



**EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY
Nº 23.737 DE ESTUPEFACIENTES.**

**¿Prohibicionismo estatal tuitivo o limitador de la libertad de
autodeterminación?**

Ignacio OSTA

Abogacía

2018

Índice

	Introducción	
	Capítulo I: Derecho Penal: Nociones generales.....	9
1.1	Introducción.....	9
1.2	Noción y naturaleza jurídica.....	10
1.3	Evolución del Derecho Penal en Argentina.....	12
1.4	Coerción Penal.....	13
1.4.1	Penas.....	13
1.4.2	Medidas de seguridad.....	14
1.5	Fuentes de la Ley Penal.....	15
1.6	Límites a la Ley Penal.....	16
1.7	Teoría del Delito y Delito.....	18
1.8	Conclusión.....	21
	Capítulo II: Derecho Constitucional: El marco que contiene al Derecho Penal.....	23
2.1	Introducción.....	23
2.2	Supremacía y control constitucional.....	24
2.3	Declaraciones y Derechos.....	27
2.3.1	Artículo 19 de la C.N.....	28
2.3.1.1.	Principio de Reserva.....	29
2.3.1.2.	Principio de Legalidad.....	30
2.4	Conclusión.....	31
	Capítulo III: Marco normativo regulador de los estupefacientes.....	34

3.1	Introducción.....	34
3.2	Nociones generales en torno a los estupefacientes.....	35
3.3	Derecho comparado: Contexto global.....	37
3.4	Evolución legislativa en Argentina.....	40
3.5.	Antecedentes jurisprudenciales.....	42
3.6	Ley N° 23.737 de Estupefacientes.....	45
3.6.1.	Artículo 14: Segundo párrafo: La tenencia y el peligro abstracto.....	47
3.6.2.	Despenalización y/o legalización del consumo.....	51
3.6.3.	Criminalización del consumo personal y Medidas de Seguridad.....	56
3.7.	Conclusión.....	60

Conclusión

Bibliografía

Resumen

El consumo de estupefacientes es un problema consagrado internacionalmente por el que muchos países se han comprometido conjuntamente a combatirlo. La postura mayoritaria se inclina por el prohibicionismo sancionando el consumo personal con la intención de atacar el último eslabón necesario de la cadena de tráfico ilícito de sustancias.

En Argentina, legislativamente se adoptó esta posición, criminalizando la tenencia de drogas cuando ello no tuviera justificativo. Jurisprudencial y doctrinariamente se intentó delimitar el alcance de esta tenencia, obteniendo sentencias favorables a su sanción como a su legalización. Con la Ley de Estupefacientes N° 23.737 se intentó aclarar las controversias, determinando en el segundo párrafo de su artículo 14 que la tenencia para consumo personal era igualmente punible, aunque con una pena disminuida. Sin embargo, el mismo fue cuestionado en su constitucionalidad severas veces, resultando en fallos contradictorios.

Esta situación resta seguridad jurídica al Estado de Derecho, por lo cual es menester definir si el citado artículo respeta o no el derecho a la libertad y a la privacidad consagrado en la Carta Magna. El presente trabajo final de graduación intentará dar respuesta a dicha controversia.

Palabras Claves: Estupefacientes – Libertad – Consumo personal

Abstract

Drug abuse is an international matter that concerns several countries around the world who committed to fight together against it. Most people tend to prohibit the use, punishing the personal use intending to attack the very last link in the illegal drug traffic chain.

In Argentina the legislator has adopted this position, sanctioning the drugs possession when it wouldn't have any justification. Different judges and doctrinarian tried to delimit the range of this possession, resulting in diverse sentences, as in favor as against the convenience of such prohibition. Since the ruling of the Law N° 23.737 it's been intended to clarify this controversy, determining on the second paragraph of its 14th article, that the possession for personal use is punishable, even though it applies a different penalty. However, this article was questioned concerning to its constitutionality several times, resulting in contradictory sentences.

This situation lacks legal security to the State of Right, due to what it's necessary to define if the quoted article respects or not the right to freedom and privacy stablished on the Fundamental Law. The present final graduation paper will try to answer this controversy.

Keywords: Drugs – Freedom – Personal use

Introducción

Desde los inicios de la civilización se ha recurrido al consumo de sustancias de manera recreacional. Sin embargo, esta situación se ha visto agravada en el último siglo, con motivo de las guerras, la estratificación social y la precarización laboral, entre otros.

Los efectos principales de este aumento se asocian mayormente con la propensión a la delincuencia, sea con motivo del consumo o como medio para poder servirse de más sustancia. Por otra parte, una buena parte de la doctrina refiere al consumidor como un eslabón necesario de la cadena de tráfico ilícito de estupefacientes, motivo por el cual aún a nivel internacional se ha intentado combatir esta problemática desde diversos ángulos.

Así las cosas, en Argentina, desde la codificación en materia penal, se ha tratado la tenencia de estupefacientes como un delito, aclarando progresivamente los distintos alcances de esa tenencia a través de otras leyes especiales como la Ley N° 11.331, la N° 20.771, para arribar finalmente a la denominada Ley de Estupefacientes, N° 23.737.

Es en el segundo párrafo del artículo 14 de esta ley donde se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo de graduación. El citado refiere a la tenencia simple de estupefacientes, y párrafo seguido disminuye la pena para el caso de que evidentemente surja por las circunstancias y la escasa cantidad, que el destino era consumo personal.

Desde principios del mil novecientos diversos doctrinarios y aún la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, se han pronunciado tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de este artículo. Entre los segundos, el fallo “Arriola” fue leading case en la materia, manifestando la contrariedad de la norma con respecto a la Ley Fundamental.

Así, quienes continuaban esta línea de pensamiento sostenían que la protección que garantiza el artículo 19 de la C.N. es amplia y abarca la

autodeterminación de la persona, aun cuando ello implique autolesión, siempre y cuando no trascienda el ámbito privado afectando la moral u orden públicos.

Es precisamente en la delimitación de cuándo se considera afectado el bien común, donde radica la frontera entre una postura a favor de la criminalización o la despenalización del consumo personal. Quienes pugnan por la primera sostienen que éste es un delito de peligro abstracto, que lleva implícito la potencialidad de daño social, sea desde la asociación estadística del consumo a la delincuencia, como a la influencia que la conducta de un individuo puede tener en la sociedad.

Esta controversia existe desde la tipificación de la tenencia, y a un centenar de años de ella, se han obtenido fallos opuestos entre sí. Sin embargo este trabajo centra su análisis en la ley del año 1989 ya que, en pos de la seguridad jurídica de la Nación y la necesidad de declarar certeza en torno a esta situación, se cree que es menester adecuar la normativa de manera que se mantenga la supremacía constitucional propia del Estado de Derecho, sea que se resuelva a favor de la criminalización de la tenencia o en contra.

De esta manera se observa claramente el interrogante que dio base a este trabajo final de graduación, ¿el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley N° 23.737 transgrede el artículo 19 de la C.N.? En otras palabras el debate gira en torno a si el consumo personal debe o no ser considerado delito y por ende ser merecedor de sanción, o si queda amparado por el principio de privacidad consagrado constitucionalmente en su artículo 19.

Para poder dar respuesta a este cuestionamiento, el presente escrito se ordena en tres capítulos. El primero de ellos, enfocado en las nociones generales del Derecho Penal, como materia específica debatida, por cuanto reúne una serie de características que merecen especial consideración. La importancia del marco establecido radica en comprender los principios básicos sobre los que se sustenta tal rama del Derecho Público, el papel fundamental de las garantías, su finalidad y fuentes, así como su evolución a lo largo de la historia. Todo esto hace al contexto del estudio del referido artículo de la Ley de Estupefacientes.

Seguidamente, se trata el Derecho Constitucional entendido como marco contenedor del Derecho Penal, aquel como dicta la supremacía declarada en la carta magna, que fundamenta todo el ordenamiento jurídico y a la cual debe adecuarse. En este apartado se analiza los alcances de dicha suprallegalidad, el control constitucional que la garantiza, las declaraciones y derechos, entre ellos el principio de privacidad y legalidad, y el refuerzo de los tratados internacionales que ingresan con categoría constitucional y aun, suprallegal. Se intenta reflexionar sobre el valor de la seguridad jurídica y los derechos humanos y propios del Estado de Derecho que hacen a la República Argentina.

El último de los capítulos se centra en la Ley de Estupefacientes, sus antecedentes normativos y jurisprudenciales, para comprender el camino de evolución y la necesidad de adaptación del Derecho a la realidad social contemporánea. Se hace especial hincapié en el contexto global, por la marcada relevancia que se ha visualizado en el último tiempo por tratar de manera diferente el problema de las drogas a nivel mundial. Habiendo contextualizado la problemática se argumenta tanto a favor de la criminalización como de la despenalización con las principales posturas, ventajas y desventajas de cada una.

La investigación que caracteriza este trabajo es del tipo descriptiva con una estrategia metodológica cualitativa, donde las fuentes primarias son leyes, fallos, decretos, entre otros; las secundarias son análisis de doctrina en libros, revistas científicas y publicaciones; y terciarias, haciendo uso de diversos manuales propio de la rama. De esta manera se hace recolección y análisis de datos y documentos.

Es así que se pretende arribar a la conclusión de si el segundo párrafo del artículo 14 de las Ley 23.737 transgrede el artículo 19 de la C.N.

Capítulo I: Derecho Penal: Nociones generales.

1.1. Introducción

En los orígenes de la sociedad los actos considerados delictivos se castigaban mediante distintas instituciones de índole privado, fuera del aparato del Estado. Se recurría al tabú, etimológicamente entendido como prohibido, por cuanto quien lo cometiera sería pasible de una tragedia divina; el destierro, donde se lo privaba de la protección de su familia; la venganza privada, ocasionando un mal mayor al provocado por el autor; la ley del talión, asegurando una proporcionalidad entre el daño ocasionado y el recibido; y por último, la llamada composición, consistente en una reparación monetaria (Font, 2016).

Esta autocomposición de la sociedad ocasionaba desorden, por lo cual resultó menester la intervención del Estado en la definición y consecuencias de los actos delictivos. Esta injerencia del mismo se ha dado en diferentes graduaciones.

Así el derecho penal romano intentaba garantizar una administración de justicia correcta, donde el pueblo era encargado de las acusaciones y el Estado de sentenciar. Luego, durante el Imperio Romano, éste adquirió más poder abarcando también la acusación y aportación de pruebas. Por su parte, el Derecho Penal Germánico era más objetivo, sin distinción entre culpa y dolo, observando sólo el daño provocado. El Canónico, basado en el poder otorgado por Dios, si bien era subjetivo confundía la ilicitud con la inmoralidad (Font, 2016).

La potestad del Estado de punir determinados actos ha variado desde sus comienzos de acuerdo a las creencias culturales. Así, en palabras de Núñez, uno de los caracteres del Derecho Penal es el hecho que es valorativo, por cuanto toma en consideración apreciaciones sociales para determinar lo punible y las posibles consecuencias (1999).

Como puede verse entonces, el derecho penal resulta controversial por cuanto amerita una ponderación entre el bien jurídico protegido y el bien jurídico atacado mediante la imposición de la sanción o pena. Es de suma importancia entender los límites de este poder para no avasallar sobre otros derechos personalísimos en nombre de la defensa de las personas.

En este primer capítulo se analizarán las diversas concepciones de este derecho, sus caracteres y finalidad, para comprender el marco en el que se definirán en los capítulos sucesivos los bienes jurídicos tutelados y las penas sugeridas. La ley penal, sus límites, la definición de delito, su estructura, la importancia de la delimitación del bien protegido, son cuestiones fundamentales a la hora de analizar la razonabilidad en la penalización o no del consumo de estupefacientes con fines recreativos y personales.

1.2. Concepto de Derecho Penal. Noción y Naturaleza Jurídica.

El Estado, como sociedad organizada tanto política como jurídicamente, tiene como deber la protección de las personas que lo integran y sus bienes. Para ello se vale del Derecho Penal, rama del Derecho Público, que estudia los delitos y las penas que les corresponden.

Se han propuesto diferentes definiciones, así Soler lo identifica con aquellas normas dotadas de una sanción retributiva (1992); Núñez refiere a la facultad o potestad que ostenta el Estado para castigar o aún aplicar diversas medidas de seguridad a quien es indicado como autor punible de un delito (1999). Por su parte Fontán Balestra lo entiende como aquella normativa cuya infracción se ordena bajo pena de sanción (2007), mientras que Jiménez de Asua lo identifica como las normas que regulan el poder del Estado de sancionar y prevenir (1992). En una posición más limitadora Zaffaroni propone que lo que intenta esta rama es interpretar las leyes de manera tal de servir de orientación a

los jueces y con ello contener y reducir el poder punitivo, asegurando así el Estado de derecho con basamento en la constitución (1991).

En todas es posible identificar la finalidad de este derecho que es proteger a las personas y sus bienes, y el medio del cual se vale, la sanción o medida de seguridad. La medida o proporcionalidad entre lo que se protege y lo que se pune diferirá según la posición de la que se sea partidario.

Históricamente se han ensayado justificaciones en torno a esta rama, justificando el poder punitivo en distintos argumentos. En consecuencia surgieron diversas escuelas. La clásica, con su método deductivo, trataba al delito como mera transgresión a la ley, sin importar la conducta en sí. En ella la responsabilidad del autor radica en su libertad de elección entre lo bueno y lo malo. Por último considera que la sanción intenta proteger el orden jurídico, con carácter retributivo (Font, 2016). En la otra cara, la escuela positiva se caracteriza por su método inductivo, enfocándose en los hechos y el actor. En ésta se entiende al delito como resultado de la naturaleza del hombre en sociedad, como un mal para ella. En oposición a la escuela clásica, no se funda en el libre albedrío sino en la peligrosidad del delincuente. En consecuencia, la pena no intenta castigar sino más bien preservar el bienestar de la comunidad y reeducar al actor del delito (Font, 2016).

En palabras de Núñez el Derecho Penal puede ser, de acuerdo a su finalidad, individualista o socialista, según propugne resguardar los intereses de las personas, sus derechos individuales y sociales, o bien, si el valor máximo protegido es la sociedad y sus intereses. El Código Penal argentino pertenece al primer grupo (1999).

A continuación se analizará brevemente la evolución de este Derecho en Argentina, para comprender el contexto en el que se analizará la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

1.3. *Evolución del Derecho Penal en Argentina*

Los orígenes de este derecho en la Argentina funda su base de España, cuya legislación rigió en la época colonial, principalmente a través de las Leyes de Indias, las Partidas y diversas disposiciones a cargo de los virreyes locales. Luego de 1810 comenzaron a regir algunas normativas provinciales, contradiciendo el orden antecesor, hasta finalmente arribar al dictado de la Constitución Nacional en 1853 (Font, 2016).

Con el dictado de la Carta Magna se sientan las bases de la legislación penal argentina, fundamentalmente a través de los artículos 16¹ C.N., de igualdad ante la ley; del artículo 18² C.N., del debido proceso; y del artículo 19³ C.N., del principio de legalidad y reserva. El contenido del articulado mencionado será desarrollado en el capítulo subsiguiente. Se impone al Congreso el dictado de un Código Penal y así en 1886 se sanciona el primer código en la materia (Font, 2016).

Independientemente de las reformas sufridas desde su entrada en vigencia, la estructura del código quedó determinada en dos libros, uno de disposiciones generales y otra de los delitos. En esta última, considerada la parte especial, se ordenan los mismos de acuerdo al bien jurídico protegido. Así los hay contra las personas, el honor, la integridad sexual, el estado civil, la libertad, la propiedad, el

¹ Artículo 16 C.N.: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

² Artículo 18 C.N.: “ Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

³ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

orden público, entre otros. En el presente trabajo se analizará lo referido específicamente cómo la tenencia de estupefacientes afecta a la salud pública.

Habiendo introducido en la evolución de este derecho en Argentina, en el siguiente apartado se procederá a analizar los elementos del poder sancionador del Estado, característico del Derecho Penal.

1.4. Coerción Penal.

La llamada coerción penal, proveniente del poder punitivo del Estado, se puede manifestar mediante penas o medidas de seguridad. Las primeras se entienden como una restricción de los derechos del autor, con carácter coactivo, aplicable cuando se produjo un comportamiento tipificado, antijurídico y culpable. Las segundas son de aplicación en aquellas situaciones donde hay inimputabilidad (Font, 2016).

1.4.1. Penas

El fundamento para aplicar las penas varía según las teorías. En una primera arista se encuentra las teorías absolutas, propias de la escuela clásica, que propugnan un castigo a aquel que siendo poseedor de libre albedrío eligió delinquir. Así refieren a una idea de reparación o supresión de la voluntad delictiva del delincuente, o una idea de retribución, por cuanto compensaría el daño provocado. Esta última postura fundamenta este poder con carácter divino, como voluntad de Dios; moral, donde se intenta un orden jurídico universal y el daño provocado a otros es un daño provocado a sí mismo; y por último, jurídico, por cuanto el Derecho no puede verse destruido por el delito, y debe demostrar su superioridad e invulnerabilidad a través de la pena (Font, 2016).

Continuando con los fundamentos de aplicabilidad de las penas, la segunda arista está dada por las teorías relativas, características de la escuela positiva, que intentan una prevención asociada a una utilidad de la sanción. Así las habrá de prevención general o especial, según enfoquen en quienes no han

delincuente, como en el primer caso, o en los delincuentes, en el segundo (Font, 2016).

En relación con la finalidad de la pena, Zaffaroni postula la Teoría Agnóstica de la Pena, reconociendo que si bien el fin que se intenta es resocializar, reeducar y reinserir al delincuente, la cárcel logra precisamente lo opuesto, provocando regresiones y nuevos actos delictivos. Refiere que no sirve para reparar ni restituir o detener lesiones actuales o inminentes (1991).

Siguiendo esta teoría, el poder punitivo está en manos del legislador en primera instancia, quien determina lo punible y sus consecuencias; el jurista en segundo lugar, que realiza la ley; y la policía, que sigue las órdenes de estos últimos. El poder debe ser reducido y contenido, consciente de la realidad de la sociedad y el sistema penal, por cuanto están contaminados de corrupción, burocracia, deterioros de los establecimientos penitenciarios, estereotipos, pobreza, entre otros (Zaffaroni, 1991).

Las teorías propuestas son interpretativas de las leyes, así habrá disidencias dentro de la doctrina, apoyando una u otra. Mayormente varía de acuerdo a la cultura. Actualmente se pugna por una teoría más humanista, y aun preventivo, procurando la defensa de los derechos personalísimos de los señalados como autores del delito.

Retornando a las formas de aplicar la coerción penal, además de las penas se encuentran las llamadas Medidas de Seguridad, las cuales serán brevemente analizadas en el apartado subsiguiente.

1.4.2. Medidas de seguridad

Retomando las diferentes manifestaciones de la coerción penal, al margen de las penas se encuentran las medidas de seguridad. En posición de Núñez, la potestad de castigar del Estado, regulada por el derecho penal, puede determinar lo que se pune y las consecuencias. En un principio se buscaba el castigo del

delincuente; hoy se recurre a otros medios como las medidas de seguridad para combatir la delincuencia, por lo cual le arrojan una función de prevención (1999).

Se entienden como aquellas teñidas de carácter preventivo y que se aplican a inimputables, sea por imposibilidad de aplicar pena, como a menores o dementes, o por inutilidad en ella, para el caso de reincidentes (Font, 2016). Así habrá medidas curativas, entre ellas la reclusión en establecimientos especiales para los casos de toxicómanos; educativas y eliminatorias, según la finalidad perseguida y el acto cometido por el autor.

En consonancia con la globalización de los derechos humanos, los tratados internacionales que aseguran un mínimo de principios y garantías a las personas, y reforzando la característica de *ultima ratio* propia del Derecho Penal y su finalidad rehabilitadora, actualmente se intenta prevenir la utilización de la pena, propugnando por medidas menos lesivas de estos derechos del ser humano.

La cuestión debatida en el presente trabajo refiere particularmente al segundo párrafo del artículo 14⁴ de las Ley N° 23.737, por cuanto pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal e impone una pena y faculta al juez para obligar al autor a someterse a una medida de seguridad en su lugar.

1.5. Fuentes de la Ley Penal

Como se refirió en el apartado anterior la legitimación o fundamento de la coerción penal podía ubicarse históricamente en la Iglesia, la comunidad o bien el Estado. En el caso de Argentina, se observan fuentes inmediatas, con fuerza obligatoria por sí, como las leyes del Congreso, el Código Penal y las leyes especiales; legislación provincial, ordenanzas municipales, entre otras. Y por otro lado, las fuentes mediatas, que requieren de una inmediata que les otorgue

⁴ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

obligatoriedad, dentro de ellas se encuentra la costumbre, la jurisprudencia en pleno y las disposiciones de una ley penal en blanco (Font, 2016).

En el presente trabajo será de especial importancia la referencia a la jurisprudencia en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal, la cual será analizada en los próximos capítulos, y contribuirá a las diversas posiciones en torno a la temática.

Tal como refiere Núñez (1999), para poder determinar el significado abstracto y concreto de la regla legal, es decir, la intelección de la ley y su posterior aplicación, se recurren a diversas interpretaciones como la doctrinaria, legislativa y judicial. Esta última refiere a la puesta en conocimiento de los jueces en el caso concreto, de valor inter partes. Cuando la misma es uniforme, constituye jurisprudencia, y puede verse disgregada en distintos tribunales o bien ser resultado de un acuerdo plenario y por tanto pasible de aplicación obligatoria para las cámaras o salas en posteriores casos.

La Ley de Estupefacientes fue dictada por el Congreso de la Nación, dentro de sus facultades, y es contenida dentro del marco de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que forman en conjunto el Bloque Federal de Constitucionalidad. Por lo tanto, no puede extenderse ilimitadamente sino que encuentra fronteras que con sus disposiciones no puede traspasar. Por ello a continuación se detallarán algunos límites a la Ley Penal.

1.6. Límites a la Ley Penal

De acuerdo al artículo 31⁵ de la C.N. que establece la supremacía de la Carta Magna por sobre todo el ordenamiento, el Derecho Penal se ubica por debajo del Constitucional. En anticipo al capítulo siguiente donde se analizarán

⁵ Artículo 31, C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

estas bases, hay una serie de principios garantizados en la Ley Fundamental que estructuran el Derecho Penal.

Los límites principales a la ley penal están dados por el principio de legalidad procesal del artículo 18⁶ C.N., estableciendo la obligatoriedad de un juicio previo a la imposición de la pena; el de irretroactividad penal, determinando la necesidad de una ley anterior al hecho; la prohibición de la analogía; la humanidad y personalidad de las penas, entre otros (Font, 2016).

Se hará especial hincapié en el artículo 19⁷ de la C.N. que instauro el principio de reserva y de legalidad, por el cual toda aquella acción privada del hombre que no afecte a terceros ni ofenda a la moral, queda exento del poder punitivo del Estado y reservadas a Dios, así como todo lo que no esté expresamente prohibido se encuentra permitido.

Como puede apreciarse, el límite principal está determinado por las bases constitucionales que enmarcan el Derecho Penal y sientan un mínimo de derechos y garantías para el Estado de Derecho. Esto resulta en consonancia con la tendencia pro homine que ha surgido en los últimos dos siglos, y de la globalización, lo que obliga a los Estados soberanos a aunar esfuerzos por sentar un mínimo de garantías para las personas, principalmente a través de Tratados Internacionales que los comprometen entre sí.

⁶ Artículo 18 C.N.: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

⁷ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

El principal planteo de este Trabajo Final de Graduación gira en torno al enfrentamiento entre este ámbito personal donde la persona humana podría deliberadamente elegir consumir estupefacientes siempre y cuando no afecte a otros, y el orden o salud pública; la potencialidad de su afectación aún desde ese ámbito privado. Para arribar a ello y determinar si el legislador se encuentra legitimado para tipificar la conducta de tenencia para consumo personal es menester entender la concepción del Delito y las principales teorías en torno él, lo cual será detallado en el próximo apartado.

1.7. *Teoría del Delito y Delito*

Habiendo definido al derecho penal como la potestad del Estado de determinar lo punible y sus consecuencias por medio de la ley penal, se procederá a conceptualizar el delito desde la teoría del delito, sin intenciones de ser exhaustivos pero con la finalidad de establecer un parámetro para enmarcar luego el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal establecido por Ley N° 23.737⁸.

Dentro del este Derecho se encuentra la Teoría del Delito, la cual enumera los presupuestos que debe presentar la acción para ser considerada como delito. Una vez catalogado como tal, deberá determinarse el tipo analizando las características específicas. En palabras de Zaffaroni (2007) esta teoría facilita la averiguación de la presencia o no de un delito en el caso concreto.

De esta manera éstos se clasificarán en Delitos de acción u omisión según el tipo requiera la realización de una determinada conducta o bien, que el ordenamiento espere la realización de una conducta y el actor no la realice. Luego, serán dolosos o culposos según la finalidad del autor, con intención de cometer el ilícito en el primer caso o con falta de cuidado en el segundo (Núñez, 1999).

⁸ Ley N° 23.737, Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial. Buenos Aires, 21/09/1989.

Dentro de la clasificación de delitos se encuentran los de lesión y los de peligro. En los primeros se requiere un daño concreto mientras que en los segundos se identifica una amenaza probable al bien jurídico tutelado. Éste puede ser presumido por ley, o real, según la ley lo considere intrínsecamente relacionado al comportamiento independientemente de que haya existido dicho peligro en el momento determinado (Núñez, 1999). Continúa el autor refiriendo que este peligro no es un elemento del tipo, sino la presunción que el legislador toma como propio de la conducta. En su mayoría son delitos de pura actividad, ya que tampoco suelen mencionar al peligro dentro de la enunciación legal.

Otra clasificación, que atiende al comportamiento del autor, determina que el delito puede ser de simple conducta, sin necesidad de un resultado potencial o efectivo; formal, con un resultado potencial; y material, que exige un daño efectivo(Núñez, 1999).

Los delitos de peligro abstracto han suscitado numerosos debates en torno a su tipificación, lo cual será especialmente tratado en el tercer capítulo de este trabajo, donde se analice particularmente el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, el cual es catalogado dentro de esta categoría.

Luego de analizar las diferentes clasificaciones del delito, se procederá a conceptualizar al mismo. A lo largo del tiempo han esbozado diferentes acepciones. Así Zaffaroni (2007) lo define como una conducta típica, antijurídica y culpable, a lo cual Von Lizst, citado por Font (2016) aclara que es un acto humano sancionado con una pena. Continuando con las citas que hace Font (2016) refiere a la concepción de Mayer quien adiciona a la fórmula la ausencia de una causa de justificación. Por último, continuando con la enunciación de las principales acepciones, Núñez (1999) toma la de Zaffaroni, y le agrega la punibilidad.

Como consecuencia de lo enunciado *ut supra* se observan los elementos propios del delito, los cuales son: la acción, entendida como la conducta; la

tipicidad, según la conducta esté determinada por ley como delictiva; la antijuricidad, contrariando al derecho; y la culpabilidad, como el supuesto de posibilidad de imputación del sujeto considerado autor (Núñez, 1999).

Este último autor aclara que dentro del concepto de hecho, entendido como la conducta humana de acción u omisión, se encuentra como requisito intrínseco la exterioridad. Ésta se asienta en el artículo 19⁹ de la CN, por cuanto es menester trascender la esfera individual para poder entrar dentro de la autoridad de los magistrados (1999).

Por último, dentro de los elementos del delito se encuentra la tipicidad, lo que implica que una conducta está prohibida e individualizada por un tipo penal (Font, 2016). Como se enunciara anteriormente la conducta debe coincidir de manera exacta con la descripción del tipo, ya que el Derecho Penal no puede ser aplicado por analogía y debe existir una ley previa al hecho, a la vez que de acuerdo al principio de legalidad del artículo 19¹⁰ de la C.N. toda prohibición debe realizarse de manera expresa, entendiendo que todo aquello que no lo esté se considera permitido.

Mediante la tipicidad se identifican los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. Así los habrá individuales o sociales, según la titularidad esté individualizada en una persona o en un conjunto de ellas. En palabras de Font (2016) y conforme al principio de lesividad, independientemente de que la conducta esté tipificada, si ésta no provoca daño a terceros o perjudica algún bien jurídico tutelado, se considera que no hay tipicidad.

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

¹⁰ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En posición de Núñez, el delito de tenencia para consumo se enmarca dentro de los delitos contra la salud pública, que atentan contra el bienestar físico de las personas, animales o vegetales (1999). Avanzando este trabajo se estudiarán las diferentes posturas doctrinarias y aún jurisprudenciales en torno a este bien jurídico.

A modo de conclusión, esta breve introducción a las Nociones del Delito intenta enmarcar el estudio del artículo 14¹¹ de la Ley de Estupefacientes, de manera escueta pero concisa, para poder comprender por qué la tenencia para consumo personal debería considerarse o no delito. En el tercer capítulo se analizará precisamente esta cuestión a la luz del Derecho Penal, Constitucional, la doctrina y jurisprudencia.

1.8. *Conclusión.*

En este primer capítulo se procuró introducir sencillamente al lector en las nociones generales del derecho penal. Así se pudo determinar que este derecho pertenece a la rama del Derecho Público, mediante el cual se definen una serie de conductas punibles y sus consecuencias. La coerción penal es propia del poder punitivo del Estado, si bien a lo largo de la historia cayó en manos de la Iglesia y hasta de la propia comunidad.

La evolución de este derecho permite identificar la necesidad de la existencia de este Derecho, en tutela de determinados bienes jurídicos, sin perder de vista la subordinación de éste al Derecho Constitucional, el cual enuncia una serie de principios rectores de la ley penal, tales como el principio de reserva y de legalidad, el debido proceso, la igualdad ante la ley, entre otros.

¹¹ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

El trabajo en cuestión centra su análisis en la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14¹² de la Ley N° 23.737, por cuanto el poder punitivo del Estado, en pos de proteger la salud pública, avasallaría el ámbito privado y la autodeterminación propia del principio de reserva asegurado por el artículo 19¹³ de la C.N.

Debido a que la convivencia en sociedad implica un choque de intereses constante, es de suma importancia establecer una serie de criterios lo más objetivo posibles, que permitan sopesar los diferentes bienes jurídicos tutelados. Por ello, no se debe perder de vista la normativa constitucional, la cual, tal como será analizado en el capítulo siguiente, funda y da sustento al resto del ordenamiento, el cual debe ajustarse a sus preceptos.

¹² Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

¹³ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Capítulo II: Derecho Constitucional: Marco que contiene al Derecho Penal.

2.1. Introducción.

Como se anticipó en el capítulo anterior, el Derecho Constitucional está por encima del Derecho Penal, con cimientos en el artículo 31¹⁴ de la C.N. que asegura la supremacía de la Carta Magna por sobre todo el ordenamiento jurídico. Una manera de garantizar esta cualidad es mediante el control constitucional que en la Argentina adquiere carácter de difuso, estando en cabeza de todos los jueces de la Nación poder declararla, así como sus efectos son sólo inter partes, aplicables al caso en concreto.

La llamada Ley Fundamental contiene una serie de declaraciones, derechos y garantías que aseguran una serie de derechos a las personas, a la vez que incorpora con su misma jerarquía diferentes tratados internacionales que amplían los mismos y por los cuales Argentina debe responder ante otros países firmantes. Dentro de los derechos, se hará especial hincapié en el artículo 19¹⁵ de la C.N. por cuanto resguarda el ámbito privado del individuo de las injerencias de los magistrados, y considera que está sometido sólo al juicio de Dios.

En el presente capítulo se analizará la supremacía constitucional y la importancia de garantizarla mediante el control de la misma para asegurar las bases del Estado de Derecho. Dentro de los derechos consagrados constitucionalmente se estudiará el artículo 19¹⁶ C.N. específicamente referido al

¹⁴ Artículo 31, C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

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

¹⁶ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los

derecho a la privacidad, el llamado principio de reserva, para determinar seguidamente si resulta transgredido por el segundo párrafo del artículo 14¹⁷ de la Ley de Estupefacentes; a la vez de estudiar otras normas de orden trasnacional que garantizan el mismo derecho.

La importancia de este estudio radica en garantizar la permanencia del Estado de Derecho, respetando la libertad de las personas que lo conforman, para no resultar en un totalitarismo o un perfeccionismo que intente imponer un sistema de valores en particular al individuo.

2.2. Supremacía y control constitucional.

La Constitución es la Ley que fundamenta la organización del Estado, sobre la cual se asienta el ordenamiento jurídico y por el cual adquiere validez (Badeni, 2011). En palabras de Gelli (2009) sirve de legitimación y justificación al resto de la normativa de un país.

Históricamente, uno de los objetivos del Constitucionalismo Clásico, fue proteger a las personas de los abusos del poder, limitando la potestad del Estado. Para ello, en los primeros artículos consagra una serie de derechos individuales del hombre frente al Estado y los demás particulares, los cuales constituyen la Parte Dogmática de la misma (Font, 2016). Muchos de estos derechos fueron tomados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dictado en Francia en 1789 (Font, 2016; Gelli, 2009).

Conceptualizando a los derechos, se entienden como facultades reconocidas a personas o grupos. Todo derecho presenta, desde el punto de vista obligacional, un sujeto Activo, en el cual recae la titularidad del mismo, y otro Pasivo, quien tiene el deber de respetarlo. Este deber puede ser de hacer, de dar o de omisión,

magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁷ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacentes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

según la conducta que le imponga al sujeto pasivo (Font, 2016). Así se verá más adelante, que el derecho a la privacidad tiene como sujeto obligado al Estado, con una obligación negativa, de no hacer, de abstenerse de violar el derecho del individuo.

A su vez, dentro de los derechos establecidos constitucionalmente, se identifican dos clases, los operativos o autosuficientes, los cuales no impiden pero tampoco requieren de una instrumentación para su operatividad; y los programáticos, los que necesitan regulación para poder ser aplicados (Bidart Campos, 2008).

La Constitución Nacional, como tal, debe estar dotada de una cierta estabilidad. Es así, que en su artículo 30¹⁸ consagra un procedimiento especial para su reforma, requiriendo la declaración del Congreso con una mayoría agravada, realizada por una Convención citada a tal efecto y con límite temporal y material, sobre determinados asuntos que necesiten ser revisados. Por esto se dice que la Carta Magna es del tipo rígida (Font, 2016).

Si se atiende a la literalidad de dicho artículo se admitiría la reforma total de la Ley Fundamental, sin embargo, en posición de Bidart Campos, existen una serie de contenidos pétreos, que si bien no surgen explícitamente, hacen al espíritu del Estado. Tales contenidos son, entre otros, la democracia como forma de gobierno que implica reconocer la dignidad de la persona, su libertad y sus derechos (2008).

Artículo seguido, el 31¹⁹ de la C.N., consagra su supremacía por sobre el resto del ordenamiento, estableciendo el llamado Bloque de Constitucionalidad,

¹⁸ Artículo 30, C.N.: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

¹⁹ Artículo 31, C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

con ella a la cabeza. El resto de la normativa debe necesariamente adecuarse a ella, y en caso de contraponerse, se debe priorizar el valor de esta sobre las demás leyes (Gelli, 2009). Es por ello que Bidart Campos agrega que la supremacía se proyecta y subordina a ella todo el orden jurídico infraconstitucional, el cual debe ser congruente con ella y de lo que deriva su supralegalidad (2008).

Para poder garantizar la eficacia de esta supremacía es necesario un sistema que garantice el control de constitucionalidad amplio, como remedio que permita la defensa del valor de la misma y la restauración en caso de violación al mismo (Bidart Campos, 2008). Este control, en el caso argentino, es de carácter jurisdiccional, ya que está a cargo del órgano judicial; difuso, por lo que cualquier juez de la Nación puede realizarlo; y de efecto interpartes, aplicable al caso concreto. Hay tres maneras de realizarlo: directamente, por vía de acción o demanda promovida con motivo de la inconstitucionalidad de un acto o norma; por vía indirecta o de excepción, incorporándola incidentalmente a otro proceso; y por elevación de la causa, efectuada por un juez, para que se resuelva al respecto, como en el caso de la reserva federal de la Ley 48 (Bidart Campos, 2008).

De esta manera es necesario enmarcar el pedido de inconstitucionalidad dentro de un caso, una causa judicial, ya que el control se determina por sentencia. Otro requisito es que dicha transgresión a la letra de la Constitución causen un gravamen al titular actual del derecho, quien debe solicitar su revisión fundado en ello. Esta disputa es una cuestión de hecho y no derecho, por lo cual lo que las partes aleguen o prueben no determinará el fallo, el juez suple esto por el principio *iura novit curia*, donde el juez suple cualquier deficiencia de las partes en la invocación del derecho (Bidart Campos, 2008).

Habiendo entonces determinado el valor supralegal de la Constitución y el procedimiento para garantizarlo, se procederá a enunciar los derechos consagrados en la Parte Dogmática de la misma que interesan al cuestionamiento del presente trabajo final de graduación, pretendiendo determinar si el segundo

párrafo del artículo 14²⁰ de la ley de Estupefacientes transgrede el artículo 19²¹ de la C.N.

2.3. Declaraciones y derechos.

Tal como se refiriera anteriormente, en palabras de Bidart Campos (2008) dentro de los contenidos pétreos se encuentra la forma democrática de gobierno que implica el respeto a la dignidad del individuo y su libertad. Esa libertad está principalmente recogida en el artículo 19²² de la C.N. el cual consagra dos principios fundamentales: el de legalidad y el de reserva; a la vez de estar sentada en el propio preámbulo de la Constitución cuando establece el ideal de asegurar los beneficios de la libertad (Font, 2016).

Otra fuente de este Derecho a la Libertad se encuentra en los tratados internacionales a los que Argentina adhirió y otorgó jerarquía constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros (Gelli, 2009), todos los que serán citados específicamente en el tercer capítulo, con motivo de los argumentos a favor o en contra de la criminalización de la tenencia para consumo personal.

A continuación se analizarán las principales posturas en torno al principio de libertad y privacidad consagrado constitucionalmente.

²⁰ Artículo 14, Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

²¹ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

²² Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

2.3.1. Artículo 19 de la C.N.

De manera amplia, la libertad a la que refiere este artículo es la facultad del hombre para desenvolverse, pudiendo hacer ejercicio de sus derechos de manera consciente y autónoma, siempre dentro del marco garantizado por ley (Zarini, 2001). Es, en palabras de Font (2016) propio del Estado de Derecho, base del sistema democrático y el presupuesto necesario para realizar cualquier otro derecho.

Siguiendo la postura del último autor, la libertad podría escindirse en dos aspectos principales: la posibilidad de realizar actividades que produzcan efectos válidos, reconocidos jurídicamente; y la posibilidad de realizar actividades que no ofendan a terceros, sin sufrir injerencias por parte del Estado. Esta inofensividad se relaciona con los dos principios enunciados en este artículo. Por un lado permite un ámbito de reserva donde la persona puede realizar todo aquello que no perjudique a terceros o a la moral y el orden público, y a su vez, que realice todo aquello que no esté prohibido por ley (2016).

Otra concepción asociada a un derecho personalísimo la ofrece Ekmekdjian (1986) que refiere que el derecho a la dignidad deriva en el derecho a la intimidad, que por medio del artículo 19²³ de la C.N. impide la injerencia del poder estatal.

Es así que de manera genérica la libertad que confiere este artículo permite la autodeterminación de la persona, una elección libre y válida, y como se verá seguidamente, libre de injerencia del Estado siempre que no perjudique a terceros o afecte la moral u orden públicos.

²³ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

2.3.1.1. Principio de Reserva

El llamado principio de reserva tiene su base en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de origen Francés, donde entendieron a la libertad como la facultad de poder realizar todo aquello que no resulte en daños a terceros, delimitando naturalmente el ámbito de derechos de las personas en aquella frontera donde comienzan los de los demás. El artículo 19²⁴ de la C.N. mejora esa definición refiriendo a acciones privadas reservadas a Dios que no afecten a la moral y orden público. Si bien cada uno de estos términos ha suscitado diferentes interpretaciones, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación aclaró que las personas tienen libertad de elección respecto a su plan de vida, no sólo frente al Estado sino también, terceros (Gelli, 2009).

Quizás la cuestión trascendental radica en la autonomía de la persona, a la cual debe permitírsele el desarrollo de su libertad sin que el Estado intente utilizarla para sus objetivos particulares. El artículo no parece adherirse a una idea paternalista o perfeccionista, lo que no quita que no renuncie a otros fines proteccionistas o tuitivos del bien común (Gelli, 2009). En consonancia, Carlos Nino (2000) añade que el artículo tampoco busca imponer una moral privada, ni un modelo ideal de vida, sino que permite a la persona elegir libremente de acuerdo a su conciencia.

En palabras de Orce (2012) el principio de reserva está emparentado con el principio de daño, por cuanto podrá impedirse toda aquella conducta que provoque un daño a terceros, permitiendo toda aquella que no cumpla con esta condición. Siguiendo con sus argumentos refiere que hay una incompatibilidad entre el principio del artículo 19²⁵ de la C.N. que otorga libertad entendida como

²⁴ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

²⁵ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

una conducta no posible de ser punida mientras no dañe a otros, ya que en términos de consumo personal es imposible de realizar de *iure*.

La inmunidad que otorga este artículo, continúa Orce, es correlativa a la incompetencia del Estado de tener injerencias sobre ella. Reitera que el ámbito de privacidad no está expresamente delimitado en la Carta Magna, pero surge de la interpretación de su segundo párrafo que reza que todo lo que no esté expresamente prohibido se encuentra permitido (2012).

Finalmente Orce determina que el artículo en cuestión puede dividirse en dos partes: la primera determina qué actividades pertenecen a la privacidad del individuo, y la segunda, que éstas gozan de inmunidad e inmutabilidad por parte del Estado (2012).

En refuerzo de los derechos consagrados en la Ley Fundamental se encuentra el sistema de control constitucional al que se refirió anteriormente, el cual al ser difuso y judicial, dota de poder al sistema judicial para pronunciarse en pos de la tutela de esta libertad.

Es así que se deduce que la característica principal de esta libertad radica en asegurar un ámbito de privacidad, de consciencia, de elección de su proyecto de vida, de moral, al individuo, siempre y cuando con su conducta no afecte a terceros, entendido ampliamente, abarcando el orden público en su totalidad.

La segunda parte del artículo en cuestión refiere a la determinación legal de lo prohibido, y lo que, por defecto, se entenderá permitido.

2.3.1.2. Principio de Legalidad

La segunda parte del artículo 19²⁶ de la C.N. se vincula directamente con los principios del derecho penal por el cual determina que la persona no está obligada

²⁶ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los

a realizar lo que la ley no manda ni privada de hacer aquello que ella no prohíbe expresamente. En concordancia, nadie puede ser penado si no está establecido previamente por ley, hay a su vez irretroactividad de la ley penal más severa y la prohibición de la aplicación por analogía en materia penal (Núñez, 1999).

De esta manera, en el cuestionamiento del presente trabajo, se observa que la conducta punida es la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El desarrollo de este apartado se verá conjuntamente con los argumentos a favor y en contra de la penalización de esta conducta, en el capítulo tercero.

2.4. Conclusión.

En el marco del estudio de la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14²⁷ de la Ley N° 23.737, en este capítulo se procuró introducir al lector en los elementos básicos del sistema constitucional argentino, como encuadre de toda la normativa argentina.

De esta manera se conceptualizó a la Carta Magna como la Ley Fundamental, aquella que cimienta y funda el resto del ordenamiento, el cual por el principio de supremacía constitucional debe adecuarse a ella y cualquier contrariedad debe ser resuelta a favor de ésta. La manera de asegurar esta suprallegalidad es mediante el control de constitucionalidad que en Argentina adquiere carácter jurisdiccional, por el órgano que la realiza; difuso, en cabeza de cualquier juez; y de efectos sobre el caso concreto.

La importancia de determinar esta superioridad radica en las declaraciones, derechos y garantías consagrados en la denominada Parte Dogmática de la Constitución, por cuanto muchos de ellos conforman los llamados contenidos

magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

²⁷ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

pétreos que no podrían ser reformados sin alterar la esencia del Estado de Derecho.

Así, en el preámbulo y aún en el artículo 19²⁸ de la C.N., se consagra el principio de reserva o intimidad y el de legalidad, que garantiza la libertad de la persona fuera de las injerencias del Estado. El primero de ellos suscitó grandes controversias a la hora de juzgar la constitucionalidad de la penalización del consumo personal de estupefacientes.

No caben dudas que la persona puede decidir autónomamente en su ámbito privado siempre y cuando no afecte a terceros o a la moral y orden público; la dificultad en torno al consumo de drogas radica en las estadísticas que asocian esta conducta a la delincuencia, o las posiciones que se toman determinar cuándo se consideran afectados estos dos elementos que merecen la protección del Estado.

Si bien las posturas de la C.S.J.N. han variado a lo largo del tiempo, tal como se verá en detalle en el próximo capítulo, hay un consenso general respecto a que la reserva del artículo termina en cuanto la conducta se exterioriza en lugares públicos o donde pueda invitar a otros a realizar la misma acción. Sin embargo, siguen los debates en torno al consumo personal privado y la asociación de esto con potencialidad de provocar delincuencia.

Lo cierto es que el Estado no podría interferir en la autodeterminación de la persona, intentando imponer un sistema de valores o un plan de vida. Ateniéndose a la literalidad del artículo, existe un ámbito privado que le pertenece al hombre siempre y cuando no afecte a terceros, ni directamente ni tampoco exhibiendo su conducta. Esta libertad es esencial para el Estado de Derecho instaurado desde 1853, y reforzada con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía

²⁸ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

constitucional, todo lo que determina un marco inmutable que otorga seguridad jurídica y efectividad a los derechos.

El problema de la droga es real, así como el derecho a la libertad. Si se pretende respetar el valor de la vida, también hay que hacerlo con los derechos que son inherentes a la vida humana. No se desmerece la problemática social, sino que se pondera frente a otro derecho igualmente válido e inmodificable, en pos de mantener el Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

Es por ello que en el próximo capítulo se hará una valoración de los derechos afectados, tanto individuales como colectivos, con el consumo de estupefacientes, ya sea de manera concreta o potencial, para merituar la elección del legislador de punir esa conducta desde el Derecho Penal.

Capítulo III: Marco Normativo de los Estupeficientes.

3.1.Introducción

El problema del consumo de sustancias ha existido desde el comienzo de la existencia humana. Sin embargo, se ha visto agravado en el último siglo, como consecuencias de las guerras, la precarización laboral y la decadencia en las condiciones de vida de las personas. Así las cosas, hay sectores especialmente vulnerables a caer en la dependencia.

El Estado, desde su deber de protección, ha intentado diversas acciones en torno a esta problemática. La historia argentina arroja una política prohibicionista con intención de ser preventiva. A pesar de esto, en los últimos años la globalización ha llevado a aunar a los demás Estados en la lucha por una sociedad justa y por sobre todo digna.

De esta manera, los derechos humanos (en adelante D.D.H.H.) han trascendido las fronteras procurando un mínimo indisponible para el poder del Estado. Entre ellos el derecho a la libertad y dignidad de la persona. Estos derechos humanos fueron incorporados a la Constitución Nacional en diversos artículos, así como a través de los tratados internacionales con igual jerarquía o con grado superior a las leyes.

Este contexto importa por cuanto desde comienzos del 1900 en Argentina se prohibió el consumo de estupeficientes, como medida tuitiva del bien común. Sin embargo, a lo largo del siglo veinte, a medida que los D.D.H.H. cobraron más notoriedad y reconocimiento a nivel mundial, este prohibicionismo fue cuestionado por violar un derecho fundamental de la persona como es su posibilidad de autodeterminarse.

En este capítulo se estudiará la evolución legislativa en torno al consumo de drogas, las principales posturas que han surgido con motivo de la penalización

del mismo, analizando los debates doctrinarios, jurisprudenciales y trayendo a colación el derecho comparado de países de América como del resto del mundo.

3.2. Nociones generales en torno a los Estupefacientes

Para poder comprender la lucha contra las drogas es necesario diferenciar los conceptos principales.

La droga es una mezcla de compuestos, sin distinguir proporciones, dentro de los cuales hay alguno que tiene actividad farmacológica. Otra definición apunta a distinguir aquello que se introduce en el cuerpo humano y produce una modificación en los procesos de cognición o afectividad, entre otros (Aza, 2017). Si bien su equivalente es sustancia psicotrópica, suele denominarse globalmente droga a todo aquello que genera una dependencia que lleve a un consumo continuo o periódico (Aza, 2017; Levene, 1985). Sobre esta dependencia refiere Levene (1985) y la denomina toxicomanía como adicción a las sustancias tóxicas.

En concordancia a esta última postura, la Ley N° 23.737²⁹ (1989) reforma el artículo 77³⁰ del C.P. determinando que estupefaciente abarca tanto a los

²⁹ Ley N° 23.737, Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial. Buenos Aires, 21/09/1989.

³⁰ Artículo 77 C.P.: “Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente. La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten. Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Por el término “militar” se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo. Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio. El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye. El término “tripulación” comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros. El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional. El término “establecimiento rural” comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante. El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión. Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital,

psicotrópicos como otras sustancias susceptibles de generar esta dependencia que el Poder Ejecutivo decreta, a la que refiere el autor anterior. Por ello se la considera que es una ley penal en blanco ya que sólo si la sustancia está incluida dentro de este listado se configurará la tipicidad de delito.

En otra definición un tanto austera pero concisa, los estupefacientes naturalmente disminuyen dolores mientras que los psicotrópicos pueden tener propiedades curativas (Núñez, 2001).

Cabe la distinción, de acuerdo a sus efectos y nocividad, entre drogas blandas y duras. Dentro de las primeras se ubica la marihuana, la cual refieren mayormente que es la menos adictiva y más sencilla de abandonar, si bien quienes se oponen lo hacen de manera rotunda y no tan flexible. Por su parte, las duras son más adictivas, causan daños a largo plazo e irreversibles, y su recuperación es más costosa. La principal consecuencia de la adicción a las drogas duras es la dependencia que genera, al punto de provocar delitos para poder obtenerla y financiarla (Solana, 2009).

En resumen, droga es toda sustancia que provoca una alteración de la normalidad del funcionamiento del cuerpo. La nocividad de esta alteración es que provoca en cierto punto una dependencia a ese estímulo, provocando inestabilidad en la persona, la cual comienza a necesitar consumir de manera regular para apaciguar ese malestar.

Respecto al consumo, Aza determina que deben discriminarse tres clases de consumo: el uso, en el cual por cantidad o situación psíquica, física y social del consumidor, no se evidencian consecuencias ni en él ni en su contexto. Por otro lado existe el abuso, entendido como aquel donde comienzan a visualizarse consecuencias negativas para sí y para sus allegados. Y por último, la

la creación de una firma digital o firmar digitalmente. Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente. El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores”.

dependencia, definida por la Organización Mundial de la Salud en sustitución de los términos habituación y adicción, pasa a ser una conducta central en la vida del individuo (Aza, 2017).

Las principales consecuencias asociadas al consumo de estas sustancias no se ven sólo en repercusiones en la salud del individuo, sino en su relación con su entorno, su desempeño laboral, académico, social, entre otros. Es recurrente el argumento de la afectación de la salud pública. Es comúnmente asociada al incremento de la violencia y de la llamada violencia económica, que es cuando el adicto delinque con intención de financiar su adicción.

Previo a indagar sobre los antecedentes a nivel nacional, se estudiará brevemente las experiencias de otros países y los resultados de sus políticas.

3.3. Derecho Comparado: Contexto global

Existe actualmente un rechazo generalizado a las políticas prohibicionistas que viene gestándose hace dos décadas en Europa y América Latina, fundado en su fracaso en el combate contra el narcotráfico y el consumo de drogas. En palabras de Sanjurjo García (2013) la lucha contra la toxicomanía parte de la base de considerar al consumo como una cuestión de salud pública. Sin embargo a nivel global se ha dejado de pretender el fin utópico de una sociedad sin drogas, procurando una reducción de daños.

Dentro de la política de drogas se manejan principalmente tres argumentos que fundan el prohibicionismo: deontológicas, que apelan a la inmoralidad de las drogas; las liberales clásicas, que limitan el consumo en cuanto lesiona derechos de terceros; y el paternalismo, que se centra en evitar que la persona se autolesione por lo que justifica la injerencia del Estado (Sanjurjo García, 2013).

En el marco de las Naciones Unidas se firmó el 1988 la Convención de Viena sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, reconoce la situación actual global del contrabando, como amenaza contra la salud

y bienestar de la comunidad y aún contra la economía y cultura de los Estados. Compromete a los firmantes a tipificar dentro de sus legislaciones diferentes conductas en torno al tráfico de estupefacientes. Entre ellas, en su artículo 3 inciso 2³¹, refiere que la tipificación de la posesión con fines de consumo personal quedará sujeta a reserva de los principios de las Constituciones de los Estados miembros, y de los principios de su ordenamiento jurídico. Esta convención fue ratificada por Argentina mediante Ley 24.072³² (1992), con jerarquía suprallegal.

Si bien la Organización de las Naciones Unidas propugna la criminalización del consumo personal, hay países que han adoptado la postura de la legalización de su venta. Holanda, Portugal, Suiza, entre otros, han permitido la venta de una de estas sustancias: la marihuana. En Estados Unidos sólo está permitido el uso medicinal en quince de los cincuenta estados. En el caso de Latinoamérica hay diferentes posturas, de legalización del consumo personal como el caso de Chile, Perú y Colombia; mientras que el resto ha optado por la política más prohibicionista (Gómez García; López Daza, 2014).

En Alemania, rige la prohibición del consumo de estupefacientes, excepto de marihuana; sin embargo, cuando la posesión es probada mínima, sin haber provocado daños a terceros, no intervengan menores y la cantidad se considere insignificante, si bien será considerado delito, no será procesado el indicado como autor (Gómez García; López Daza, 2014).

En España, por su situación geográfica, el tráfico fue siempre recurrente. A principios del 1900 la legislación de ese país permitía la dispensa de todo tipo de drogas en farmacias y otras droguerías. Treinta años después, se comenzó a restringir e incluir algunas conductas y estupefacientes dentro del Código Penal.

³¹ Artículo 3, inc. 2, Conv. Nac. Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas: “A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.

³² Ley N° 24.072. Boletín oficial, Buenos Aires, 14/04/92.

El mayor consumo se dio durante la guerra civil y se extendió luego a la clase media. En la década del ochenta se implementó un Plan Nacional sobre Drogas, preventivo, como un sistema de información. De esta manera, disminuyó el consumo y aumentó la cantidad de ingresos a tratamientos contra el abuso de drogas, disminuyendo la mortalidad por esta causa (Gómez García; López Daza, 2014).

El caso de Uruguay es muy particular. Desde comienzos del siglo legisló todo lo referido a estupefacientes y penó a quienes consumían. Es en 2013 que dicta una ley donde regula la producción, el comercio y el consumo de marihuana, contratando para ellos dos productores a nivel nacional y habilitando algunas pocas farmacias para su venta limitada. Así, los mayores de edad previamente registrados pueden adquirirla con un tope mensual de cuarenta gramos, y permite el autocultivo hogareño o en determinados clubes, también registrados (Turner, 2017). No hay estadísticas actualizadas accesibles al público en general que indiquen la progresión del consumo en ese país; sin embargo, los informes del Instituto de Regulación y Control del Cannabis, en su página web, refieren que ha habido un incremento en los registros de consumidores, pero reconocen que aún hay muchos sin hacerlo.

Un caso similar es Canadá, que en octubre de este año se convirtió en el segundo país en legalizar la marihuana para uso recreativo y medicinal. Con una propuesta muy cercana a la de Uruguay, propone una edad mínima, centros particulares de venta, tope de compra y de autocultivo. Esperan de esta manera controlar el mercado y evitar que siga creciendo el tráfico ilícito (Geddes, 2018).

Es menester destacar que los resultados de las distintas políticas aplicadas varían de una comunidad a otra, ya que como se ha establecido anteriormente, el consumo de drogas es una conducta que surge en respuesta a los sistemas, muchas veces con motivo de las fallas de éstos. Por esa razón, toda política debe ser analizada en el contexto de esa sociedad determinada, con su cultura, sus hábitos, leyes e historia.

3.4. Evolución legislativa en Argentina

En Argentina la problemática de la tenencia para consumo personal fue tratada recién con la Ley N° 11.331³³ (1926), ya que en el Código Penal dictado en 1921 no se había previsto la figura del toxicómano. En un primer acercamiento se sanciona la provisión de narcóticos sin receta, mediante Ley N° 11.309³⁴ (1924) que incorpora el artículo 204³⁵ del C.P. Es con la Ley N° 11.331³⁶ que se introduce como figura delictiva a la tenencia cuando no pudiere justificarse su posesión (Núñez, 1999). Desde ese entonces hubo varios intentos por desbaratar esta figura intentando justificar la tenencia en el consumo personal, sin embargo fue desestimado. Esta postura fue mantenida a lo largo de los años, y ratificada con la Ley 20.771³⁷ (1974) que punía a quien poseía estupefacientes, aunque fueran destinados a consumo personal.

Varios casos llegaron a la Corte atacando la constitucionalidad de su artículo 6³⁸, logrando fallos favorables como “Bazterrica³⁹” y otros contrarios a lo pretendido, como el caso de “Colavini⁴⁰”, ambos estudiados en el próximo apartado.

En 1989 se dicta la Ley de Estupefacientes N° 23.737⁴¹ que modificaba la anterior, la cual en el artículo 14⁴² pena en su primer párrafo a quien tuviere

³³ Ley N° 11.331. Boletín Oficial, Buenos Aires, 16/07/26.

³⁴ Ley N° 11.309. Boletín Oficial, Buenos Aires, 25/06/24.

³⁵ Artículo 204 C.P.: “Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito”.

³⁶ Ley N° 11.331. Boletín Oficial, Buenos Aires, 16/07/26.

³⁷ Ley N° 20.771. Boletín Oficial, Buenos Aires. 26/09/1974.

³⁸ Artículo 6, Ley N° 20.771: “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 destinados a uso personal”.

³⁹ C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”

⁴⁰ C.S.J.N., Sentencia, (28/03/78). “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes.”

⁴¹ Ley N° 23.737, Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial. Buenos Aires, 21/09/1989.

⁴² Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión

estupefacientes en su poder, y aclara párrafo seguido, que la pena será disminuida cuando esa posesión responda a consumo personal. Intentando reparar en la situación de enfermedad del adicto, en su artículo 17⁴³ y 18⁴⁴ faculta al juez a aplicarle una medida de seguridad con fines curativos, con el consentimiento del autor, suspendiendo el proceso o la aplicación de la pena según el caso (Bozzos Rozes, 2018).

Refiere la constitucionalista Gelli (2009) que la Ley de Estupefacientes intentó ponderar el interés en mantener una política de drogas donde se prohíba su uso y la privacidad del individuo, sin embargo tanto la penalización del consumo como establecer la obligación de someterse a un tratamiento en su reemplazo, resulta igual de invasivo.

En el contexto global actual, tal como se refirió en el apartado anterior, el antecedente de Uruguay y Canadá respecto a la legalización del consumo de marihuana es disparador de los ya existentes debates y proyectos sobre la despenalización de ciertas drogas bajo el resguardo del derecho constitucional a la privacidad.

Actualmente existe un proyecto de reforma del Código Penal que procura eliminar la tipificación de la tenencia para consumo personal, especialmente

cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

⁴³ Artículo 17, Ley N° 23.737: “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurrido dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última”.

⁴⁴ Artículo 18, Ley N° 23.737: “En el caso de artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario. Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanudará el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario o mantener solamente la medida de seguridad”.

referido a drogas de bajo grado de dependencia. Esto fue respuesta al fallo “Arriola⁴⁵” que consideró esta conducta amparada por el principio de reserva constitucional. De esta manera se intenta transformar la jurisprudencia en ley, y adaptar la normativa a la realidad subyacente de modo que resulte lo más adecuado para combatir esta problemática.

En el próximo apartado se analizarán los antecedentes jurisprudenciales, las distintas posiciones de la Corte y los demás Tribunales en torno a esta cuestión, las cuales han variado notoriamente a lo largo del siglo pasado.

3.5. Antecedentes jurisprudenciales

La Doctrina de la C.S.J.N. recorrió etapas bien diferenciadas. En una primera instancia calificó que tipificar la conducta de tenencia de estupefacientes para consumo personal era constitucional. Así, en el fallo “Colavini⁴⁶” asimiló los efectos de las drogas a los provocados por pestes o guerras, y recalcó que aun siendo el último eslabón, forma parte de la cadena de producción, igualmente condenable (Gelli, 2009).

De hecho, es en éste último fallo en que la Corte se pronunció específicamente sobre la criminalización de la tenencia y si ésta era violatoria del derecho a la intimidad. Al respecto destacó la importancia del consumidor en la cadena del tráfico, motivo por el cual era imposible sostener que su conducta se mantenía dentro de los límites de su privacidad, sino que trascendían la misma pudiendo afectar la ética y el bienestar social. Esta postura fue ratificada en fallos siguientes, aseverando la afectación a la salud pública (Bozzos Rozes, 2018).

En uno de los primeros casos de tenencia para consumo el Procurador General en el caso “Aruedy Jarjura⁴⁷” determinó que los intereses de la sociedad y la salud pública estaban por encima del interés del individuo y su derecho de

⁴⁵ C.S.J.N., Sentencia, (25/08/09). “Arriola, Sebastián y otros s/Recurso de Hecho”.

⁴⁶ C.S.J.N., Sentencia, (28/03/78). “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes.”

⁴⁷ C.S.J.N., Sentencia, (16/09/75). “Aruedy Jarjura, Juan s/tenencia”.

reserva. Basó su posición en que aunque la conducta se de en el marco de la intimidad del consumidor, guarda cercana relación con el tráfico de estas sustancias afectando en última ratio a la propia seguridad de la Nación (Bozzos Rozes, 2018)

Luego, con otros miembros integrantes, concluyó de manera opuesta, refiriendo a la inconstitucionalidad de la Ley de Estupefacientes por violar el principio de reserva consagrado en la Carta Magna. Determinó así, en el fallo “Bazterrica⁴⁸” que no debe presumirse que en todos los casos de drogadicción se afectará a la ética colectiva; que tampoco está probada la eficiencia de la criminalización de esta conducta para prevenir futuros inconvenientes; que el castigo de esta acción está basada principalmente en la idea de creación de riesgo y no un daño efectivamente realizado; y por último resalta la posición de la Organización Mundial de la Salud quien refiere efectos negativos a la penalización de la conducta. Resume en otras palabras, que el Estado no puede imponerle a los individuos un determinado plan de vida, sino permitirles desarrollar su libertad de elección (Gelli, 2009). Agrega Bozzos Rozes que no estaba probado que la criminalización de la tenencia produjera efectos positivos, sino que había que centrarse en el tratamiento terapéutico, para evitar la estigmatización que le provocaría la condena penal y que lo llevaría a reincidir en la conducta (2018).

El voto de Petracci en el caso “Bazterrica⁴⁹” aclara el límite de la privacidad refiriendo que es inconstitucional criminalizar el consumo personal de estupefacientes cuando este se de en tales condiciones que no impliquen un peligro concreto o daño a bienes y a la persona de terceros. En tal fallo se apoya en que no es posible determinar un nexo razonable entre la posesión para consumo personal y la afectación o daño a la moral pública. Por este motivo no se estaría distinguiendo entre las acciones privadas y aquellas que afectan a terceros, por lo cual se transgrede la libertad declarada constitucionalmente.

⁴⁸ C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”

⁴⁹ C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”

Años seguidos, se sucedieron diversos casos entre los cuales no se apoyó la inconstitucionalidad por haber trascendido la esfera de su privacidad con su conducta, ya que hubo una creación de peligro cierto hacia terceros.

Ya con la Ley N° 23.737⁵⁰ (1989) vigente, la tercera etapa en la jurisprudencia Argentina en torno al consumo de estupefacientes se da con el fallo “Montalvo⁵¹”, que vuelve a los fundamentos de la primera etapa. Sí llegaron a determinar que cuando la conducta de consumo, si bien privada, se da en un marco público, existe un riesgo potencial a la salud pública, caso contrario, mientras no exista exhibición de la conducta, resulta inconstitucional penalizarla. Refieren a su vez que la actitud permisiva sostenida en casos anteriores ha contribuido a agravar la situación del tráfico ilícito.

Pese a ello, la actual Corte Suprema se pronunció en el caso “Arriola⁵²” tomando argumentos del fallo “Bazterrica⁵³”, declarando inconstitucional el artículo 14⁵⁴ de la Ley 23.737. Hizo especial hincapié en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el artículo 75 inciso 22⁵⁵. Por último indicó que la declaración de inconstitucionalidad del referido artículo

⁵⁰ Ley N° 23.737, Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial. Buenos Aires, 21/09/1989.

⁵¹ C.S.J.N., Sentencia, (11/12/90). "Montalvo, Ernesto Alfredo P.S.A. Infracción Ley 20771."

⁵² C.S.J.N., Sentencia, (25/08/09). “Arriola, Sebastián y otros s/Recurso de Hecho”.

⁵³ C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”

⁵⁴ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

⁵⁵ Artículo 75, inc. 22, C.N.: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

no significaba la legalización de la droga, sino que era menester recurrir a otros medios, terapéuticos, medidas preventivas de salud, información para intentar disuadir a los sectores más vulnerables y dar respeto a los tratados a los que Argentina se comprometió internacionalmente (Bozzos Rozes, 2018).

Es menester resaltar que los magistrados no dejaron de admitir la inoperancia del sistema incriminatorio del consumo personal, como medida tuitiva. Resume Gelli (2009) que el Estado debe proteger la salud pública de terceros, pero no la del propio consumidor que lo hace de manera privada, ya que eso afectaría su libertad de decisión. No deja tampoco de recordar que no todo consumidor resulta adicto, y que en todo caso habría que determinar si este adicto tiene realmente autonomía para decidir.

Refiere Solanet (2009) que una de las mayores controversias en torno a la penalización del consumo, gira en torno a la existencia o no del derecho a la autodegradación y autodestrucción, ya no sólo en la salud del consumidor sino de su entorno y relaciones también. Citando a Javier Bermúdez, el autor refiere que los países que implementaron la despenalización han visto incrementada la cantidad de adictos.

Habiendo presentado el panorama jurisprudencial en la materia, a continuación se procederá a dar análisis a la Ley de Estupeficientes, sobre la cual recae la controversia que dio origen a este trabajo final de graduación.

3.6. Ley de Estupeficientes N° 23.737

Tal como fue desarrollado en los antecedentes legislativos, desde 1926 se prohibió toda aquella tenencia de estupeficientes que no esté debidamente justificada. Desde sus orígenes, tal prohibición fue cuestionada en cuanto a su aplicación a los consumidores de estupeficientes.

Así las cosas, en el fallo “González⁵⁶” de 1930 ya avizoraban la impunidad en esos casos, cuando se evidenciara que no estaba destinada a la venta o difusión, respaldando el derecho consagrado en el artículo 19⁵⁷ de la C.N. La norma ya suscitaba debates y diversos inconvenientes. Falcone (2014) resalta que debido a que en muchos secuestros de sustancias no se podía probar el suministro, venta o difusión, se optó por punir la tenencia como acto necesario.

Pese a este reiterado debate, la Ley N° 20.771⁵⁸ ratificó el criterio inicial, aclarando la duda respecto a la inclusión del consumo personal dentro del tipo. Ésta fue antecedente del artículo 14⁵⁹ de la Ley N° 23.737, y fue severamente cuestionado en los fallos “Bazterrica⁶⁰” y “Capalbo⁶¹” por ser contrario a la Constitución, tal como se refirió en el apartado inmediato anterior.

En relación, resalta Falcone (2014), que los Estados de Derecho son los constitucionales, aquellos que incorporan límites sustanciales y formales al ejercicio del poder, donde se garantizan derechos fundamentales a sus habitantes y resguardan principalmente el de la libertad. Añade así que no sólo entra en debate el Estado de Derecho sino la propia esencia del Derecho Penal, íntimamente ligado a la Constitución.

En respuesta entonces a las distintas teorías que sostienen que la Ley de Estupefacientes pune mayormente las actividades de tráfico ilícito antes que las de uso, Rojo (2018) establece que su postura difiere por cuanto la ley pretende controlar el consumo para proteger la salud pública. Añade que para ser

⁵⁶ C.Apel. Crim. Corr.F., C.A.B.A., Sentencia, (17/10/30). “González, Antonio s/tenencia”.

⁵⁷ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁵⁸ Ley N° 20.771. Boletín Oficial, Buenos Aires. 26/09/1974.

⁵⁹ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

⁶⁰ C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”

⁶¹ C.N.A.C.yC., C.A.B.A., Sentencia, (05/02/87). C.S.J.N., “Capalbo, Alejandro C. s/ Tenencia de Estupefacientes”

consecuente con este fin la ley debería diferenciar las penas de acuerdo al estupefaciente, el grado de adicción de la persona y la nocividad propia de la sustancia (2018).

De esta manera se evidencia que tanto la doctrina como la jurisprudencia, tal como se desarrolló en el apartado anterior, han atravesado diferentes etapas y se han inclinado igualmente a favor de una y otra postura respecto a la tipificación o no de esta conducta; en otras palabras, si debe o no ser considerado delito y qué calificación le merece.

A continuación se analizarán las diversas posturas doctrinarias respecto al delito de tenencia para consumo personal.

3.6.1. Artículo 14: Segundo párrafo: La tenencia y el peligro abstracto.

El artículo en cuestión penaliza la tenencia de estupefacientes, y en su segundo párrafo atenúa la pena para el caso de que de las circunstancias y la escasa posesión, surja inequívocamente que el destino es el consumo personal.

Así, refiere Cornejo (1994) que el delito se consuma con la sola posesión de la droga, con consciencia de esta situación. Por su parte Núñez (1999) explica esta punición en que la tenencia es un tramo esencial dentro del tráfico y el consumo como hecho social.

Ateniéndose a la literalidad de la norma, Rojo (2018) especifica que lo sancionado no es el consumo sino la tenencia; sin embargo destaca lógicamente que para consumir es menester poseer. De todas maneras, el análisis del destino que hubiere procurado el indicado como autor se realiza posteriormente por la justicia, mientras tanto se realiza un procedimiento de registro, secuestro de la sustancia, el antecedente penal y la estigmatización que todo ello implica, sin contar el desperdicio de recursos judiciales.

Respecto a la conceptualización de la tenencia, cita Falcone (2014) a Struensee quien refiere a que la misma no describe ninguna conducta, si bien es utilizada en figuras como en delito de tenencia de armas o elementos para falsificar documentos. En ellos se pune la posesión simple, sin necesidad de indagar en la intención del poseedor. Reitera el autor que al prescindir de tal valoración se está castigando la sospecha de la utilización de la sustancia de manera violatoria al bien jurídico.

En opinión de Ekmekdjian (1986) este delito se califica como de peligro potencial, y refiere que está asociado a un juicio de valoración realizado por el legislador. Insiste con que la conducta del consumo personal en el ámbito de la intimidad es privada, y que en tanto no exista un peligro concreto para la sociedad, incriminarla es violar la privacidad garantizada por la Constitución. Concluye con que la penalización de esto no colabora en el combate de las drogas.

En los argumentos del caso “Gómez⁶²” se califica al segundo párrafo del artículo 14⁶³ de la Ley N° 23.737 como un delito de peligro abstracto, donde se pune la potencialidad de peligro, resultando en una transgresión a los derechos consagrados tanto constitucionalmente como convencionalmente, con igual jerarquía. Reiteran que para ser acorde a la Ley Fundamental la conducta punida debe causar un riesgo cierto afectando un bien jurídico.

Continúa argumentando que es menester señalar un peligro concreto, verificable por medio de la práctica, considerando las características del comportamiento y no sólo el contenido de lo prohibido. Resalta la importancia de la relación de idoneidad entre la el medio de la tutela y el bien jurídico protegido. Analizando el elemento subjetivo del delito en cuestión, se requiere la posesión para consumo personal del agente. De esta manera se pune el riesgo para la salud

⁶² S.C.J.B.A., (Sentencia), (03/03/16), “Gómez, Maximiliano Gastón s/sobreseimiento”

⁶³ Artículo 14 Ley N° 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

del individuo, sin hacer referencia a afectaciones de terceros. Es por ello que resultaría inconstitucional la norma debatida.

Respecto a los delitos de peligro abstracto, indica Lammoglia (2013) que los mismos son típicos de la actualidad, los relaciona con la tecnología y situaciones ecológicas provocadas por la actividad del hombre. También los rotula como artificiales. La mayoría de las sociedades acuden al derecho penal para prevenir estos riesgos, de esta manera éste amplía el espectro de punición y adelanta la respuesta del sistema sancionando las etapas anteriores a la ejecución propiamente dicha del delito. Refiere entonces el autor que en estos casos ya no se requeriría la un daño, sino la mera realización de la conducta tipificada por la norma.

En consecuencia, en esta última premisa radica la diferencia entre los delitos de peligro concreto y los abstractos. En los primeros el daño es elemento del tipo, y se configura en el momento en que el bien jurídico fue puesto en peligro; mientras que en los segundos la acción se considera peligrosa en sí misma, aun cuando esta condición no resulte real. Es una presunción *iure et de iure*. En los delitos de peligro concreto el juez es el que constata la existencia de peligro, *ex post facto*, mientras que en los segundos no hay análisis sino que el legislador consideró a la conducta como peligrosa (Lammoglia, 2013).

En conclusión, Lammoglia disiente de la técnica de utilización de delitos de peligro abstracto para prevenir ya que no concuerda con el sistema constitucional, transgrediendo sus garantías, principios y principalmente el principio de lesividad. Por otra parte, tampoco encuentra legitimación en este tipo de delitos, ya que el único criterio utilizado es la voluntad del legislador, dejando de lado la necesidad de constar la existencia o no de peligro del bien jurídico. De hecho, más allá del control de constitucionalidad, el análisis *ex post facto* del juez es necesario para aminorar cualquier deficiencia del sistema (2013).

Con relación a estos delitos, Falcone (2014) cita a Jakobs quien los condena por no respetar principios básicos del derecho penal como el del hecho, así como las bases del Estado de Derecho, por inmiscuirse en la esfera del pensamiento del autor. En consonancia con esta postura, Rachid (2013) postula que el Derecho Penal actual procura ser una herramienta de manejo social pedagógico.

En otras palabras, este Derecho dejaría de ser, tal como se presentara en la introducción de este trabajo final de graduación, de *ultima ratio*, para ser de primera. Así se pierden las bases del derecho penal civilizado, para considerar a la persona como infractora de la ley. En otras palabras, se deshumaniza, ya que se quitan los principios de lesividad, legalidad, tipicidad, entre otros. Continúa Rachid (2013) determinando que todo esto resulta inevitablemente contradictorio a la totalidad del bloque de constitucionalidad que caracteriza el Estado de Derecho, el cual propugna derechos humanos básicos. Concuera con ello Figueroa (2013) quien pugna que en los últimos años se ha ampliado la órbita del Derecho Penal, dejando de ser subsidiario, para abarcar otras ramas.

En favor de la defensa de la autodeterminación de la persona, en el caso “Gramajo⁶⁴” la C.S.J.N. determinó que el Estado constitucional no puede otorgarse a sí mismo el poder de juzgar o cuestionar el proyecto de vida de la persona. En apoyo a esta posición, Esteban Richi, citado por Falcone (2014) postula que toda persona es su propio soberano, en cuerpo y mente, y sólo puede restringirse esa autodeterminación en el caso en que se evidencie un perjuicio a otro, sólo cuando trascienda el ámbito privado, momento en el que se legitimaría dicha intervención.

Así las cosas puede avizorarse que lo sancionado en este artículo es la simple tenencia, sin otra indagación respecto a los intereses de la persona más que si responde a consumo personal o no. De esta manera se presume el resultado potencial dañoso sobre la salud pública, aun cuando el consumidor lo haga en el

⁶⁴ C.S.J.N., Sentencia, (05/09/06). “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”.

ámbito de su privacidad, inclusive antes que consuma se presume que su conducta será dañina a terceros y por eso se la pune. Por ello los citados autores refieren a este delito como de peligro abstracto ya que no hay un daño concreto sino una asunción por parte del legislador de que el consumo liderará a un resultado nocivo para los intereses de la comunidad.

Habiendo introducido las principales controversias generadas en torno a la calificación del delito y la legitimación del Estado en su injerencia, se procederá a analizar los argumentos a favor de la despenalización del consumo, así como de su criminalización.

3.6.2. Despenalización y/o legalización del consumo.

Dentro de los fundamentos de los postulantes de la despenalización y la legalización de la cadena de consumo de estupefacientes, se encuentra que desaparecerían las altas ganancias que se manejan en la clandestinidad, pudiendo regularse más fácilmente. Muchos comparan esta situación con la llamada Ley Seca aplicada en Estados Unidos respecto al alcohol, que derivó en la desaparición del crimen organizado que había en torno al mismo (Solonet, 2009).

Argumentan favorablemente que por medio de la legalización se podría gravar la actividad y con ello controlar la producción y el comercio, así como desalentar su consumo. Sin embargo, en una observación contraria a esta postura, la consecuencia de esta declaración de legalidad conllevaría a incrementar el consumo, ya que disminuiría el precio y con ello aumentaría la demanda (Solonet, 2009).

Siguiendo la línea de la despenalización, los argumentos que esgrime Jorge Daniel López Bolado (1986) tienen como premisas la drogadicción como enfermedad y como un problema de la sociedad. Remarca la importancia de la prevención desde un sistema de información que eduque y rehabilite, complementando otros controles legales. Equipara la autodeterminación al

consumo personal de sustancias con la decisión del suicidio, la cual es impune; la base es la falta de afectación a terceros.

En el caso “Gómez⁶⁵” donde se encontró marihuana en la mochila del autor, mientras se encontraba sentado en una plaza, se destaca especialmente la importancia de la autonomía personal que es base del sistema liberal y más aún del Derecho Penal. Se insiste que la privacidad del artículo 19⁶⁶C.N. se trasciende cuando hay daño a terceros, a la moral u orden público, cuestiones no afectadas con la mera tenencia de una sustancia en una mochila.

En este mismo caso, se hace especial hincapié a los tratados internacionales que ingresan con jerarquía constitucional a través del artículo 75 inc. 22⁶⁷ de la C.N. y que protegen igualmente el derecho a la libertad personal entendida como autodeterminación y la privacidad.

Así las cosas, cita la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12⁶⁸ que protege a la persona de injerencias en su privacidad, en especial cuando la ley ataque ese ámbito. Esta protección es igualmente conferida desde el

⁶⁵ S.C.J.B.A., (Sentencia), (03/03/16), “Gómez, Maximiliano Gastón s/sobreseimiento”

⁶⁶ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁶⁷ Artículo 75 inc. 22, C.N.:” Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁶⁸ Art. 12 D.U.D.H.: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

artículo 5⁶⁹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con igual jerarquía.

Otro de los tratados internacionales que protegen este derecho es la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 inc. 2⁷⁰, que prohíbe la injerencia arbitraria de la vida privada o aún abusiva. A su vez, protege la efectividad de éste mediante su artículo 29⁷¹ que especialmente limita el poder de los Estados Partes prohibiendo que se afecten otros derechos y garantías inherentes a la persona, particularmente asociadas a la forma democrática de gobierno, o que se supriman las libertades reconocidas por la convención. Por último refuerza lo anterior con su artículo 32 inc. 2⁷² que delimita la esfera de derechos de las personas por cuanto terminan donde comienzan los derechos de los demás, la seguridad pública, el bien común, y que toda restricción será legítima únicamente en el caso de afectación a terceros.

Amén de no caer en reiteraciones y con intención de demostrar la correlación de derechos presente en el sistema actual de gobierno del Estado Argentino y más aún, con otros Estados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos repara en su artículo 5⁷³ en la restricción de las injerencias

⁶⁹ Art. 5 D.A.D.D.H.: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

⁷⁰ Art. 11 inc. 2 C.A.D.H.: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

⁷¹ Art. 29 C.A.D.H.: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁷² Art. 32 inc. 2 C.A.D.H.: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

⁷³ Art. 5 P.I.D.C.P.: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

estatales cuando se vean menoscabados libertades y derechos humanos concedidos tanto en el Pacto como en otras leyes y convenciones.

Por otra parte, a favor de las libertades de la persona, Ferrajoli remarca el respeto de las garantías constitucionales, especialmente en lo que respecta a la materia penal. En derecho personalísimo a la libertad sólo puede verse mermado en el caso de lesiones a derechos de terceros. Considera el autor que sólo en estos casos de utilizaría al Derecho Penal como una herramienta para minimizar la violencia y de real tutela a los derechos (2008).

En su obra, Fontán Balestra (1966) determina que quienes admiten la punibilidad de la posesión basándose en el combate del tráfico ilícito, tan sólo castigan a la víctima de dicho intercambio, al enfermo que requiere tratamiento y no una sanción penal. Concluye que tal castigo en pos del resguardo de la sociedad no es más que una mera presunción de autoría.

Citando a Kant, Vigo (2011) recuerda la importancia del derecho de asegurar la compatibilidad de las libertades de las personas, vinculando al derecho con la coacción. Especialmente refiere a la materialización de la libertad de uno, momento en el cual se pueden llegar a ver afectadas otras libertades, cuando con sus efectos se afecten a terceros.

Otra posición a favor de la despenalización del consumo la sostiene Rojo (2018) destacando que para erradicar un problema es necesario estudiar los motivos que le dan origen, ya que muchos son ocasionados por una ineficiencia estatal para cumplir sus deberes, la falta de trabajo, la marginalización, cuestiones todas no sancionables a la persona. Establece una diferencia entre las posturas que propugnan la descriminalización, como una tolerancia al consumo, de las de legalización que intentan regular toda la cadena de producción.

Dentro de los beneficios que enumera el autor citado *supra* se observa la descompresión de los tribunales judiciales y la desestigmación del consumo permitiría que los adictos acudan a realizar tratamientos rehabilitantes. A su vez

destaca que el hecho de criminalizar una conducta no garantiza que las personas no cometan ese delito (Rojo, 2018).

En otro de los casos “Gómez⁷⁴” vuelven a mencionar el grado de importancia que tiene el ámbito de privacidad en el marco de la concepción liberal del país y la sociedad, y que define por extensión al derecho penal. Delimitan la trascendencia de esa esfera privada sólo a aquellos casos en donde exista daño o perjuicio a terceros. No debe olvidarse la incorporación con carácter constitucional de Tratados Internacionales que protegen el derecho a la privacidad.

Una posible interpretación en torno a la tenencia de estupefacientes para consumo personal que sugiere la autora Gelli (2009) determina que la penalización de esta conducta no violaría el derecho a la privacidad ya que en determinadas circunstancias causa daño a terceros, pero no sería correcta la incriminación ya que no es la política adecuada ni eficiente.

En una postura concordante Falcone (2014) recuerda que el Derecho Penal debe ser considerado de *ultima ratio*, y la conducta de tenencia consistiría adecuada socialmente ya que el riesgo que implica estaría dentro de lo permitido, por ser de poca relevancia. En refuerzo a esta última sentencia, debe estarse a favor de la despenalización ya que está en puja un derecho fundamental humano como lo es el de la libertad.

En otras palabras, quienes pugnan en contra de la criminalización del consumo personal destacan que esta decisión legislativa no evita que las personas recurran al mismo, así como tampoco se puede determinar que todo consumidor será luego adicto, delincuente o siquiera que con su accionar pueda provocar alguna lesión concreta a la sociedad. La mera sospecha de ello no sería meritorio de sanción, tanto más cuando se reconoce abiertamente que el toxicómano es un enfermo que no actúa deliberadamente sino que requiere tratamiento rehabilitante.

⁷⁴ S.C.J.B.A., (Sentencia), (03/03/16), “Gómez, Maximiliano Gastón s/sobreseimiento”

Sin ir más lejos, es el propio Derecho Penal, como se refiriera en el primer capítulo, el que sanciona al hombre que siendo libre de elegir, elige conscientemente delinquir; y en otra arista, tomando como base los principios de esta rama, el de lesividad requiere que haya un peligro concreto para poder castigar al consumidor de estupefacientes.

A modo de cierre de los argumentos de despenalización y/o legalización del consumo personal, se puede observar que consecuentemente con la elección de los constituyentes de organizar un Estado de Derecho democrático, basado en la libertad, prima el valor supremo de la carta magna y los derechos en ella consagrados. No se debe perder de vista el contexto global, por cuanto los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional o supralegal defienden y aseguran una serie de derechos fundamentales a los cuales Argentina se compromete a defender.

3.6.3. Criminalización del consumo personal y Medidas de Seguridad.

Como se estudió a lo largo de este Trabajo Final de Graduación, la sociedad ha adoptado diferentes posturas en torno a la concepción del consumo personal de estupefacientes, finalmente adoptando la posición prohibicionista. Quienes contradicen esta situación se apoyan en la idea de que el consumidor es al fin y al cabo una persona enferma y no debería ser penada por ello, ya que esto agravaría la realidad que en un principio lo llevó a consumir. Esto es enunciado en el informe de Análisis de estadísticas carcelarias en Argentina, de la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal (2016). Remarcan el desperdicio de recursos judiciales, más aún si se considera que el último año, de acuerdo a la Ministra de Seguridad Patricia Bullrich, se detuvieron alrededor de dieciocho mil personas con motivo del consumo personal, la mayoría de los cuales se archiva (2018).

Otro punto clave de la argumentación en contra de la criminalización del consumo es la realidad del sistema carcelario actual, las deficiencias y la

estigmatización sufrida por el ex reo, el que no sólo reincide sino que muchas veces entra en contacto con otras realidades delictivas y finaliza ampliando su espectro de delitos (Bozzos Rozes, 2018).

En resumen, quienes sostienen la despenalización se fundan en los reiterados resultados negativos que ha tenido el prohibicionismo, las fallas reales del sistema, la propensión a la reincidencia y a otros grados de delincuencia. Reiteran que el adicto como tal es una persona enferma y no un delincuente, por lo tanto el Estado debería intentar rehabilitarlo en lugar de castigarlo.

No por ello se pretende un Estado ausente y permisivo, pero sí se sugiere uno que proteja desde otras medidas, constructivas, que contribuyan a sanar a la persona en lugar de condenarla, más aun considerando que muchas veces el consumo se deriva de deficiencias propias del Estado (Bozzos Rozes, 2018)

Muchos estudios a nivel internacional denotan que la sanción del consumo de drogas sólo ha provocado incrementar la población carcelaria, mostrándose ineficiente para detener el tráfico ilegal. Es así que resulta en que el único afectado de la cadena es el eslabón más chico y vulnerable.

Por otra parte, quienes contrarían esta postura liberal, no dejan de lado las estadísticas que demuestran una aparente relación entre el consumo de drogas con la comisión de ilícitos y la violencia. Los principales informes los registra la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico. Muchos delincuentes delinquen por haberse encontrado bajo el efecto de narcóticos, así como otros consumen para delinquir.

Sin embargo, en favor de la justicia, si se habla de estadísticas no hay que desmerecer los resultados cuando refieren a que la mayoría de los consumidores no han completado el secundario, ni han tenido experiencia laboral, por lo que no cabría desligar la responsabilidad del Estado en esta situación.

Respecto a la afectación de la salud pública como fin de la esfera de privacidad que ampara el artículo 19⁷⁵ de la C.N., López Bolado cita el caso “Chazarreta” donde se determinó que la punición de la tenencia para consumo está dentro de los límites de lo razonable y que no transgrede derechos personalísimos. Sin embargo, si se castiga la posibilidad en potencia de que se trascienda el ámbito privado y se afecte a la sociedad sería retrotraer los avances en Derecho Penal y regresar a la doctrina que punía la peligrosidad del autor, contraria a la doctrina del acto actualmente vigente. Esta cuestión pondría en jaque el sistema democrático y liberal instaurado desde la Constitución de 1853 (1989)

Prosigue este autor, a favor de la despenalización, que el consumo es una enfermedad primeramente, y luego un mal social. Determina que la prevención es fundamental para prevenir, educar y rehabilitar. Amén de no aplicar la analogía en materia penal, sí menciona la similitud entre la posibilidad de autodeterminación al suicidio, el cual no es punible lógicamente consumado, pero tampoco en grado de tentativa, el consumo de drogas debería seguir el mismo curso (López Bolado, 1989).

Es notable la postura que resalta que no es la propia tenencia o el consumo lo que afectaría a la salud pública, sino cuando éstos se asocian a otros actos, penados también por ley, como sería la difusión del uso, la inducción a consumir, la utilización para la comisión de un delito, entre otros. En palabras de Nino (2000) no sería factible la presunción iure et de iure de que la tenencia para consumo personal implique daño o peligro para los terceros.

Pese a esto, un sector importante de la doctrina sostiene sus argumentos a favor de la criminalización en las estadísticas que denotan el factor criminógeno que se asocia al consumo de drogas. Muchas veces por el nivel de adicción que

⁷⁵ Artículo 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

lleva al consumidor a buscar otros medios para conseguirla, y otros, por los distintos efectos que provoca la sustancia en el dependiente. Levene (1985) distingue tres efectos: el llamado *flash back*, en donde los síntomas se mantienen en el cuerpo durante 5 meses aproximados pese a la ausencia de droga y se manifiestan repentinamente. Otro es el paradójico, en donde el efecto producido es el contrario al deseado, entonces en lugar de estimular, deprime, o viceversa. Y por último, el síndrome de abstinencia, provocado por la falta de consumo en el adicto. Continúa el doctrinario, que todos estos estados provocan al dependiente necesidad de consumir, nublandolo en su juicio y provocando que cometa ilícitos a fines de procurársela. A modo de conclusión determina que la toxicomanía es una enfermedad, pero provoca conductas de alta peligrosidad delictiva.

En adherencia a esta postura, Cornejo (1994) refiere a la afectación de la sociedad en relación al consumo personal ya que cualquier persona puede comenzar a ingerir estas sustancias y ser reclutados por los ya adictos o traficantes. De esta manera justifica la criminalización por la potencialidad de este contagio de conducta a nivel social, ya que el consumo tiene la aptitud de lograr eso.

En una posición cercana, Feans (2018) refiere que quienes sugieren criminalizar al consumidor lo hacen sustentados en la potencialidad de su lesividad, lo peligroso que resulta el agente para la sociedad, por cuanto puede ser considerado como ejemplo a seguir.

De hecho, el anterior autor, reiterando las palabras del Procurador General en el caso “Colavini⁷⁶” hay un acuerdo general respecto a los efectos graves que las drogas provocan a nivel físico y psíquico, motivo por el cual no debería considerarse impropio prohibir tal conducta en pos del resguardo de la salud comunal. El mismo destaca el riesgo inherente al consumo, el cual califica como previsible, por lo que amerita la intervención del Estado.

⁷⁶ C.S.J.N., Sentencia, (28/03/78). “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes.”

En resumen, quienes sostienen la criminalización de la conducta se fundan en las estadísticas y la propensión a la delincuencia que ocasiona el consumo, así como muchos adictos incitan a otros a accionar de la misma manera. Por otra parte, sería interesante reflexionar que la persona, mientras está bajo los efectos de la sustancia, carece de facultades mentales completas como para deliberar su accionar y responder conscientemente por sus actos. Esa posibilidad de que el consumidor actúe sin conciencia podría ser visto como un peligro potencial para terceros. El peligro podría existir, sin embargo, lo cuestionado en el presente trabajo es si es correcto sancionar esa potencialidad con una pena o si corresponde utilizar otras herramientas fuera del Derecho Penal para controlar esta actividad y aminorarla.

A modo de cierre, los resultados de la criminalización o despenalización del consumo variarán de acuerdo a la sociedad en la que se aplique. La drogadicción surge como respuesta a una serie de problemas, muchas veces no sólo personales sino culturales y comunes a todos, por lo cual se requerirían medidas que trasciendan el ámbito penal, para comenzar a atacar el origen de la desviación de la conducta, en lugar de sólo intentar remediar los efectos. Aun así, no hay que desmerecer la realidad estadística que une la drogadicción a la comisión de delitos, o facilitación de los mismos. Por lo cual habría que intentar disminuir el consumo en resguardo del bien común y del valor de los derechos, desde la misma valoración del derecho a la libertad de la persona y las garantías que la amparan.

3.7. Conclusión.

En el presente y último capítulo se pretendió enunciar las principales características del sistema normativo que regula la tenencia de estupefacientes.

Así se observó que desde principios del 1900 el legislador optó por una postura prohibicionista, que luego fue tanto confirmada como desvirtuada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. A favor de lo primero se encuentran

los fallos “Colavini⁷⁷” y “Aruedy Jarjura⁷⁸”, principales defensores del bien jurídico de la salud pública y su prevalencia por sobre la autodeterminación de la persona. Mientras que en una arista contraria “Bazterrica⁷⁹” o “Arriola⁸⁰” posicionaban la garantía de la libertad de la persona, la posibilidad de la autolesión y la necesidad de trascendencia de la conducta para justificar la penalización de la misma.

La globalización ha llevado el debate a través de los océanos, de manera que las experiencias recogidas de otros países resulta enormemente útil, por cuanto invitan a intentar distintas soluciones así como un trabajo en conjunto.

El caso reciente de Uruguay o de Canadá, están siendo puestos bajo la lupa como primeros ensayos de legalización del consumo, como alternativa a la punición propugnada por el Derecho Penal actual de la mayoría de los Estados. La política prohibicionista o de abstención está progresivamente cediendo ante la de reducción de daños, por la cual se intenta disminuir las consecuencias negativas del consumo. Ésta busca desestimar la penalización concentrándose desde diferentes enfoques en la prevención de los daños (Aza, 2017).

Desde los orígenes legislativos en materia penal se ha optado por una postura prohibicionista, si bien requirieron varias leyes para determinar el alcance de la prohibición, hasta incriminar la tenencia para consumo personal. En ese interín, diversos doctrinarios y magistrados se pronunciaron a favor y en contra de esta postura. Los principales referentes despenalizadores abogan por el garantismo, el bloque constitucional que consagra la libertad de la persona aun cuando ello implique autodegradación, y la sospecha de una conducta delictiva no sería justificativo suficiente para sancionarlo.

⁷⁷ C.S.J.N., Sentencia, (28/03/78). “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes.”

⁷⁸ C.S.J.N., Sentencia, (16/09/75). “Aruedy Jarjura, Juan s/tenencia”.

⁷⁹ C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”

⁸⁰ C.S.J.N., Sentencia, (25/08/09). “Arriola, Sebastián y otros s/Recurso de Hecho”.

Por otra parte, quienes postulan criminalizar la conducta a los fines de contribuir con la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes reiteran que la situación de la drogadicción ha provocado numerosos delitos, como medio para obtener más sustancia, o como fin. Reconocen las falencias del sistema, pero observan que la postura de la legalización puede que sea más nociva por facilitar el acceso. Propugnan una medida más ágil que considere al consumidor como un eslabón necesario de la cadena de tráfico, y que eliminado éste, no habría a quién proveer de drogas.

A modo de anticipo de la conclusión del presente Trabajo Final de Graduación, se esgrime que la historia ha evidenciado que la amenaza de sanción no es garantía de una conducta acorde a la ley. La drogadicción existe, las consecuencias sociales son visibles, pero el sistema creado para combatirla ha resultado insuficiente hasta la fecha, y en muchos casos, ha coadyuvado a agravar la situación por la estigmatización propia del reo.

El bien jurídico de la salud pública es merecedor de protección, pero sólo cuando real y concretamente se ve expuesto al peligro del consumo; no siendo así en aquellas situaciones donde el consumidor se mantiene dentro de la esfera de su privacidad. Esta libertad que caracteriza el Estado de Derecho es la piedra fundamental sobre la que se cimienta todo el sistema de derechos y garantías, tanto a nivel nacional como internacional. Por este motivo, la injerencia del Estado en ella debe interpretarse con carácter restrictivo y sólo en circunstancias evidentemente violatorias del bien común y la seguridad.

Conclusión

Tal como se analizó en el capítulo I del presente trabajo, el Derecho Penal es aquella potestad que posee el Estado, de punir a una persona indicada como autora de un delito. Éste puede tener distinta finalidad, según proteja intereses individuales o sociales. El caso del Código Penal de Argentina pertenece a los primeros (Núñez, 1999). Esta coerción penal tiene su fuente en la llamada ley penal, la cual encuentra como límite el Derecho Constitucional, el cual sienta las bases principales de esta rama: igualdad ante la ley, debido proceso, principio de legalidad y reserva, entre otros. Esta coerción se aplica desde el establecimiento de una pena o una medida de seguridad, según el caso.

Para justificar la aplicación de las penas se está a diversas teorías. Las hay que intentan una reparación o retribución por el daño cometido, así como otras que procuran cierta utilidad y prevención. Por su parte, la Teoría Agnóstica de la Pena, en palabras de Zaffaroni (1991), explica que la finalidad de la misma es resocializar al delincuente, rehabilitarlo, cuestión que dista profundamente de la realidad del sistema penitenciario actual. Dentro de los límites a la ley penal, y en consonancia con la globalización de derechos humanos a nivel mundial, se procura recurrir al Derecho Penal como *última ratio* e intentar otras medidas para rehabilitar al delincuente, respetando su dignidad.

En cuanto al delito, el mismo es definido como aquella acción típica, antijurídica, culpable y punible. Con motivo del estudio del presente trabajo, es menester hacer especial hincapié en el comienzo de la definición de delito, en el concepto de acción. Ésta es entendida como aquel hecho, que puede ser un hacer positivo o una omisión; la clave está en el requisito de exterioridad de la misma, ya que la misma Carta Magna en su artículo 19 sienta la base del derecho penal y determina que todo aquello que no trascienda la esfera individual está exento del poder de los Magistrados.

Aquí se esboza el principal límite constitucional sobre el cual gira el cuestionamiento que dio origen al presente Trabajo Final de Graduación: ¿el

artículo 14 de la Ley N° 23.737 transgrede la garantía consagrada en el artículo 19 de la C.N.?

Para poder responder a ello, en el segundo capítulo se procedió a delimitar los alcances de la Supremacía Constitucional, que pone a la Ley Fundamental como base de todo el ordenamiento jurídico el cual debe adecuarse a ella. En consonancia con ello se establece una rigidez de la misma, en tanto se determina un procedimiento especial para su reforma que delimita temporal y materialmente su modificación a cargo de una Convención reformadora creada a tal efecto. Se analizó también que esta supralegalidad requiere de un control constitucional que la asegure, la cual se encuentra en manos del poder judicial y adquiere el carácter de difuso, por poder ser practicado por cualquier juez, siempre en el marco de una causa.

Dentro de los derechos que protege y asegura la Constitución se encuentra el derecho a la libertad, consagrado en el propio Preámbulo, y reforzado por el artículo 19 de la C.N., que establece un ámbito privado para la persona exento del poder del Estado, donde toda acción que no trascienda dicha esfera no será juzgada por los magistrados siempre y cuando no se afecten derechos de terceros. Esta libertad está también asegurada mediante diversos tratados internacionales que ingresan con la misma jerarquía por el artículo 75 inciso 22 de la C.N. Esta libertad es entendida en sentido amplio, aun cuando implique la autolesión. El único criterio que permite la injerencia del Estado es la afectación de derechos de terceros, la moral u orden públicos.

La importancia de este segundo capítulo radica en destacar la inmutabilidad de los derechos consagrados constitucionalmente, los cuales no pueden ser modificados sino es por una ley y procedimientos especiales, que delimiten la necesidad de la reforma, entre otros. Especial hincapié merece el derecho a la libertad, ya que en palabras de Bidart Campos (2000) es parte de los llamados contenidos pétreos que hacen a la esencia del Estado de Derecho propio de Argentina.

Es por ello que en el presente trabajo se pugna tratar el combate del consumo de sustancias desde la perspectiva constitucional y *pro hómine*, que asegure la protección de los derechos tanto individuales como sociales, en respeto a la individualidad, libertad y dignidad de las personas, sin recurrir a arbitrariedades estatales que impliquen una imposición de un plan de vida propio de la postura perfeccionista.

La lucha contra la drogadicción pero sobre ello el tráfico ilícito de estupefacientes, es una asignatura pendiente a nivel mundial. La posición mayoritaria se inclina por una política prohibicionista que castigue al consumidor, sin embargo, la historia ha demostrado la falencia de este sistema, por lo que en los últimos años países como Uruguay y Canadá han intentado legalizar la cadena de producción y venta de marihuana, en pos de lograr controlar y manejar el comercio del mismo e incentivar a blanquear el contrabando para disminuir su expansión.

Legislativamente, en Argentina la propuesta ha sido siempre prohibicionista, desde comienzos del 1900 con la Ley N° 11.331, donde se pune la tenencia de sustancia sobre la que no se pueda justificar la posesión. Ante los diversos intentos de tergiversar esta figura frente al consumo personal, en 1974 se dicta la Ley N° 20.771, que aclara la situación castigando aun a quien poseyera droga para su personal consumo.

Pese a diversos fallos que sostuvieron la inconstitucionalidad de la citada norma, en 1989 se dicta la Ley N° 23.737 de Estupefacientes, el cual reitera el criterio legislativo contradiciendo la jurisprudencia.

Así las cosas, analizando el delito de tenencia de estupefacientes consagrado en el artículo 14 de la Ley N° 23.737, en el mismo se pune la tenencia simple de sustancias y se atenúa la pena para el caso que surja de las circunstancias, inequívocamente, que el destino era consumo personal. De esta manera, los únicos elementos que requiere el artículo citado es la tenencia de la sustancia a sabiendas de ello, sin referir a una conducta lesiva de derechos de

terceros, o siquiera una exteriorización de dicha conducta. Por ello se considera un delito de peligro abstracto, donde no se exige la concreción de algún daño.

Sobre este último punto se han pronunciado diversos autores, por cuanto se regresa al Derecho Penal primitivo donde se punía la peligrosidad del actor, contrariamente al Derecho Penal de acto que caracteriza esta época. Al margen de la caracterización del delito, la principal controversia en torno a la penalización del consumo o no, radica en si la libertad de autodeterminación garantizada por el artículo 19 de la C.N. ampara aún el consumo personal de estupefacientes, y si ese consumo puede considerarse como una ofensa al orden público aun cuando la conducta no trascienda el ámbito privado de la persona.

Así, a favor de la criminalización de la conducta, en “Colavini” se asimilan los efectos de las drogas a los de las pestes o guerras, y se resaltó aun la figura del consumidor como necesaria para la cadena de tráfico ilícito, con lo que se ve afectado el bien común. Con los mismos argumentos y adicionando la afectación de la seguridad nacional se pronuncia el procurador general en “Aruedy Jarjura”.

El doctrinario Falcone (2014) justifica la necesidad de penalizar la tenencia, ya que en la mayoría de los secuestros no podía determinarse si el destino de la posesión era la venta o el consumo, por lo que se optó considerarla como acto preparatorio. Así refiere que la norma pune la conducta de tenencia, sin indicar ninguna otra circunstancia que indique la intención de la posesión, por lo que se está castigando la mera sospecha de actuación ilícita tal como el suministro o venta de la misma, ya que, como pugna Rojo (2018) no se sanciona el consumo sino la tenencia. Ekmekdjian (1986) define a este delito como de peligro abstracto donde la valoración de la conducta la hace el legislador, independientemente de que esta no trascienda los límites de la privacidad afectando el orden público.

El dilema de este tipo de delitos se encuentra en la ampliación del marco de actuación del Derecho Penal, el cual en un intento de prevenir sucesos futuros, castiga conductas previas a la comisión del delito, basado en una simple sospecha. Ya no se requiere un daño sino la simple realización de la conducta.

Es precisamente el artículo 19 de la C.N. el que sienta los principios que enervan al Derecho Penal, como el de lesividad, legalidad y privacidad. De acuerdo al primero sólo podrá penarse aquella conducta que provoque un daño a terceros, a la moral u orden públicos. Si bien la concepción de este último varía y hay quienes incluyen a la drogadicción como una afectación a la salud pública, la realidad es que no hay daño concreto, sino una mera sospecha de actuación ilícita. Es cierto que hay estadísticas que asocian al consumo con la comisión de delitos, sin embargo no otorgan certeza alguna respecto a quién será proclive o no, por lo que se están violando garantías fundamentales propias del Estado de Derecho.

En todo sistema de derechos existirá una contraposición de intereses, pero en el caso en cuestión se confronta la salud pública contra la posibilidad de autodeterminación de la persona consagrada constitucional y convencionalmente. Respecto a la primera, tal como se analizó anteriormente, existe un peligro potencial, una sospecha del legislador de un accionar ilícito futuro, basado en probabilidades y sin certezas, mientras que respecto al derecho a la libertad, éste sí está concretamente afectado ya que quien tenga en su posesión sustancias para fin recreacional se ve sancionado penalmente por la posibilidad futura de que cometa algún delito o incite a terceros. La persona se ve afectada en su autodeterminación, y estigmatizada por esta penalización que lejos de evitar el consumo, llevará a reincidir y agravar la situación. Por ello es que se concluye que el artículo 14 de la Ley 23.737, en su segundo párrafo, transgrede el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Como refirieron algunos autores, el adicto es un enfermo y la drogadicción es más un problema social que un delito al que atacar penalmente, especialmente reconociendo las falencias del sistema carcelario actual que no cumple con la premisa constitucional de rehabilitar al delincuente sino que lo expone a mayores peligros, lo introduce en una ámbito de ilicitud y lo estigmatiza de por vida.

No se deja de rescatar que sin consumidores no habría tráfico ilícito de estupefacientes, sin embargo, la realidad es que no puede aspirarse a una sociedad libre de consumo, al menos en la actualidad mundial y, tanto más, argentina. Por

esto se procura una reducción de daños, una concesión a favor de la disminución de las consecuencias dañinas de la drogadicción. Por ello algunos países han intentado legalizar la cadena de producción de estupefacientes para permitir controlar el tráfico sin juzgar a los consumidores.

Como siempre se sostuvo, el Derecho debe adecuarse a la realidad, resultar aplicable y efectivo. El sistema tal como se conoce resultó evidentemente insuficiente, por lo que deben tomarse nuevas medidas. La drogadicción surge como respuesta a falencias institucionales del Estado y la propia sociedad, por lo que el ataque a la misma debería enfocarse desde una arista social y de rehabilitación, ya no yendo contra los efectos de las fallas del sistema, sino intentando resolver las causas que lo motivan en primer lugar.

El Estado argentino es un Estado de Derecho, con una Constitución que cimienta el ordenamiento y declara de manera definitiva una serie de derechos humanos inalienables e inmutables. El derecho fundamental que caracteriza la República y la Democracia es la libertad y, en refuerzo de ello, Argentina se comprometió internacionalmente a defenderla. Ésta es tal aun cuando implique autolesión. No se procura así un Estado ausente sino uno que respete las garantías fundamentales de las personas e intente resolver el problema de la drogadicción sin transgredirlas. Citando un refrán popular “locura es hacer siempre lo mismo y esperar resultados diferentes”. Es menester entonces mantener el respeto a la Ley Fundamental para trasladar ese respeto a otros ámbitos sociales, proteger la vida desde el respeto a la persona.

Reiterando el criterio utilizado anteriormente, la toxicomanía es una enfermedad consecuencia de las fallas de la sociedad. Desde el ejemplo diario se puede propugnar un cambio y un verdadero respeto a la vida. Se debería entonces asegurar condiciones dignas de vida a las personas, acceso a la educación, a un trabajo, entre otros, todos estos Derechos constitucionales, para luego juzgar si la persona pudo elegir con verdadera libertad consumir o no drogas, o si el sistema lo llevó a no tener otras oportunidades.

Bibliografía

Doctrina

- AZA, J. A. (2017). *Drogas y políticas públicas: ¿legalización o prohibición?*. Recuperado el 10/11/2018. Fuente online: <https://ebookcentral-proquest-com.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- BADENI, Gregorio. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, c2011. xxvii, 1088 p. ISBN 9789870319016.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Compendio de derecho constitucional*. 1a ed. Buenos Aires: Ediar, 2008. 462 p. ISBN 9789505741625.
- BLICKMAN, T. y JELSMA, M. (2009). *La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos*. Recuperado el 15/10/2018. Fuente online: https://www.tni.org/files/3623_1.pdf
- BUTELER CÁCERES, J. A. (2000). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Córdoba: Advocatus.
- EKMEKDJIAN, M. (1986) *Los límites del ámbito de la intimidad individual en dos trascendentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACJ890139*
- FALCONE, R (2014). *Derecho penal y tráfico de drogas*. 2a ed. act. y ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- FERRAJOLI, L (2008). *Las libertades en el tiempo del neoliberalismo*. Recuperado el 10/11/2018. Fuente online: <http://bibliotecadigital.idm.oclc.org/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S1405.02182008000200004&lang=es&site=eds-live>
- FONT, Matías Alan. *Constitucional*. 9na ed. Buenos Aires: Estudio, 2016

- FONT, Monserrat Andrea (2016). *Penal. Parte General. Enfoque Finalista*. 9na ed. Buenos Aires: Estudio.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (1995). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 7 v. ISBN 9789502005645.
- GANZEMÜLLER, C. (1997). *Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona: Bosch S. A.
- GEDDES, J (2018). *The marijuana nightmare*. Recuperado el 10/11/2018. Fuente online:
<http://bibliotecadigital.idm.oclc.org/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=buh&AN=129939057&lang=es&site=eds-live>
- GELLI, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada. (4º Ed.)*. Buenos Aires: La Ley.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1992). *Tratado de derecho penal*. 5a ed. actualizada. Buenos Aires: Losada.
- LEVENE, R. (h) (1985) TOMO LA LEY. LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACA890138
- LÓPEZ DAZA, G., & GÓMEZ GARCÍA, C. (2014). *Legalization judicially personal consumption drug doses: a challenge to democracy in Latin America*. Recuperado el 10/11/2018. Fuente online:
http://www.scielo.org.co/bibliotecadigital.idm.oclc.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-85712014000100010&lng=en&tlng=en.
- NINO, C. (2000). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea. ISBN 9789505083770.

- NUÑEZ, Ricardo C (1999). *Manual de derecho penal: parte general*. 4a ed. Córdoba: M. Lerner.
- ORCE, G. (2012) *Principio de reserva e incompatibilidad*. Recuperado el 10/11/2018. Fuente online: AP/DOC/4404/2012
- ROJO, M. (2018). *Implicancias del Régimen Penal de Estupefacientes. (Ley 23.737)*. Recuperado el 10/11/2018. Fuente online: AR/DOC/939/2018
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La teoría de la estructura del delito*. España: Civitas, S. A.
- SANJURJO GARCÍA, D (2013). *El Cambio en Las Políticas De Estupefacientes: El Ejemplo De Uruguay. Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*. Recuperado online el 15/10/2018. Fuente online: <http://bibliotecadigital.idm.oclc.org/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=96190745&lang=es&site=eds-live>.
- SOLER, Sebastián (1992). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA. ISBN 9789505210602.
- SOLANET, M. A. (2009). *¿legalización o penalización de la droga*. Recuperado el 15/10/2018. Fuente online: Retrieved from <https://ebookcentral-proquest-com.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- TURNER, T (2017). *Uruguay Becomes First Nation to Oversee Pot Sales, From Seed to Smoke. Wall Street Journal - Online Edition*. Recuperado online el 10/11/2018. Fuente online: <http://bibliotecadigital.idm.oclc.org/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=124189724&lang=es&site=eds-live>
- VIGO, A. (2011). *Ética y derecho según Kant. Tópicos (México)*, (41), 105-158. Recuperado en 24 de noviembre de 2018. Fuente online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-66492011000200004&lng=es&tlng=es.

- ZAFFARONI, E. (1991). *Manual de derecho penal: parte general*. 6a ed. Buenos Aires: Ediar. ISBN 9789505740673.
- ZARINI, H. (1994). *Constitución argentina: comentada y concordada. Texto según reforma de 1994. Análisis de los artículos desde su origen hasta la actualidad. Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Gobernantes. Leyes complementarias*. Buenos Aires: Astrea, 2001. ISBN 9789505084500.

Jurisprudencia

- C.N.A.C.yC., C.A.B.A., Sentencia, (05/02/87). C.S.J.N., “Capalbo, Alejandro C. s/ Tenencia de Estupefacientes”
- C. N. Apel. Crim. Corr.F., C.A.B.A., Sentencia, (17/10/30). “González, Antonio s/tenencia”.
- C.S.J.N., Sentencia, (25/08/09). “Arriola, Sebastián y otros s/Recurso de Hecho”.
- C.S.J.N., Sentencia, (16/09/75). “Aruedy Jarjura, Juan s/tenencia”.
- C.S.J.N., Sentencia, (29/08/86). “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”
- C.S.J.N., Sentencia, (28/03/78). “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes.”
- C.S.J.N., Sentencia, (11/12/90). "Montalvo, Ernesto Alfredo P.S.A. Infracción Ley 20771".
- S.C.J.B.A., Sentencia, (03/03/16), “Gómez, Maximiliano Gastón s/sobreseimiento”.
- C.S.J.N., Sentencia, (05/09/06). “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”.

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Penal
- Constitución Nacional Argentina
- Convención Americana de Derechos Humanos (1948)
- Convención de Viena sobre Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)
- Ley N° 11.309. Boletín Oficial, Buenos Aires, 25/06/24.
- Ley N° 11.331. Boletín Oficial, Buenos Aires, 16/07/26.
- Ley N° 20.771. Boletín Oficial, Buenos Aires. 26/09/1974.
- Ley N° 23.737, Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial. Buenos Aires, 21/09/1989.
- Ley N° 24.072. Boletín oficial, Buenos Aires, 14/04/92.
- Pacto de San José de Costa Rica (1969)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)