a considerar la importancia individual de los miembros de una comunidad tratando de brindarle a cada uno la posibilidad de ser protegidos proporcionándoles ayuda para cuidar de ellos como si fueran padres responsables (Beade, 2.012).⁷⁴

2.3. Teoría de la defensa social:

La punición del consumo de drogas (o de la tenencia con fines de consumo) está justificada en tanto y en cuanto se dirige a proteger a otros individuos que no son drogadictos, y a la sociedad en conjunto, contra las consecuencias nocivas que se generan por el hecho de que algunos miembros de la sociedad consuman estupefacientes (Nino, C. S. ¿Es la tenencia de droga con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”? Revista La Ley. Buenos Aires: La Ley. 4 de octubre de 1.979).

Esta posición legitima la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal a partir de los efectos nocivos que la droga tiene para la sociedad, es decir, que toma como base el evitar perjuicios a terceros.

3. Posturas doctrinales sobre naturaleza del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

La doctrina mayoritaria considera a los delitos tenidos en cuenta por la ley 23.737, como de peligro abstracto, al representar potencial y grave afectación a salud de la población, sin que sea necesaria la prueba de su peligrosidad concreta.

Por su parte Gargarella y González Bertomeuz opinan:

...así como el Estado debe ser respetuoso de la vida que cada uno escoja, aunque ello involucre la producción de daño sobre uno mismo, él debe estar muy atento a que nadie genere daños relevantes sobre terceros,...no debe presuponerse que los actos que uno lleve a cabo y que implican daños sobre uno mismo, impliquen necesariamente daños sobre otros. Lamentablemente la Corte presumió tal conexión, en sus fallos más restrictivos en la materia (por ejemplo Montalvo) afirmando que el consumo personal conlleva necesario ese daño...El daño del que hablamos es distinto: debe ser tangible y afectar a

⁷⁴ Beade, G. A. (2.012). *La tenencia y el uso recreativo de drogas: acerca del interés público y los actos privados*. Buenos Aires: La Ley. Año II N° 7, agosto 2.012.

personas de carne y hueso. Es un hecho que debería probarse en cada caso y no presumirse.... (Gargarella, R. y González Bertomen, J. “Consumo de estupefacientes: reflexiones en torno a un fallo necesario”, año XII, N° 2.742, jueves 19 de marzo de 2.009. En *elDial.com Express Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado 06/08/10 de <http://www.eldial.com/nuevo/login.asp?t=za&Edicion=19/3/2.009>).⁷⁵

Asimismo, Devoto y Fages, piensan:

...que el tipo aplicable se considera de peligro abstracto, en tanto no requiera la producción de daños ni riesgo concreto de crearlo; sólo la posibilidad de puesta en peligro del bien jurídico protegido...tales delitos resultan contrarios...al principio de lesividad, en tanto y en cuanto no existe afectación a un bien jurídico...es decir la sola posibilidad de peligro es contrario a un derecho penal mínimo y de acto. Entonces es claro que el delito de tenencia de estupefaciente para consumo personal desde una mirada respetuosa del derecho penal liberal, deviene vulnerante de las garantías judiciales básicas...La necesidad de la afectación a un bien jurídico es condición indispensable para la persecución penal de una conducta, la penalización sin tal recaudo implica claramente la trasgresión al principio de lesividad y el libre acceso del derecho a la salud... se evidencia clara la contradicción por una lado se pretende proteger la salud pública (es el bien jurídico supuestamente afectado en la ley sobre estupefacientes) y por el otro la persecución penal impide que quien decide o solo se encuentra compelido a consumir teme con razón a buscar ayuda por miedo a ser reprimido. Con lo que se logra el objetivo inverso, al que se dice buscar (Devoto, E. y García Fages, M. “Tenencia para consumo de estupefacientes: algunas consideraciones en torno a la legitimación recursiva del agente fiscal”, año XII, N° 2742, jueves 19 de marzo de 2009. En *elDial.com Express Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado 06/08/10 de <http://www.eldial.com/nuevo/login.asp?t=za&Edicion=19/3/2009>).⁷⁶

⁷⁵ Gargarella, R. y González Bertomen, J. “Consumo de estupefacientes: reflexiones en torno a un fallo necesario”, año XII, N° 2742, jueves 19 de marzo de 2009. En *elDial.com Express Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado 06/08/10 de <http://www.eldial.com/nuevo/login.asp?t=za&Edicion=19/3/2009>

⁷⁶ Devoto, E. y García Fages, M. “Tenencia para consumo de estupefacientes: algunas consideraciones en torno a la legitimación recursiva del agente fiscal”, año XII, N° 2742, jueves 19 de marzo de 2009. En *elDial.com Express Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado 06/08/10 de <http://www.eldial.com/nuevo/login.asp?t=za&Edicion=19/3/2009>

Gelli, avocándose específicamente al problema de la tenencia para consumo personal explica que una cosa es concluir que la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso propio no viola el art. 19 y otra es examinar la conveniencia y eficacia de una tal política pública e incriminatoria. En tal sentido podría sostenerse que aquella penalización no viola el principio de privacidad pues, bajo determinada circunstancia, causa daños a tercero y aun así sostener que es una política errada la incriminación (Gelli, 2.005).⁷⁷

Puricelli, José Luis, señala que en la tenencia de estupefaciente para consumo personal aparecen dos bienes en conflicto: uno particular que es el derecho a la privacidad o de reserva y otro de orden colectivo, el de la defensa social del peligro, que significa detentar tóxicos nocivos; resaltando que quienes propugnan la desincriminación lo hacen sustentándose en el primero, en tanto en lo que defienden la penalización lo hacen sosteniendo que afectan la salud pública y la defensa social, además que rebasa la privacidad, pues ofende la moral y el orden público (Puricelli, 1.998).⁷⁸

Soler, sostiene que no se debe presumir que en todos los casos la tenencia de estupefacientes para consumo, tenga consecuencia negativas para la ética colectiva, conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. A la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudican a terceros, tal como expresa el artículo 19 de la Constitución. La referida norma impone límites a la actividad legislativa, las acciones del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones (Soler, 1.987).⁷⁹

⁷⁷ Guelli, M. A. (2.005). *La Constitución de la Nación Argentina*, (3° ed.) Buenos Aires: La Ley.

⁷⁸ Puricelli, J. (1.998). *Estupefaciente y drogadicción* (3° ed.) Universidad Buenos Aires.

⁷⁹ Soler, S. (1.987). *Derecho Penal Argentino*. Actualizado por Manuel A. Bayala Bosombrio (4° ed.) Buenos Aires: Tea.

CAPITULO IV

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

1. Posturas opuestas.

Con el transcurso del tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), fue cambiando su razonamiento respecto a la constitucionalidad o no de la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, lo cual se produjo acogiendo posturas radicalmente opuestas o zigzagueantes, que se vieron reflejadas en el tratamiento dado por la misma a los casos traídos a su conocimiento en ocasión de la aplicación del Art. 6 de la ley 20.771 y del Art. 14 párrafo segundo 23.737, que legislaron dicha materia, desde 1.974 y 1.989 respectivamente.

En ese desarrollo jurisprudencial, encontramos fallos puntuales que marcan el inicio de nueva tendencia en la Corte ante la aplicación de la normativa que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en unos casos apoyando su legitimidad y constitucionalidad y en otros ubicándose en el lado opuesto, invocando su inconstitucionalidad.

Seguidamente se exponen los *leading cases* en la materia referida y los cambios de posturas evidenciados en los mismos.

1.1. Fallo Colavini.

En el año 1.978, durante la vigencia de la ley 20.771, el Máximo Tribunal se pronunció a favor de la validez del artículo 6° de la ley de mención en el fallo “Colavini Ariel”⁸⁰, el cual disponía: “*Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$100) a cinco mil pesos (\$5.000) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinado a uso personal*”, es decir se pronunció a favor de reprimir la tenencia de estupefacientes aunque sean destinados al consumo personal.

En el presente caso, el ciudadano Ariel Omar Colavini fue detenido por la policía mientras circulaba por la vía pública (plaza “Los Aviadores” en la localidad Jardín Lomas del Palomar), en razón de habersele secuestrado de entre sus ropas dos cigarrillos de marihuana y siendo juzgado por el Tribunal de primera instancia fue

⁸⁰ C.S.J.N., “Colavini”, Fallos 300:254 (1.978).

condenado a dos años de prisión en suspenso (con más una multa), sentencia que recurrida por la defensa fue confirmada por la Cámara Federal Sala I.

Ante ello, el Defensor Oficial dedujo recurso extraordinario (ley 48) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocando violación al Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacentes y Psicotrópicos aprobado por ley 21.422, el cual no pena el uso personal de estupefaciente en forma privada, y por cuanto sostenía que dicha ley derogaba la ley 20.771 y a su vez alegó la contradicción de esta última ley con el art. 19 de la Constitución Nacional (CN).

Al respecto la Corte, confirmó la sentencia de Primera Instancia, argumentando en tal sentido que la invocación del ámbito de libertad esencial del hombre consagrado en el art. 19 CN, se torna carente de argumentación ante la realidad que refleja el consumo de drogas.

Realidad que pone de resalto en el considerando quinto del fallo, al destacar las consecuencias nefastas de la toxicomanía en el mundo y comparándolo con las secuelas de las guerras, las pestes y señala su negativa gravitación en lo moral, en las economías de los pueblos y en la familia.

Asimismo considera que resulta responsabilidad de los gobiernos instrumentar medios idóneos para erradicar dicha realidad, lo que se ha logrado a través de la legislación vigente, cuya inobservancia haría ineficaz la consecución de los altos fines que persigue.

Sostuvo además el más Alto Tribunal, que la tenencia de drogas para consumo personal es un eslabón, un elemento indispensable para el tráfico y puesto que si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar o traficar con el producto; por ello, ante los antecedentes y efectos que supone tal conducta, no podría sostenerse que la tenencia de drogas en su poder, no trasciende los límites al derecho a la intimidad protegida por nuestra ley fundamental. Descarta además así la similitud invocada por la defensa con la autolesión o tentativa de suicidio.

Finalmente la Corte destaca el influjo que ejerce el consumo de drogas sobre la mentalidad individual que se traduce en impulsos que determinan la ejecución de acciones antisociales, lo que constituye un riesgo potencial a considerar.

En cuanto al argumento de la defensa, vinculado a los términos del acuerdo internacional aprobado por ley 21.422, la Corte remite a los considerandos del dictamen fiscal, el que desvirtuó tal alegato, sosteniendo el carácter declarativo del

acuerdo y señalando que el 1º Protocolo Adicional del mismo, aconsejó incluir en las legislaciones nacionales represiva, la tenencia ilegítima de estupefacientes.

Este criterio de la Corte se mantuvo en los autos “Roldán”⁸¹ (1.979), “Valerio”⁸² (1.981), “Jury”⁸³ (1.982) y “Maldonado”⁸⁴ (1.983).

1.2. Fallo Bazterrica y Capalbo.

En el año 1.986, durante la Presidencia del Dr. Raúl Alfonsín, la Corte volvió a expedirse respecto del artículo 6º de la ley 20.771, ante el planteamiento de inconstitucionalidad de dicha norma, efectuado en el marco de los autos conocidos como “Bazterrica”⁸⁵ y “Capalbo”⁸⁶, haciéndolo en estas ocasiones en sentido contrario a lo expuesto en el fallo Colavini; por cuanto sostuvo la “inconstitucionalidad” de dicha norma, por vulnerar el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En esta causa, Gustavo Bazterrica, fue detenido (año 1.981) en su domicilio, donde guardaba tres cigarrillos de marihuana en una latita, por lo que fue condenado a un año de prisión en suspenso y al pago de una multa, por el Tribunal de Primera Instancia. Confirmada la sentencia por la Cámara de Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala IV, la defensa dedujo Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En esta instancia, el apelante sostuvo la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 20.771 por contrariar el art. 19 de la CN, al ser la tenencia para consumo personal un acto privado amparada por dicha norma, no bastando la posibilidad potencial de trascendencia para su incriminación, sino que exige peligro concreto para la Salud Pública.

La Corte entre sus argumentos a fin de declarar la inconstitucionalidad de la norma analizada, reconoce que en Colavini ya valoró la magnitud del problema de la drogadicción, la licitud de la intervención Estatal a fin de evitar su incidencia en la ética colectiva, la seguridad y el bienestar general, pero destaca en el caso en análisis, que no se debe presumir que la tenencia en todos los casos tenga consecuencias

⁸¹ C.S.J.N., “Roldán”, Fallos 301:673 (1.979).

⁸² C.S.J.N., “Valerio”, Fallos 303:1205 (1.981).

⁸³ C.S.J.N., “Jury”, Fallos 304:1678 (1.982).

⁸⁴ C.S.J.N., “Maldonado”, Fallos 305:137 (1.983).

⁸⁵ C.S.J.N., “Bazterrica”, Fallos 308:1392 (1.986).

⁸⁶ C.S.J.N., “Capalbo”, Fallos 308:1468 (1.986).

negativas para dicha ética colectiva. Distingue ética privada de las personas reservada por la Constitución al juicio de Dios; de la ética colectiva, en la que aparecen en juego intereses de terceros.

Que además sostuvo la Corte que no se encuentra probado que la incriminación de la tenencia evite consecuencias negativas para el bienestar y la seguridad general, ni que sea un remedio eficiente para el problema de las drogas, resaltando en este punto el efecto negativo de este tipo penal, por cuanto mediante una figura de peligro abstracto se estigmatiza al consumidor como delincuente y no siempre tendrá efecto disuasivo obstaculizando su salida laboral o reinserción, todo lo contrario a la función del derecho que debe ser controlar y prevenir.

Ante ese orden de cosas, la Corte sostuvo que el art. 19 adquiere relevancia en cuanto impone límites a la actividad legislativa, la que no puede inmiscuirse en la esfera privada, siendo suficiente para invalidar el art. 6 de la ley 20.771, expresando en el considerando 13 que tal prohibición *“responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan”*.

Así en este fallo la Corte se expide en contra la noción de peligrosidad, perjuicios potenciales o abstractos que entiende aparecen normados por el art. 6 en cuestión, por considerarlo contrarios al art. 19 CN y revocó la sentencia apelada con estos argumentos (voto de Dres. Enrique Petracchi, Augusto C. Belluscio, Jorge Augusto Baque y en disidencia José S. Caballero y Carlos S. Fayt).

En la causa Capalbo, la Corte resolvió en igual sentido, con iguales votos y fundamentos por la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771.

1.3. Fallo Montalvo.

En el año 1.990, en la causa “Montalvo”⁸⁷, el Supremo Tribunal con nueva constitución y nueva legislación en la materia, cambia su posición y retoma la doctrina establecida a partir del caso “Colavini”²; resolviendo a favor de la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en este momento prevista en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.

En este caso, en junio 1.986 se detuvo a Ernesto Alfredo Montalvo por supuesta sustracción de dólares y al ser llevado a la comisaría en ocasión de descender

⁸⁷ C.S.J.N., “Montalvo”, Fallos 313.1333 (1.990).

del vehículo en que lo trasladaban, arrojó una bolsita con 2,7 gs. de marihuana, hecho reconocido por el mismo en su indagatoria. Por tal hecho fue condenado en Primera Instancia a un año de prisión de ejecución condicional más una multa, con sustento en lo dispuesto en el art. 6 de la ley 20.771.

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, estando pendiente la apelación del procesado, modificó la tipificación de la conducta atribuida por aplicación del Art. 2 Código Penal⁸⁸, la subsumió en el art. 14° segundo párrafo de la ley 23.737 y disminuyó la pena a tres meses de prisión en ejecución en suspenso y sostuvo que no correspondía expedirse sobre la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771.

La Defensa fundó la apelación extraordinaria en la doctrina de la arbitrariedad y en la inconstitucionalidad de la norma que reprime la tenencia para consumo personal (sea el 6 de la 20.771 o el 14 -2do párrafo de la 23.737) por afectar la garantía amparada por el art. 19 de la Const. Nac., al atacar la intimidad y privacidad de las personas; destacando que tenía el procesado la droga para consumo personal y no hubo actos de ostentación o exhibición que pongan en peligro bienes o derechos de terceros.

La Corte, previo recalcar la postura jurisprudencial marcada a partir de Colavini, sobre la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y sin desconocer el criterio contrario asumido por dicha Corte en la causa Bazterrica y Capalbo, donde se declaró la inconstitucionalidad de la misma norma; en su actual composición decidió retomar la doctrina establecida en Colavini, resaltando que con ello no se afecta la garantía de igualdad ante la ley, que importa el derecho a que no se establezcan privilegios o excepciones a favor de uno excluyendo a otros, principio aplicable a la ley que contempla de manera distinta situaciones iguales y no alcanza a un cambio de jurisprudencia.

Asimismo puso de manifiesto, que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la Salud Pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, si no el interés general que está por encima de él, dado

⁸⁸ Artículo 2°: Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 19/09/1.974 Pág. 2.871).⁸⁹

Expone la Corte que tales motivos para incriminar son cuestiones de política criminal, sobre la cual la misma no puede inmiscuirse en razón de ser función propiamente legislativa; como así tampoco le corresponde valorar la utilidad real de la pena, salvo que la norma atente contra garantías constitucionales, lo que no es el caso objeto de autos.

Sostuvo además el Máximo Tribunal que el art. 19 queda excluido, si existe exteriorización que puede afectar de alguna manera, la moral, el orden o los derechos de un tercero, lo que ocurre por el efecto contagioso o ejemplificativo que importa el consumo por parte de los drogadictos hacia los que no lo son, lo que resulta un hecho público y notorio que no puede desconocerse; de allí que si hay exteriorización no puede considerarse la tenencia para consumo una conducta propia de la intimidad.

Al tratarse de un figura de peligro abstracto esta ínsita la trascendencia a los terceros, ya que detrás del tenedor está el pasador o traficante hormiga, el verdadero traficante, el productor, etc.

No puede exigirse la prueba de trascendencia a terceros, porque importa agregar un requisito inexistente, haciendo ineficaz el fin perseguido por la norma.

Asimismo sostuvo la Corte, que se afecta el “*bien jurídico*” protegido que es la “*salud pública*”, y a su vez, reconoció el amparo de otros bienes jurídicos de importancia, al expresar que “si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende al conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez, y en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda” (considerando 13).

Destaca que el elemento subjetivo del tipo, se satisface con la voluntad consciente del sujeto de tener la droga; que el legislador no realizó distinción en cuanto a la cantidad por tratarse de delito de peligro abstracto, por lo cual, lo que debe ponderarse será la naturaleza y efectos de los estupefacientes.

⁸⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 19/09/1.974 Pág. 2.871.

En consecuencia declara la validez constitucional del Art. 6º ley 20.771, y se avocó a analizar la validez del Art. 14º segunda parte de la ley 23.737, que mantiene la incriminación.

Al respecto de esta última ley, recordando los fundamentos dados por ambas Cámaras previo a su dictado, referente a los efectos nocivos de la droga y sus avances, la Corte por mayoría⁹⁰, reitera respecto de esta nueva ley, las razones dadas en apoyo de la constitucionalidad del art. 6 de la 20.771, declarando la constitucionalidad de ambas normas, previo recordar que si bien en Bazterrica y Capalbo se dijo que no estaba probado que reprimir penalmente la tenencia de estupefacientes conjurase el problema de las drogas, lo cierto fue que la actitud permisiva tampoco produjo tal resultado.

1.4. Fallo Arriola.

A partir del caso “Arriola Sebastián”⁹¹ (año 2.009), a 19 años de la vigencia de la ley 23.737 (aún en vigor) y a 18 años de la doctrina “Montalvo”, la CSJN vuelve a la doctrina sentada en el caso “Bazterrica”.

Esta causa tiene su origen el 19 de enero de 2.006, cuando la Policía Federal Argentina de Rosario de Santa Fe, observó que personas varias detenidas por infracción a la ley 23.737, tenían en común frecuentar una finca en la que un sujeto se dedicaría a la comercialización de estupefacientes, lo que determinó una serie de medidas (entre ellas allanamientos) y llevó a la detención de Sebastián Arriola y otros.

El Tribunal Oral Federal Criminal de Rosario lo condena (agosto/2.007) a la pena 6 años y multa, como autor del delito de tráfico de estupefacientes con fines de comercialización.

La Defensa interpuso Recurso de Casación a favor del Arriola, el que fue rechazado por el Tribunal quien además declaró inadmisibile el recurso extraordinario.

Ante ello la defensa interpuso Recurso de Hecho, al cual en mayo/2.009, la Corte lo tuvo por desistido respecto de Arriola y lo desestimó respecto de Vásquez.

Así la cuestión sometida a la Corte quedó circunscripta a los hechos vinculados a Fares, Acedo, Villareal, Medina y Cortejarena (cuyas actuaciones se adjuntaron a las de Arriola) en la Queja en estudio, quienes fueron detenidos por

⁹⁰ Voto de Dres.: Ricardo Levene (H); Mariano Augusto Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt, Rodolfo C. Barra, Julio S. Nazareno, Julio C. Oyhanarte – Eduardo J. Moliné O`Connor. Voto en disidencia Dres.: Augusto C. Belluscio y Enrique S. Petracchi.-

⁹¹ C.S.J.N. Fallo Arriola 332:1963 (2.009).

infracción al art. 14 párrafo segundo de la ley 23.737, todos los cuales habían sido detenidos con dos o tres cigarrillos de marihuana en los bolsillos.

En el Recurso de Casación la Defensa se agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo ut supra citado y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la nueva composición de la Corte y el antecedente de Bazterrica. La Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso señalando que esa Sala ya se había expedido acerca de la constitucionalidad del artículo en cuestión.

En el Recurso Extraordinario la Defensa sostuvo que la sentencia violaba el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la CN, puesto que la conducta se realizó en el marco de la intimidad, y la escasa cantidad no importaba potencialidad de dependencia física ni de afectación a la Salud Pública; asimismo sostuvo como más ajustada al Estado de Derecho la postura de Bazterrica y Capalbo.

El Tribunal declaró inadmisibile el Recurso Extraordinario por considerar insuficientes los argumentos expuestos.

Tal decisión dio origen a la Queja, que tuvo como núcleo el planteo de validez constitucional de la figura penal (art. 14 2do párrafo ley 23.717), como contrario al art. 19 CN.

La Corte reiteró su postura sobre el alcance de las acciones privadas respecto de la Salud Pública, dada en Bazterrica y se apartó del pronunciamiento dado en “Montalvo”.

A fin de fundamentar el cambio de postura, la Corte citando diferentes informes de Organismo Internacionales y Nacionales, resaltó el fracaso de las razones utilitaristas que sustentaron el fallo de Montalvo, atento a la falta de la disminución de la actividad criminal en cuestión, no obstante la postura de interpretación restrictiva de los derechos individuales sostenida hasta entonces.

Asimismo funda su nueva postura en el cambio constitucional ocurrido en razón de la reforma del año 1.994, que reconoció la importancia del sistema internacional de protección de derechos humanos mediante la incorporación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN), lo que cambió la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar ciertos límites y obliga a ejecutar acciones positivas para adecuarse al nuevo estándar internacional.

Tales tratados reconocen varios derechos, entre ellos el “derecho a la privacidad”, destaca en este punto que a nivel interamericano se reconoce la capacidad de la persona de conducir su vida con autonomía personal, y resistirse a

intromisiones o injerencias indebidas. El “principio de dignidad humana” se opone a que el hombre sea tratado utilitariamente y hace dudosa su compatibilidad con los justificativos de la ley 23.737 y Montalvo donde se pretendió incriminar al consumidor para atrapar a los vendedores.

Tal Derecho Internacional se ha preocupado por evitar la revictimización y partiendo de considerar a los consumidores como víctimas visibles (a los que suman las familias) la represión punitiva del Estado al consumidor se traduce en revictimización. Que el ejercicio del poder punitivo por la mera peligrosidad, importa violación del Estado a la prohibición de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo.

A su vez, remarcó la Corte, respecto de los bienes jurídicos colectivos (bien común, orden público, salubridad pública, entre otros) no pueden invocarse como medios para suprimir derechos garantizados a nivel internacional.

Sostiene además la aplicación del “*Principio pro homine*”, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5) y Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29) que establece que debe preferirse la interpretación de los derechos que resulte menos restrictiva, principio que resulta más compatible con la posición de la Corte en Bazterrica.

Destaca la Corte que en ninguna de las Convenciones Internacionales que acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico, se obliga a la Argentina a criminalizar la tenencia para consumo personal, a contrario se obliga a preparar su aparato de salud pública y asistencia.

Aclara el fallo que la decisión que toma en el mismo no importa legalizar la droga, por cuanto reconoce que la conducta no punible sólo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a terceros.

Por todo ello, la Corte con sustento en Bazterrica declara que el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 debe ser invalidado (inconstitucional), fundamentándose en el principio de reserva y defensa de la autonomía consagrado en el art. 19 CN en la medida que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales, en cuanto no traigan aparejado peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros.

Finalmente resulta destacable de este fallo, que el mismo exhorta a los poderes públicos a asegurar un política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y adoptar medidas de salud preventivas.

CONCLUSIÓN

En orden a todo lo expuesto, tenemos que el consumo de droga constituye un flagelo que atenta contra la salud individual y contra la salud pública en algunos casos y el Derecho Penal, en cuanto instrumento de intervención del Estado, alcanza sólo algunos aspectos de la vida del hombre, en razón de encontrarse tal intervención limitada por principios, tales como el de autonomía y reserva.

La ley de estupefacientes vigente (23.737), expresión de una política criminal, pune la tenencia para consumo personal (art. 14° párrafo 2do.), invocando como fundamento, la protección del bien jurídico “salud pública”, conforme se expuso en los debates parlamentarios previos.

En relación al concepto de bien jurídico, teniendo presente las distintas acepciones propuestas por la doctrina, aparece como más acertada, aquella que lo define como un concepto material -no puramente jurídico-, una creación de la vida, esto es, un interés vital del individuo, de la comunidad que el Derecho protege, previo al Derecho positivo (conf. Von Liszt); ello así, por cuanto son los hechos de la realidad y los intereses que tales realidades importan, los que surgen primeros en el orden y determinan que el Derecho les brinde luego protección.

Teniendo presente las funciones primordiales del bien jurídico expuestos en el desarrollo de este trabajo (garantía, legitimación de la norma, interpretación, sistemática u ordenadora), afloran como relevante a los fines de su determinación, los principios de reserva o autonomía y el de lesividad, en tanto constituyen límites a la intervención estatal, en razón de que exigen para habilitar la misma, que el accionar que se norma, trascienda el ámbito de intimidad, afectando de este modo la moral, el orden público y/o los derechos de terceros.

Con ello tenemos que la determinación de bien jurídico por parte del Derecho Penal, no debería importar intromisión a esa esfera de reserva o libertad amparada constitucionalmente.

Así, la Salud Pública, entendida esta como la salud de todos los miembros de la sociedad, y bien jurídico protegido por la ley 23.737 y las demás legislaciones previas que regularon la materia, encuadra entre los llamados bienes colectivos, aquellos bienes cuya titularidad aparece difusa, de carácter masivo y universal, reconocido en función de todos y cada unos de los miembros de la sociedad.

A la par de estos bienes jurídicos colectivos, que importan una innovación en el Derecho Penal, por cuanto en principio sólo se protegía bienes jurídicos individuales, emanan los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos cuya configuración requieren de sólo poner en peligro o la posibilidad de peligro del bien tutelado, es decir, riesgo de que sufra éste un mal inminente.

Entre tales delitos de peligro abstracto, ubicamos el delito de tenencia de estupefaciente para consumo legislado en el art. 14 párrafo 2do., de la ley 23.737, postura ésta aceptada por la mayoría de la doctrina y que a su vez, ha sido objeto de crítica por algunos autores, quienes observan que estos delitos parten de la presunción de que un acto individual que daña a uno mismo puede ser peligroso para la sociedad, sin tener en cuenta que tal presunción, es contraria a los principios básicos de lesividad y de reserva, resultando paralelamente perjudicial para el propio adicto, quien por temor a ser reprimido se mantiene en tal conducta, negándose a someterse a tratamientos para su recuperación.

De allí, que para que el bien jurídico invocado por la norma citada, justifique su protección, requiere que la conducta punible importe peligro o posibilidad de poner en peligro el mismo.

A los efectos de la protección de la salud pública mediante la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se han esbozado diferentes teorías que tienden a justificar dicha intervención estatal.

Sin embargo, no todas ellas resultan acertadas, por cuanto la perfeccionista busca lograr comportamientos moralmente valiosos, justificando el castigo en casos de auto-degradación moral del individuo, termina así por autorizar al legislador a inmiscuirse en un ámbito interno que excede al Derecho; la paternalista, que encuentra fundamentación en evitar el daño que el consumo causa al adicto, protegiéndolo así aún contra su voluntad, atentando contra el principio de libertad consagrado en el art. 19 CN.; en cuanto a la teoría de la defensa social, que pone su acento en la búsqueda de protección de la sociedad, resulta la más ajustada a la finalidad del tipo penal en cuestión, en cuanto dicha teoría justifica la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en el hecho de proteger a otros individuos que no son drogadictos, concuerda con el bien jurídico de protección de la figura, tal es, la salud de los demás individuos (salud pública).

Por su parte el tratamiento jurisprudencial dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los *leading cases* llevados a su conocimiento, vinculados con

la normativa señalada, no ha sido uniforme, declarando en primeramente la constitucionalidad de la norma (Colavini), para luego sostener su inconstitucionalidad en Bazterrica y Capalbo, volviendo a su primer postura en el fallo de Montalvo, para sostener en la actualidad nuevamente la inconstitucionalidad a partir del fallo Arriola.

En este desarrollo, el más Alto Tribunal, a los fines de sostener la constitucionalidad de la norma, hizo primar por sobre el principio de libertad (art. 19 CN), la realidad nefasta que importa el consumo de drogas en la sociedad y el mundo; y a su vez, el considerar al consumidor o tenedor como un eslabón indispensable en el tráfico de estupefacientes (Colavini – año 1.978). Asimismo, cuando tomando dicha doctrina en el caso Montalvo (año 1.990), la amplía invocando la protección de la salud pública, al considerar que la tenencia de estupefacientes para consumo personal constituye un medio de difusión de la droga, con efecto contagioso y ejemplificativo, todo lo cual la ubica fuera del ámbito de la intimidad.

En tanto que en los fallos Bazterrica y Capalbo (año 1.986) como en Arriola (año 2.009) -criterio actual-, la Corte toma una postura permisiva, declarando la inconstitucionalidad de la norma sosteniendo que no se debe presumir que la tenencia traiga consecuencias negativas en la sociedad, la seguridad o bienestar general, criticando además la estigmatización como delincuente que esta figura importa para el consumidor, al obstaculizar su reinserción social y laboral y no producir el efecto disuasivo pretendido; destacando que con ello se cumple con Tratados Internacionales de Derechos Humanos (con jerarquía constitucional a partir del año 1.994) que mandan evitar la revictimización y respetando los principios de reserva y autonomía, en tanto no se dañe a terceros.

Al respecto, se ha visto en el análisis de diferentes fallos como la droga calificada como tenencia para consumo, se encontraba en lugares de difícil acceso al conocimiento de terceros (ej: interior de las prendas de vestir o del domicilio), por lo que no en todos los casos analizados o los que pueden presentarse en la realidad diaria, se da la ostentación ante terceros o se observa situaciones que permitan inferir la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Asimismo, si bien tales fallos justifican su postura en contra de la constitucionalidad de la norma, analizándolo principalmente desde la perspectiva de la afectación o no del ámbito de privacidad o intimidad resguardado por el art. 19 CN, resulta esto indirectamente vinculado con la resolución de la hipótesis que motiva el presente trabajo, es decir con el interrogante si la figura en análisis lesiona o no la

salud pública; por cuanto desde el momento en que la mera tenencia de la droga para consumo personal, no alcance a terceros (sea por ostentación o por hacer gala de ello en público) estamos no sólo ante un accionar propio de la intimidad o privacidad de las personas, amparado por la proclama constitucional citada sino ante un caso en el que no existe posibilidad ni potencial peligrosidad de afectación de la salud de éstos terceros, es decir, no alcanza al bien jurídico que se dice pretende proteger (salud pública), por cuanto no sale del ámbito de la salud individual, donde el hombre en cuanto ser libre tiene poder de decisión y actuación.

Por todo ello concluyo en la afirmación de la hipótesis realizada al inicio del presente trabajo, en tanto la salud pública como bien jurídico protegido por la figura de tenencia para consumo en el art. 14 (párrafo segundo) de la ley 23.737, no resulta en todos los casos objeto de peligro de afectación.

BIBLIOGRAFÍA

- **Doctrina.**

- Achaval, A. (2.009). *Medicina Legal Derechos Civil y Penal*. T. I. Buenos Aires: La Ley.
- Antolisei, F. (1.960). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: U.T.E.H.A
- Beade, G. A. (2.012). *La tenencia y el uso recreativo de drogas: acerca del interés público y los actos privados*. Buenos Aires: La Ley. Año II N° 7 agosto 2.012, Pág. 39.
- Beristain, A. (1.986). *La Droga: aspectos penales y criminológicos*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, J. (1.984). *Manuel de Derecho Penal Español Parte General*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Bustos Ramírez, J. (1.987). *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU
- Bustos Ramírez, J. (1.989). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (3° ed.) Barcelona. Ariel Derecho
- Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.
- Buteler, E.R. (2.004). Delitos de peligro y nuevas posibilidades de legitimación en los casos de peligro abstracto. Universidad Nacional del Litoral. *El sistema penal ante las exigencias del presente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Carrara, F. (1.980). *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*. Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero (8 reimp.). Bogotá: Temis
- Carrara, F. (1.996). *Programa de Derecho Criminal*. Vol. I Trad. de Ortega Torres J. y Guerrero J.. Buenos Aires: Temis.
- Cavalieri, A. (2.013). El control de tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana. *En Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: La Ley. Año III, N° 4, mayo de 2.013, p. 14.
- Cobo Del Rosal, M. y Vives Antón, T.S. (1.996). *Derecho Penal Parte General*. (4° ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Donna, E. A. (2.002). *Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales*. T. II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. A. (2.002). *Derecho Penal. Parte Especial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- D'alesio-Divito (2.004). *Código Penal de la Nación: comentado y anotado*. T III. As.: Ediar.
- Devoto, E. y Garcia Fages, M. (2.009). “Tenencia para consumo de estupefacientes: algunas consideraciones en torno a la legitimación recursiva del agente fiscal”, año XII, N° 2742, jueves 19 de marzo de 2.009. En *elDial.com Express Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado 06/08/10 de <http://www.eldial.com/nuevo/login.asp?t=za&Edicion=19/3/2009>).
- Ekmekdjian, M.A. (1.994). *Tratado de Derecho Constitucional*. T. II. Buenos Aires: Depalma.
- Estrada, J. M. (1.895). *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*. Buenos Aires: Compañía sudamericana de billetes de banco.
- Falcone, R., Conti, N.J., Simaz, A.L. (2.014). *Derecho Penal Tráfico de Drogas* (2° ed.) Buenos Aires: Ad- Hoc.
- Fernández, G. (2.004). *Bien Jurídico y Sistema de Delito*. Buenos Aires: B de F.
- Ferrajoli, L. (1.998). *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal* (3° ed.). Trad. de Perfecto A. Ibañez, Alfonso Luis Miguel. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2.005). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2.012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 8 (No. 79), julio-diciembre, Medellín: Universidad EAFIT. pp. 100-114.
- Feuerbach, A. (2.007). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. Trad. por Zaffaroni E. e Hagemeyer I. y Hassemer, W. (1.984) “Fundamentos de Derecho Penal” Buenos Aires: Hammurabi.
- Friedrich Christian Schroeder, R. (2.007). Nuevas Tendencias en los delitos de peligro abstracto. Donna, E. A. *Delitos de peligro*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Gargarella, R. y González Bertomen, J. (2.009). “Consumo de estupefacientes: reflexiones en torno a un fallo necesario”, año XII, N° 2742, jueves 19 de marzo de 2009. En *elDial.com Express Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado 6/08/10 de <http://www.eldial.com/nuevo/login.asp?t=za&Edicion=19/3/2009>).
- González, J. V. (1.983). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Estrada.
- Guelli, M. A. (2.005). *La Constitución de la Nación Argentina* (3° Ed.). Buenos Aires: La Ley.

- Hefendhel, R. (2001). ¿Debe preocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/> Nº 4 Trad. por Eduardo Salazar Ortuño. Murcia. Murcia: Anales del Derecho.
- Maurach, R. y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- Mir Puig, S. (1994). *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi en El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: B de F.
- Moccia, S. (1997). *De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales*. Trad. de Ramón Ragues Valles, en Silva Sánchez, Jesús María: política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch.
- Molinario, A. (1999). *Los delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Buenos Aires: Tea.
- Muñoz Conde, F. y García Areán M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, Damián R. (2007). Una visión crítica de las estructuras de “simple tenencia” desde el principio de garantía de lesividad. Donna, E. A. *Delitos de Peligro*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Nino, C. S. (1979) ¿Es la tenencia de droga con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”? *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 4/10/79.
- Nino, C. S. (1984). *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. México: UNAM
- Nino, C.S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Laje Anaya, J. (1992). *Narcotráfico y derecho penal argentino* (3º ed.). Córdoba: Lerner.
- Liszt, F. V. (1927). *Tratado de Derecho Penal*. T.II (20va. ed.). Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Reus
- Puricelli, J (1998). *Estupefaciente y drogadicción* (3º ed.). Buenos Aires: Universidad.

- Roxin, C. (1.997). *Derecho Penal Parte General. T. I (2º ed.)* Trad. por Diego Manuel Lozón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitatis.
- Roxin, C. (2.000). *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sagués, N. (1.986). *Tenencia de Estupefacientes, autolesiones, delito de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: JA
- Soler, S. (1.987). *Derecho Penal Argentino*. Actualizado por Manuel A. Bayala Bosombrio (4º ed.) Buenos Aires: Tea.
- Soto Navarro, S. (2.003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares.
- Stratenwert, G. (2.007). *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. Trad. de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita del Valle Mariscal de Gante en Hefendehl Roland: la teoría del bien jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Terris, M. (1.992). *Conceptos de Promoción de Salud: dualidades de la teoría de la salud pública*. Washington: PAHO.
- Welzel, H. (1.970). *Derecho penal alemán, parte general*. Trad. Bustos Ramírez. J. y Yañes Pérez, Sergio. Chile: Jurídica de Chile.
- Winslow Hill, H. (1.923). *La importancia de la campaña de salud pública moderna*. Yale: Universitaria.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A. (2.002). *Derecho Penal Parte General (2º ed.)*. Buenos aires: Ediar.
- Zaffaroni, R. E. (1.998). *En Busca de las Penas Perdidas*. Buenos Aires: Ediar.

- **Legislación.**

Internacional:

- Convención de Viena Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1.988).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12),
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º. 1.),
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7º y 10.1.),

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (arts. 5º.b, 11.1.f, 11.2, 12 y 14.2.b.)
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º.e.iv.).

Nacional:

- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Penal Argentino.
- Ley N° 11.309 del año 1.924 (derogada).
- Ley N° 11.331 del año 1.926 (derogada).
- Ley N° 17.567 del 12 de enero de 1.968 (derogada).
- Ley N° 20.509 del 28 de mayo de 1.973 (derogada).
- Ley N° 20.771 de 3 de octubre de 1.974, Estupefacientes (derogada).
- Ley N° 23.737 del 11 de octubre de 1.989, Tenencia y Tráfico de Estupefacientes.
- Ley N° 26.052 del 31 de agosto de 2.005 (modificación a la Ley 23.737).

- **Jurisprudencia.**

- C.S.J.N., “Colavini”, Fallos 300:254 (1.978).
- C.S.J.N., “Roldán”, Fallos 301:673 (1.979).
- C.S.J.N., “Valerio”, Fallos 303:1205 (1.981).
- C.S.J.N., “Jury”, Fallos 304:1678 (1.982).
- C.S.J.N., “Maldonado”, Fallos 305:137 (1.983).
- C.S.J.N., “Capalbo”, Fallos 308:1468 (1.986).
- C.S.J.N., “Bazterrica”, Fallos 308:1392 (1.986).
- C.S.J.N., “Montalvo”, Fallos 313:1333 (1.990).
- C.S.J.N., “Arriola”, Fallos 332:1963 (2.009).