

**UNIVERSIDAD
SIGLO 21**
La Educación Evoluciona



**Colisión entre Derecho a la Salud y Principio de
Reserva por aplicación del
Art. 14 de la Ley 23.737.**

Abogacía – Universidad Siglo XXI

Profesor: Dra. Florencia Tiezzi.

Alumno: Leandro Cesar Araque

Legajo: VABG32691.

Colisión entre Derecho a la Salud y Principio de Reserva por aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737.

Resumen:

El Principio de Reserva y el Derecho a la salud son institutos fundamentales para el desarrollo del individuo, y se encuentran tutelados por instrumentos internacionales con raigambre constitucional. La colisión entre los mismos, debido a la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737, genera a los órganos jurisdiccionales la tarea de ponderar la conveniencia en la aplicación de uno u otro en el caso concreto. El sujeto activo del delito y sus cualidades, la política criminal del Estado respecto a la materia, y la actividad judicial de control de constitucionalidad, conforman el eje central del presente trabajo.

Abstract:

The Reserve Principle and the Right to Health are fundamental institutions for the development of the individual, and are protected by international instruments with constitutional roots. The collision between them, due to the application of Art. 14 of Law 23,737, gives jurisdictional bodies the task of weighing the convenience in the application of one or the other in the specific case. The active subject of the crime and its qualities, the criminal policy of the State with respect to the matter, and the judicial activity of constitutional control, form the central axis of the present work.

Palabras clave:

Derecho a la salud / Principio de Reserva / consumo de estupefacientes

Key Words:

Right to health / Principle of Reserve / consumption of narcotics

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 1
CAPÍTULO 1: NOCIONES BÁSICAS.	
1.1. Introducción.....	Pág. 5
1.2. Bienes jurídicos.....	Pág. 6
1.2.1. El derecho a la salud.....	Pág. 7
1.2.2. El Art. 19 de la Constitución Nacional: Principio de Reserva.....	Pág. 9
1.3. La lesión al bien jurídico.....	Pág. 10
1.3.1. El delito de tenencia de estupefacientes	Pág. 10
1.3.2. La tenencia de drogas y el Principio de Lesividad.....	Pág. 12
1.4. La tenencia de drogas como delito de peligro abstracto.....	Pág. 13
1.5. Jerarquía normativa.....	Pág. 16
1.5.1. Breve reseña sobre colisión de derechos.....	Pág. 17
1.6. Conclusiones.....	Pág. 19
CAPÍTULO 2: EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE TENENCIA DE DROGAS.	
2.1. Introducción.....	Pág. 21
2.2. El sujeto activo del Art. 14 de la Ley 23.737. Imputabilidad.....	Pág. 22
2.2.1. El sujeto activo y el derecho penal de autor.....	Pág. 25
2.3. El consumidor como parte de la estructura del narcotráfico.....	Pág. 26
2.4. El consumidor como sujeto de derechos	Pág. 33
2.4.1. Los alcances de la reforma constitucional de 1994.....	Pág. 34
2.5. Conclusiones.....	Pág. 36
CAPÍTULO 3: EL ART. 14 DE LA LEY 23.737 Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO.	
3.1. Introducción.....	Pág. 38
3.2. El contexto político y su reflejo en la jurisprudencia.....	Pág. 39
3.2.1. Juicios de carácter ético	Pág. 41
3.2.2. La influencia de una política de represión.....	Pág. 43
3.2.3 La creación de un peligro social grave.....	Pág. 45
3.3. La no injerencia del Poder Judicial en cuestiones de política criminal.....	Pág. 47
3.4. La nueva interpretación en el Fallo “Arriola”	Pág. 51
3.5 Conclusiones.....	Pág. 53
CAPÍTULO 4: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL ART. 14 DE LA LEY 23.737.	
4.1. Introducción.....	Pág. 56
4.2. Ponderación de principios	Pág. 58
4.2.1. La ponderación como elemento racional para la aplicación de normas.....	Pág. 60
4.2.2. La ponderación de derechos al aplicar el Art. 14 de la Ley 23.737.....	Pág. 62
4.3. Los límites judiciales en la doctrina “Montalvo” (1990)	Pág. 66
4.4. Las facultades de la Corte Suprema en el fallo “Arriola” (2009).....	Pág. 68
4.5. La influencia de la reforma constitucional de 1994.....	Pág. 71
4.6. Conclusiones.....	Pág. 73
CONCLUSIONES GENERALES.....	Pág. 76
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 84

Introducción.

Toda sociedad, entendida como un conjunto de personas que se relacionan dentro de un ámbito espacial determinado, es regulada por una serie de normas establecidas a efectos de lograr una armoniosa convivencia. El jurista Carlos Nino (2003) afirma que las normas jurídicas son técnicas de motivación social indirecta; instrumentos que sirven para inducir a los individuos a comportarse de una forma aceptada socialmente. En el caso del derecho penal, no indican una conducta deseable, sino que establecen sanciones para aquellos que obren de una manera no aceptable por la comunidad de la que forman parte.

Las normas, al orientar conductas, pretenden determinar lo que la persona puede hacer, y lo que no, tutelando derechos que le son vitales al desarrollo de cualquier sociedad. Sin embargo, en un mismo ámbito (tanto espacial como temporal) coexisten normas que, en determinadas situaciones fácticas, deben aplicarse, indefectiblemente, en desmedro de otras. Ante esa situación, se observa la prevalencia de un derecho sobre otro.

La elección de la temática y la importancia de abordar el problema, se fundamenta en la necesidad de aportar herramientas que permitan echar luz al individuo en su forma de conducirse. El sistema legal tiene como destinatario al ser humano, en tanto integrante de una sociedad, y lo conmina a obrar de determinada manera; entonces, cuando ese mismo sistema no enseña un camino concreto, o no establece con claridad lo que se debe hacer, y lo que no, se genera un perjuicio a la persona y, en definitiva, a la sociedad que se pretende proteger, ya que no se le brinda seguridad jurídica.

El juzgador tiene como función principal interpretar el derecho positivo, y aplicarlo en situaciones concretas. Ésta es otra de las cuestiones que le aportan trascendencia al trabajo a desarrollar, ya que el máximo órgano jurisdiccional nacional,

la Corte Suprema de Justicia, se ha expedido de forma diametralmente opuesta en diversas oportunidades, respecto de la ponderación del Derecho a la Salud o el Principio de Reserva.

El problema jurídico planteado en el presente ensayo radica en determinar: **¿Cuáles son los fundamentos que permiten establecer la preminencia del Principio de Reserva por sobre el Derecho a la Salud, en el caso concreto de la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737?** Para ello, y en primer lugar (Capítulo 1), se abordarán de forma breve algunos conceptos que serán utilizados a lo largo del presente; en el Capítulo 2 se profundizará respecto de las características del sujeto activo del delito tipificado en la norma; el Capítulo 3 abordará cuestiones vinculadas con la aplicación de la norma y la política criminal del Estado; y por último, en el Capítulo 4 se observará el control de constitucionalidad y la dualidad interpretativa de la Corte Suprema.

El objetivo general consta de analizar y comprender los elementos vinculados al conflicto de derechos planteado, a efectos de arribar a la confirmación de una hipótesis que establece que el derecho a la privacidad de un individuo (Principio de Reserva), en lo que respecta a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y aun reconociendo la importancia del derecho a la salud, debería primar sobre éste, acorde a la jurisprudencia analizada.

Dicha hipótesis, se fundamenta en la amplitud otorgada al ámbito de privacidad de un individuo, que no puede ser cercenado por la actividad del Estado, en tanto resulta un derecho fundamental para su desarrollo. Las cuestiones de política criminal deben implementarse de forma tal que supriman lo menos posible las libertades individuales, más aún cuando los actos llevados a cabo por las personas no generan un daño concreto.

La actividad legislativa resulta ser el reflejo de las necesidades de una sociedad en un momento histórico dado, y es por ello que esas necesidades pueden ser variables

ante otro contexto temporal y el normal avance de la sociedad. Por eso resulta indispensable el rol del Poder Judicial en lo que refiere al control de constitucionalidad de las normas emanadas del órgano legislativo nacional, en este caso, determinando la inconstitucionalidad del Art. 14 de la Ley 23.737.

Las normas tienen como fin generar armonía en el desarrollo de una sociedad, para eso apuntan a un objetivo determinado. La sanción de la Ley 23.737, y en particular su Art. 14, estaba orientada a combatir el narcotráfico en todas sus escalas, incluyendo al consumidor. Cuando la norma no genera el efecto esperado, y no se logran los resultados buscados, aún a costa de limitar derechos individuales, es también función del Poder Judicial, con buen criterio jurisprudencial reciente, invalidar la norma.

Marco metodológico.

Respecto a la metodología de investigación empleada, apelando a una combinación entre los tipos descriptivo y exploratorio de estudio, en primer lugar, se desarrollan preceptos básicos que serán utilizados a lo largo del trabajo, para una mejor comprensión del tema que se trata. Conceptualizar el delito, el daño a un bien jurídico, o definir el concepto de lesividad, son cuestiones abordadas a priori y, a su vez, elementos que son utilizados por el juzgador al momento de expedirse.

Se lleva a cabo un análisis de los argumentos vertidos en los fallos más relevantes respecto del tema abordado: “Colavini” (1978), “Bazterrica” (1986), “Montalvo” (1990), y “Arriola” (2009). Los criterios jurisprudenciales en cuestión son analizados y contrastados unos con otros, con la finalidad de arribar a los resultados que permitan dar respuesta a la pregunta de investigación planteada.

Esa jurisprudencia, a su vez, vinculada a cuestiones de política criminal emanadas del órgano legislativo nacional, ha protagonizado drásticos giros fundamentados en un

sistema de ponderación de principios que muestra diferentes resoluciones ante situaciones idénticas durante épocas distintas. Se analiza durante el trabajo dicha ponderación como herramienta de una función judicial primordial, la del control de constitucionalidad.

Los elementos doctrinarios, la política criminal del Estado representada en normas, derechos y principios, y la función judicial de control de constitucionalidad expresada en jurisprudencia, resultan ser las fuentes que permiten arribar a la hipótesis planteada, que establece la preminencia del Principio de Reserva por sobre el Derecho a la Salud, en el caso concreto de la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.7373 que penaliza la tenencia de estupefacientes, aunque estos sean para consumo personal.

Capítulo 1: nociones básicas y legislación.

1.1. Introducción.

El objeto principal del presente capítulo radica en aportar al lector una serie de conceptos básicos y fundamentales, que permitan comprender las cuestiones a desarrollar a lo largo del trabajo, como así también conocer la legislación vigente respecto al tema a abordar.

La actividad legislativa tiene la función de sancionar normas, con el objeto de proteger bienes vitales para la sociedad, transformándolos en bienes jurídicamente tutelados. Se examina el derecho positivo relacionado a los derechos en conflicto; el derecho a la salud, como derecho colectivo e individual, y el derecho a la intimidad de las personas y su libertad de accionar siempre y cuando no se perjudique a terceros. Se expone una breve referencia de cada uno de los derechos en puja, ya que se verán desarrollados a lo largo del trabajo.

Asimismo, se aportan las nociones doctrinarias básicas, entre otras: ¿Qué es un bien jurídico tutelado? ¿Cómo se lesiona ese bien? ¿Qué herramientas permiten determinar si una conducta puede ser catalogada como ilícita? ¿Cuál es la diferencia entre los delitos de lesión y los de peligro? ¿A qué se refiere el concepto de jerarquía normativa? ¿Cómo opera? ¿Cómo se controla?

Se trata de cuestiones que deben ser comprendidas antes de recurrir a la jurisprudencia, que resulta ser el eje primordial del presente ensayo.

1.2. Bienes jurídicos.

El jurista alemán Johan Michael Franz Birnbaum (2010), elabora una concepción de bien jurídico estableciendo que se trata de un reflejo de los intereses de una sociedad, de acuerdo a sus valores éticos y sociales, que lesionado puede socavar el desarrollo del individuo; no se trata solamente de un valor, sino de un valor que puede afectar el desarrollo de la vida humana.

Todas las sociedades poseen características particulares que son compartidas, aprobadas, y respetadas, por la mayoría de los individuos que la componen. Se trata de costumbres, cuestiones éticas y sociales, culturales, políticas, que conforman parámetros de acción a observar, con la finalidad de lograr una armónica convivencia. Atento a ello, estamos en condiciones de asegurar que un bien precede al derecho, y es determinado por la sociedad misma.

El Estado, como creación social, y por intermedio de sus órganos de gobierno, tiene la misión (entre otras) de receptar todos aquellos intereses que resulten vitales para el impulso de una sociedad y el pleno desarrollo de los individuos que la componen, y dotarlos de protección, transformándolos de esa forma en “bienes jurídicos” o “bienes jurídicamente tutelados”. Sostiene Roxin (2003), respecto de un bien jurídico, que se trata de “finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (pág. 56).

El Estado, en este caso mediante la aplicación del derecho penal, tiene la finalidad de proteger un bien jurídico, pero de ninguna forma puede oficiar como creador del mismo, sino que debe valerse del concepto de bien jurídico como limitador de su poder punitivo, para criminalizar solo ciertas acciones que puedan afectarlo. En este sentido, expresa Basigalupo (1999):

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales... (pag.43 y 44).

Tampoco debemos confundir el concepto de bien jurídico con el objeto material de un determinado delito. Por ejemplo, ante un robo, el bien jurídico no es el objeto robado, sino el patrimonio del damnificado. Entonces, cuando hablamos de bienes jurídicos, no hacemos referencia a un elemento en particular, a un objeto, sino a una serie de derechos, que pueden o no, verse reflejados en objetos materiales. Como hemos mencionado, el patrimonio es un bien jurídico, como lo es la vida, la salud, la imagen, entre otros.

1.2.1. El derecho a la salud.

Originariamente, se trató de un concepto referido únicamente a la ausencia de enfermedades. Con el correr del tiempo, se fue ampliando y abarcando otras cuestiones que hacen al desarrollo social e individual de los hombres. En tal sentido, Brena Sesma (2004), apelando al prólogo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948, define la salud como:

Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud ha sido considerada no como un estado abstracto sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas (pág. 104).

La OMS plasmó en la Carta de Ottawa (1986) que la salud, como derecho humano fundamental, debe contar con requisitos que van desde recursos económicos, alimenticios, de vivienda, hasta la situación de paz, interna o externa, de un Estado. Las

prósperas condiciones económicas y sociales resultan ser fundamentales al bien jurídico salud.

En el orden legislativo, el Art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, incorpora con su mismo rango diversos tratados internacionales que hacen alusión a la importancia de la salud como derecho humano. Entre esos instrumentos, podemos destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Art. 12 establece que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Se establece que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, mediante su Observación General 14, aprobada el 11 de mayo de 2000, establece responsabilidades a los Estados en lo relacionado a generar escenarios que permitan un desarrollo saludable.

Asimismo, el apartado N° 8 de la Observación mencionada, establece que “... El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales...”.

Por su parte, cuando hablamos de estupefacientes, hacemos referencia a sustancias que introducidas en el organismo generan alteraciones en el sistema nervioso y, a su vez, su reiterado consumo desemboca frecuentemente en dependencia física y psíquica sufrida por el individuo consumidor. Es decir que el consumidor frecuente deviene en adicto, y por ello, en el caso que da origen al presente trabajo (aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737), y siempre que la tenencia de drogas sea para consumo personal, estamos ante una circunstancia que involucra la salud mental.

El Art. 4 de la Ley Nacional N° 26.657, sancionada en el año 2010, establece que “las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.

De la lectura del articulado, se desprende que el legislador otorga protección al adicto y lo observa como un sujeto de derecho, al cual le corresponde la atención del Estado desde un punto de vista médico – asistencial, y no desde una política punitiva y/o represiva.

1.2.2. El Art. 19 de la Constitución Nacional: Principio de Reserva.

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

La redacción del artículo en cuestión le otorga al individuo un espacio en el cual sus acciones no pueden acarrear ningún tipo de responsabilidad, ni ser pasibles de sanción, siempre y cuando no se genere un perjuicio a tercera persona, ni se ofenda el orden y la moral pública. Se trata, ni más ni menos, de una garantía ante el poder punitivo del Estado; una limitación a dicho poder.

A lo largo del presente ensayo, se podrán observar diversas posturas respecto de la amplitud que debe otorgarse al espacio privado o íntimo de un individuo, en el cual sus conductas no influyen negativamente sobre otros. Este ámbito de reserva no solo se refiere a las acciones que se realicen en la intimidad, sino que alcanza también a todos los actos realizados en público que no perjudiquen a terceros.

1.3. La lesión a un bien jurídico.

Hemos dicho que se considera bienes jurídicos a los valores esenciales de una sociedad, que surgen de su cultura, costumbres, de su idiosincrasia, y que fueron tomados por el Estado (más precisamente por su órgano legislativo), a efectos de dotarlos de una protección que debe ser observada y respetada por los individuos. Esa protección se otorga a través de un sistema normativo cuya finalidad es dirigir las conductas de los hombres en una dirección determinada, la cual no debe perjudicar derechos de terceros en forma individual, ni derechos inherentes a la comunidad toda.

Cuando se genera un menoscabo en los derechos del prójimo, siempre en el ámbito penal, se está lesionando un bien jurídico.

1.3.1. El delito de tenencia de estupefacientes.

En el ámbito del Derecho Penal, existe una teoría que funciona como instrumento que permite determinar la existencia de un acto ilícito. Raúl Zaffaroni (1998), define a la “Teoría del Delito” como una herramienta, orientada a un cometido esencialmente práctico, que permite determinar la presencia o ausencia de delito en cada caso concreto. Resulta una metodología, si se quiere de carácter pedagógico, que consiste en analizar una conducta humana, sometiéndola a una revisión estratificada a efectos de determinar si cumple con todos los elementos constitutivos de un delito.

La doctrina ha definido el “delito” como toda acción típica, antijurídica, y culpable. Y es en esta definición donde encontramos los cuatro estratos fundamentales que deben cumplirse para que una conducta sea pasible de reproche penal, según lo establece la teoría en cuestión.

En primer lugar, debe existir una acción, ya sea omisiva o activa, y voluntaria. Si no hay conducta, no hay posibilidad de delito. Para que exista conducta, la acción llevada

a cabo debe estar acompañada de aquella voluntad; es decir, la intención del sujeto de obrar de una forma determinada, y que, a su vez, mediante ese obrar se produzca una modificación en el mundo exterior.

Para que la acción, en principio, sea constitutiva de un delito debe adecuarse estrictamente a alguna de las descripciones establecidas en el Código Penal, o bien, en una ley. La conducta del sujeto debe estar tipificada en una norma y adecuarse completa y perfectamente a ésta (encaje del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descripta como delito). No hay delito sin tipo penal. El hecho de que una persona posea sustancias estupefacientes se encuadra en la figura típica del Art. 14 de la Ley 23.737.

Asimismo, esa conducta tipificada debe ser antijurídica, es decir que no debe mediar ninguna de las causas de justificación (como, por ejemplo, la legítima defensa, o el estado de necesidad). La antijuridicidad funciona como elemento valorativo de la conducta típica, siendo ésta su presupuesto. Por ejemplo, en el caso de un homicidio, la conducta es típica, pero puede no ser antijurídica si existiese alguna causa de justificación.

Por último, el sujeto a quien se reprocha la conducta disvaliosa debe ser pasible de culpabilidad; debe ser una persona responsable, capaz de conducirse de la forma que lo imponen las normas, entendiendo la criminalidad del acto que realiza.

En razón de lo mencionado anteriormente, podemos establecer entonces, que toda acción típica, antijurídica, y culpable, que lesione un bien jurídico tutelado por el ordenamiento vigente, es considerada un delito. Por todo ello, el hecho de poseer sustancias estupefacientes configura el delito tipificado en el Art. 14 de la Ley 23.737.

1.3.2. La tenencia de drogas y el Principio de Lesividad.

El Art. 19 de la Constitución Nacional afirma que las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados, siempre y cuando no perjudiquen a un tercero, ni ofendan el orden y la moral pública. Se trata de un límite al poder punitivo del Estado, que no debe interferir en la vida de los individuos de no mediar un conflicto jurídico debido a la afectación de un bien jurídicamente tutelado.

Señala Ferrajoli (2009) sobre el Principio de Lesividad que:

Es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (pag. 466).

Por su parte, otros dos principios que se vinculan al de lesividad, son el “pro homine” y el de “insignificancia”. El primero tiende a garantizar una interpretación de las normas que priorice los derechos fundamentales de un individuo y el libre ejercicio de los mismos, limitando de esta forma intervenciones discrecionales del poder público. Ante la duda sobre si una conducta genera la afectación de un bien jurídico, la presunción debería operar a favor de la libertad de acción del sujeto que la lleva a cabo.

Respecto del segundo (la insignificancia), Gullco (2006) citando jurisprudencia del Dr. Zaffaroni, expresa:

Los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos; las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica y, por ende, deben guardar una cierta proporción con la magnitud de afectación al bien; cuando la magnitud de la afectación es muy ínfima, se quiebra esta proporcionalidad necesaria, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas con afectaciones insignificantes. De lo contrario, resultaría lesionada la disposición constitucional que prohíbe las penas. Pena “cruel” no es antónimo de pena “piadosa”, sino de pena “racional”, es decir, adecuada a la magnitud del injusto, lo que no sucede cuando media una desproporción de esta naturaleza (pag. 163 y ss gtes).

Tal como se observa, el concepto de insignificancia se encuentra vinculado estrechamente con el de lesividad, ya que es producto de éste. Más allá de la existencia de una relación causal entre un determinado hecho y un resultado, manifiesta Silvestroni (2004) que “debemos contar con una afectación de cierta importancia. En efecto, una afectación ínfima no estaría en condiciones de superar la barrera que viene a imponer el principio constitucional de lesividad” (Pag. 211).

1.4. La tenencia de drogas como delito de peligro abstracto.

En nuestro ordenamiento existen diversas tipologías delictivas. Podemos encontrar los tipos de lesión, cuando efectivamente se produce un daño sobre el bien, o tipos donde la conducta se sanciona antes de que se genere el daño, como en el caso de la tentativa. A su vez, podemos observar figuras tipificadas mediante las cuales una conducta es pasible de sanción por la sola puesta en peligro de un bien, y esta puesta en peligro puede ser concreta o abstracta.

No encontramos en el derecho positivo una definición concreta de peligro, sin embargo, podemos establecer que se trata de una noción determinada por la posibilidad de la existencia de un daño, y al no existir ese daño específico (sino que se castiga la mera posibilidad de generarlo), es que este tipo de delitos se contraponen indefectiblemente con el Principio de Lesividad.

Respecto a la tenencia de drogas, se estableció en su momento que:

“...ese delito ha sido tipificado como de peligro abstracto, lo cual demuestra la especial jerarquía asignada al bien jurídico tutelado por la norma, pues de ese modo se ha extendido penalmente su defensa hasta aquellas situaciones que sólo importan, a juicio del legislador, la mera probabilidad de un riesgo para la salud pública” (Opinión del Procurador General en el Fallo “Montalvo”, de 1990).

Entonces, el derecho positivo castiga una conducta ante la presunción de que la misma incurre en la puesta en peligro de un bien jurídico. En este tipo de delitos, tal como lo señala Bacigalupo (1999):

No se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto. Se exige que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se pretende evitar. El tipo se reduce a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido, sin necesidad de que ese peligro se haya verificado (pág. 231).

Como manifiesta De Luca (1993), bastaría con que exista la posibilidad de generar un daño en el bien para que se configure el tipo penal, verificando un sensato nexo causal entre la conducta incriminada y el bien que se pretende proteger. Rodríguez Montañez (2004) asegura que:

La problemática está dada porque en los delitos de peligro concreto, el peligro es un elemento del tipo que puede ser constatado por el juez en un caso concreto y que opera como un elemento del tipo objetivo. En vez de resultado lesivo hay peligro lesivo. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, existen indicios de peligrosidad determinados por la ley. Pero, aunque la ley releve una acción peligrosa, lo cierto es que el peligro debe ser constatado ex – post, en un caso dado (Pag. 30).

En los casos de peligro abstracto, lo que el legislador habría considerado para establecer una sanción, no es la probabilidad de que se produzca un resultado lesivo, sino la conducta peligrosa por sí misma, independientemente del peligro concreto al que el bien fuera sometido. Méndez Rodríguez (1993) sostiene que:

...hay que reconocer que el mayor “éxito” de los tipos de peligro — especialmente abstracto— se ha conseguido en la creación de tipos que protegen bienes jurídicos colectivos. O bien argumentamos que los bienes jurídicos colectivos tienen un rango tan elevado que permiten casi cualquier tipo de intervención penal, o bien afirmamos que los bienes jurídicos colectivos son formas globalizadoras de protección de los intereses más importantes que son la vida y la salud, y que, siendo éstos el auténtico objeto de protección a través de bienes jurídicos colectivos, la única fórmula viable de garantizar su integridad pasaría por la constitución de un tipo de peligro abstracto (Pág. 35)

Existen argumentos doctrinarios que no adhieren a la postura de la inexistencia de una lesión, argumentando que no se advierte la existencia de una protección generalizada cuyo principal fundamento es el mantenimiento del orden institucional, y que renunciar a la configuración de los delitos de peligro abstracto sería atar las manos del aparato legislativo. Al respecto, Creus (1995) expresa que:

Renunciar a la configuración penal de delitos de peligro abstracto importa atar las manos del derecho penal como factor de ordenamiento social... en el delito de peligro abstracto, la injuria al bien jurídico protegido está - como en cualquier

delito de simple actividad - en la conducta peligrosa misma. La visión del delito de peligro abstracto como 'delito sin injuria', se apoya en una inadvertencia: que siempre en ellos hay una protección generalizada; que no se protege la salud de determinados individuos, sino la de la población; que no se protege la tranquilidad de determinados ciudadanos, sino la tranquilidad de la comunidad que procede del mantenimiento del orden institucional (Pág. 79).

Otros autores, como Carlos Nino, encuentran dos argumentos que justifican la penalización de la tenencia de estupefacientes. El primero, denominado perfeccionista, apunta a promover comportamientos morales que no resultaren disvaliosos, como resultaría ser la auto degradación del individuo. Es decir, que el estado se arrogaría la potestad de orientar las conductas individuales de los hombres en el marco de estándares morales que considera ideales; mientras que el segundo fundamento, vinculado con el primero, se sustenta en que aquellas conductas disvaliosas del individuo afectan el orden social.

El legislador, en su afán por combatir el narcotráfico, le asignó a la tenencia de estupefacientes una magnitud de peligrosidad suprema, debido a la cual consideró que no era necesario constatar un daño concreto, tangible, sino que la mera acción de poseer la sustancia resultaba suficiente justificación para activar el aparato punitivo del Estado. La salud pública, como bien jurídico colectivo, debía primar por sobre el derecho individual de una persona a elegir un modo de vida que no se consideraba dentro de los parámetros normales requeridos por la sociedad, e inclusive, amenazaba su bienestar general y su desarrollo.

Posturas doctrinarias como las de Creus o Nino, sostienen que los delitos de peligro abstracto son herramientas del Estado que permiten optimizar su eficacia en la lucha contra el crimen, y en la búsqueda de la paz social y el bienestar general, dando por sentado que en todos los casos un interés colectivo debe primar por sobre cualquier derecho individual. No se considera que exista una violación al Principio de Lesividad,

ya que la misma conducta peligrosa, tipificada en la ley, es la que genera una injuria al bien salud pública y, por lo tanto, resulta lesiva en sí misma.

Tal como lo manifiesta Silva Sanchez (2001), las figuras delictivas de peligro abstracto han generado una expansión de los límites de injerencia del derecho penal, invadiendo espacios que podrían ser cubiertos por otros ámbitos del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido se expresa Zaffaroni (1999), argumentando que en los delitos de peligro, necesariamente debe haber existido una situación de riesgo que pueda verificarse en el “mundo real”; que la diferenciación entre delitos de peligro concreto y abstracto lo único que hace es, en el caso de los segundos, invertir la carga de la prueba, ya que realizada una determinada conducta, ésta se presumirá peligrosa, y es el mismo acusado el que deberá probar que su conducta no ha llevado aparejada peligro alguno.

En definitiva, los delitos de peligro abstracto acarrearán la posibilidad de que un bien sea puesto en peligro. Es decir, que se castiga una conducta que ni siquiera pone en riesgo un bien, pero en determinadas circunstancias (no especificadas) podría ponerlo. En base a lo expresado, ¿Amerita cercenar un derecho humano fundamental como es el respeto al ámbito privado de una persona, a desarrollar su vida en libertad como le parezca, para preservar un bien sobre el cual ni siquiera se observa claramente el perjuicio que “podría” sufrir? Definitivamente no, y así lo entiende la actual composición de la Corte Suprema.

1.5. Jerarquía normativa.

Al hablar de jerarquía entre las normas que componen un sistema legal, resulta sumamente práctico hacer referencia al jurista alemán Hans Kelsen, quien encontró en la “pirámide” la forma más apropiada de representar la relación entre las normas coexistentes dentro del sistema.

Se trata de un principio jurídico mediante el cual las normas son ordenadas de forma tal que unas prevalecen sobre otras. Ese orden de prelación puede ser establecido de acuerdo a distintos criterios (como, por ejemplo, el órgano político del cual surge la norma), y tiene como finalidad aportar unidad y coherencia al sistema.

La figura piramidal, y en referencia a nuestro sistema jurídico, alberga en su cúspide a la Constitución Nacional, como norma suprema del Estado y elemento rector de todas las otras normas inferiores. A partir de la reforma constitucional de 1994, en el mismo peldaño que la Carta Magna, se ubican los tratados internacionales de Derechos Humanos, mientras que los otros instrumentos internacionales se encuentran un escalón debajo. Descendiendo en la pirámide encontramos las leyes nacionales, las provinciales, como así también otro tipo de normas que no viene al caso analizar en el presente trabajo (decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.).

Las normas en cuestión están destinadas a proteger derechos, en este caso, el Art. 14 de la Ley 23.737 tutela el Derecho a la Salud que, como vimos, es un derecho humano fundamental para el desarrollo del individuo, en forma particular y en sociedad, y también goza de protección por parte de instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema por intermedio del Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional. En definitiva, se trata de un derecho constitucional. Por otra parte, el Principio de Reserva del Art. 19 de la Carta Magna, apunta a asegurar otro derecho humano vital como es la libertad de una persona en lo que hace a sus elecciones personales que no perjudiquen a terceros, a su intimidad, y a la no injerencia del poder del Estado en sus asuntos privados.

1.5.1. Breve reseña sobre colisión de derechos.

El conjunto de normas que coexisten en forma espacial y temporal, conforman un sistema destinado, en primer lugar, a generar un clima de paz y desarrollo en la sociedad,

mediante la protección de los bienes relevantes para la misma (bienes jurídicamente tutelados). De esa forma, y citando a Bobbio (2002): “la experiencia jurídica nos coloca frente a un mundo de relaciones entre sujetos humanos organizados establemente en sociedad mediante el uso de reglas de conducta” (Pag. 18 y 19).

Esas reglas, que orientan a los individuos a obrar de una u otra forma, afirma Kelsen (1997) en su obra *Teoría pura del Derecho*, que no deberían contradecirse. Sin embargo, puede suceder que dentro del sistema normativo, dos o más derechos reconocidos y tutelados entren en conflicto. Por ejemplo, puede existir una norma que obligue a actuar en una dirección, y otra que permita una conducta diferente en el mismo caso; o como en el caso analizado en el presente trabajo, dos derechos de igual envergadura que, ante la aplicación de una norma, se debe optar por proteger uno de ellos, en menoscabo del otro. Es por esta razón que resulta inapropiado estudiar o analizar, para el caso, una norma de forma individual, sino que debe ser observada dentro de un contexto en el cual se encuentra inserta, siendo este contexto el ordenamiento jurídico.

Al momento de presentarse una antinomia de derechos, se debe buscar de forma imperiosa una solución al conflicto, pudiendo utilizarse para ello una pluralidad de criterios, entre los cuales Bobbio (2002) destaca tres: 1) El cronológico, que establece que una norma posterior invalida una anterior (*lex posterior*); 2) El jerárquico, mediante el cual la norma jerárquicamente superior debe prevalecer sobre la norma inferior (*lex superior*); 3) El de especialidad, que sostiene que una norma especial debe primar por sobre una general (*lex specialis*). A su vez, conforme a Chiassoni (2011):

Los criterios de resolución de antinomias pueden ser definidos como aquel tipo particular de metanormas metodológicas cuya función consiste en establecer: a) cuál, de entre dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre otra; y además, b) de qué manera ésta debe prevalecer, esto es, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, o bien de un sector o subsector de aquél (Pag. 319).

Sin embargo, Bobbio (2002), esboza un concepto referido a la resolución de la antinomia al que denomina como una “incompatibilidad de segundo grado”, que surge de

esos mismos criterios, los cuales entran también en conflicto. Por ejemplo, de ninguna manera se podría emplear un criterio cronológico para aplicar una norma por sobre otra que sea de jerarquía superior.

Entonces, los criterios antes analizados, como se observa, pueden no ser suficientes para resolver todos los posibles casos conflictivos. Hay casos de antinomias a las cuales no se les puede aplicar ninguna regla ideada para la solución de antinomias, y hay casos en los cuales se pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí. Esto último da origen a los mencionados conflictos de segundo grado, que ya no se producen entre normas sino entre los criterios de solución de antinomias.

Es en este momento cuando adquiere relevancia la actuación del juzgador, en la aplicación de la ley ante un hecho concreto, que bien puede ser, como en el caso del presente ensayo, un conflicto de derechos que van más allá de una determinada cantidad de normas, sino que abarcan un gran espectro del sistema jurídico. En el Derecho a la Salud y el Principio de Reserva se sustentan un gran número de leyes que pueden abarcar desde la regulación de las obras sociales o una campaña de vacunación, hasta la libertad de culto o la afiliación a un sindicato.

1.6. Conclusiones.

Sin lugar a dudas, cada uno de los apartados correspondientes al capítulo podrían ser objeto de un extenso análisis. Sin embargo, lo que aquí se pretende bosquejar es un marco teórico doctrinario que funcione como base para comprender de mejor forma la jurisprudencia que se analiza a lo largo del presente ensayo.

En principio, debemos comprender que los intereses vitales de una sociedad se encuentran tutelados mediante normas, que esas normas protegen derechos, y que, a su vez, funcionan como límite a la actividad punitiva del Estado. También resulta importante

destacar que un ordenamiento jurídico no es un sistema rígido, y puede variar en tanto cambian los intereses sociales, debiendo el legislador adaptar las normas a las nuevas necesidades o formas de vida adoptadas.

Establecimos, a su vez, que la norma se quebranta mediante una acción típica, antijurídica y culpable, acorde los elementos constitutivos de la Teoría del Delito, y el quebrantamiento de esa norma debe generar un daño al bien jurídico tutelado, que resulta ser un derecho, tal como lo establece el Principio de Lesividad, o bien, poner en peligro dicho bien, como sucede en los delitos de peligro.

Tanto el derecho a la salud como el Principio de Reserva son bienes tutelados por el ordenamiento jurídico. Esta tutela no es solo efectivizada por leyes locales, sino que se trata de institutos valorados como fundamentales por instrumentos internacionales a los cuales nuestro país adhirió (Art. 75 Inc. 22 CN), comprometiéndose de esa forma a darles un estándar de privilegio.

La aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 genera una colisión entre el derecho colectivo a la salud y el derecho individual de privacidad. La tenencia de estupefacientes, como delito de peligro abstracto, y acorde a un sector doctrinario y jurisprudencial, genera una lesión al bien jurídico salud sin necesidad de determinar un daño concreto; mientras que otras corrientes sostienen que la penalización de esa conducta es contraria al Principio de Lesividad.

Nos encontramos frente a una situación en la cual se contraponen dos derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, presentándose lo que se denomina una colisión de derechos. Ante ello, son los Jueces quienes tienen la tarea de dirimir la dicotomía, fundando sus argumentos en las herramientas brindadas por el derecho positivo, y apelando a un mecanismo de control de constitucionalidad, con la finalidad de mantener la coherencia que todo sistema jurídico necesita.

Capítulo 2: el sujeto activo del delito de tenencia de drogas.

2.1. Introducción.

El presente capítulo, en primer término, recurre a los argumentos vertidos en los fallos “Colavini” de 1978 y “Montalvo” de 1990, a efectos de explicitar las razones por las cuales debía ser penada la tenencia de sustancias estupefacientes, en cualquier circunstancia. Luego, se observará la jurisprudencia radicalmente opuesta, que cambia la perspectiva respecto del consumidor, colocándolo como una víctima del delito de narcotráfico, y no como parte de esa estructura.

A priori, se otorgaba al Principio de Reserva postulado en el Art. 19 de la Constitución Nacional un alcance restringido al momento de confrontarlo con el Derecho a la Salud. Se sostenía que el consumo de drogas no podía ser considerado un derecho y, por consiguiente, de ninguna forma podría la actividad de poseer o consumir esas sustancias contar con resguardo legal alguno.

Toda actividad relacionada con sustancias prohibidas (tenencia, consumo, tráfico, cultivo) no debía resultar exenta de la intervención punitiva del Estado, ya que afectan, acorde a los fallos en cuestión, la moral de una sociedad, su salubridad y la seguridad pública indispensable para alcanzar un estado de bienestar que permita la convivencia armoniosa de los individuos que componen la sociedad.

No podía considerarse el consumo de drogas como un simple vicio individual que solamente genera la autolesión del consumidor, ya que dicho acto va más allá de eso, influenciando negativamente en la ciudadanía debido a su poder de propagación,

fundamentando eso en la tendencia de los consumidores a querer compartir su experiencia con otras personas.

Tal como observaremos en el desarrollo del capítulo, en el Fallo “Colavini” el consumidor es considerado parte de una estructura delictiva; un eslabón de la cadena (el último) al cual se debe combatir, ya que si éste no existiera, no habría interés en producir ni en comercializar la sustancia. Mientras que en la jurisprudencia de “Montalvo”, se tiene una visión utilitarista del consumidor, cuyo castigo lograría un efecto disuasivo ante aquellos que tuvieran intenciones de acercarse a las drogas.

2.2. El sujeto activo del Art. 14 de la Ley 23.737. Imputabilidad.

Anteriormente, observamos los elementos constitutivos de la Teoría del Delito, siendo uno de ellos la “culpabilidad”, que determina la situación de una persona en lo que respecta a su voluntad al momento del hecho, a su intencionalidad, y al resultado que buscaba llevar a cabo mediante la acción típicamente antijurídica. Pero no solo se debe establecer si una conducta fue dolosa (manifiesta intención de producir el daño) o culposa (mediando negligencia, imprudencia, o impericia), también se debe determinar la capacidad psíquica del sujeto, es decir, si es imputable o no.

Podríamos definir la imputabilidad como un conjunto de facultades que debe reunir la persona, para que pueda ser considerada responsable de la comisión de un delito. No se pretende determinar si el sujeto ha cometido la acción ilícita, ya que ésta se encuentra comprobada, sino que busca establecer si es factible formular un reproche de culpabilidad contra aquel, si se lo puede hacer responsable de su conducta.

Para que una persona sea imputable debe gozar de un estado mental que le permita conocer y comprender las normas a las cuales atenerse. Atento a ello, corresponde decir que no son imputables, entre otras, aquellas personas con enfermedades mentales o

insuficiencias de esas facultades, y así lo establece no solo la doctrina, sino también el Art. 34 de nuestro Código Penal. Si los adictos están contemplados en la Ley de Salud Mental, bien se podría discutir su imputabilidad.

Sin adentrarnos en el campo de la medicina, no es ilógico afirmar que dichas insuficiencias mentales pueden ser generadas, aunque sea de forma temporal, por la ingestión de sustancias (como el alcohol o las drogas) que generen una disminución de la capacidad cognoscitiva.

La evaluación de imputabilidad de un individuo consiste en determinar la cualidad psíquica de una persona, para que pueda ser considerada responsable de la comisión de un delito. Se debe establecer si es factible formular un reproche de culpabilidad contra aquel. Para que una persona sea imputable debe gozar de un estado mental que le permita conocer y comprender las normas a las cuales atenerse. El adicto, a partir de cierta frecuencia de consumo, indiscutiblemente, sufre una insuficiencia de sus facultades mentales.

Los consumidores de estupefacientes son individuos “con serias dificultades para su desenvolvimiento físico e importantes alteraciones en su integridad psicológica... en algún temprano momento del desarrollo de su enfermedad, el adicto es absolutamente incapaz de regular su conducta ...” (Fallo “Bazterrica”, del voto del Dr. Petracchi, Considerando 23°, 1986).

Aún en la jurisprudencia que castiga la tenencia para consumo personal, se reconoce que el sujeto activo del delito es una persona con graves problemas físicos, psíquicos, de integración social, y con dificultades para conducir su propia existencia. La adicción a las drogas influye negativamente en la persona, induciéndolo en muchas oportunidades a realizar acciones contrarias a lo esperado por la comunidad, y violatorias de las normas establecidas. El Art. 14 de la Ley 23.737, como una de esas normas, castiga

al sujeto poseedor de drogas, como hemos visto, con prescindencia del uso que se le fuera a dar a las mismas.

Aquel sujeto castigado, probablemente se encuentre en un estado en el cual necesite de la sustancia para aplacar su abstinencia. Se trata, entonces, de una persona alterada en su capacidad volitiva y limitado notoriamente en su capacidad de actuar, de dirigir sus acciones acorde lo establecen las normas.

Si podemos suponer que el consumo de sustancias vuelcan al individuo a acciones antisociales y antijurídicas (como se establece en “Colavini” y “Montalvo”), también podríamos manifestar que el delito tipificado en el Art. 14 de la Ley 23.737 es cometido por una persona que pretende con el acceso a la droga subsanar determinadas carencias físicas o psíquicas en las cuales se encuentra inmerso por la falta de la sustancia, y busca en ella un momento de bienestar personal.

El informe técnico 116/1957 de la Organización Mundial de la Salud define a la drogadependencia como un estado de intoxicación producido por el consumo repetido de una droga (natural o sintética) y caracterizado por el deseo dominante para continuar tomando la droga y obtenerla de cualquier manera.

Si a lo expresado ut supra, se lo analiza considerando el principio “pro homine”, establecido en el Art. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Art. 29° de la Convención Americana, que establece que:

“...siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de octubre de 1985).

Lo establecido en el principio en cuestión, resulta compatible con los argumentos vertidos en jurisprudencia como “Bazterrica” (1986) o “Arriola” (2009), más que con aquellos justificantes del castigo al tenedor de sustancias para consumo personal. Por esos

motivos, y ante la duda respecto de las capacidades de una persona para conducir sus actos, la jurisprudencia debería volcarse hacia la inimputabilidad de aquel individuo en lo que se refiere a su accionar al momento de poseer drogas, siempre que esa tenencia tenga como finalidad el propio consumo.

El Art. 14 de la Ley 23.737 castiga a aquel que tenga en su poder estupefacientes, así sean para consumo personal. Si fueran para consumo personal, cabría la posibilidad de que se trate de una persona adicta, lo cual la haría pasible de las protecciones ofrecidas por la Ley de Salud Mental, más que de una sanción penal. En cualquier caso, se debería determinar si el sujeto que comete la conducta es un traficante o un consumidor, y en éste último caso, si es adicto u ocasional, a efectos de establecer una sanción.

Algunos autores como Bustos Ramirez (1987), sostienen que las visiones tradicionales sobre imputabilidad parten de la idea errónea de que existen valores sociales objetivos absolutos. Por eso, elabora una teoría sociológica que cuestiona la existencia de un solo mundo social, y hace referencia a las “subculturas”, afirmando que el entorno social de un individuo puede rechazar, en cierta forma, los valores hegemónicos y absolutos de un Estado. Esta situación, sostiene el autor, no puede ser pasada por alto al momento del enjuiciamiento.

2.2.1. El sujeto activo y el derecho penal de autor.

Nuestro Código Penal describe conductas que, llevadas a cabo por un individuo, éste es pasible de una sanción, de un reproche penal. Atento a ello, se puede establecer una vinculación entre una figura tipificada y una acción u omisión punible. Tal como señala Roxin (2003):

El Derecho penal del hecho (del acto) es una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo (pág.. 176).

Acorde a esa definición, se castiga a la persona por lo que “hace”, por sus actos consientes y libres, por las acciones conocidas y queridas, que son expresamente previstas por la ley como dañosas a determinados bienes tutelados por el ordenamiento.

Contrariamente, en el derecho penal de autor la pena se vincula a características personales del individuo, no se lo castiga por lo que hace, sino por lo que “es”; se establece una sanción por características psicofísicas o personales que se consideran peligrosas para la sociedad.

El Derecho penal de autor, conforme sostiene Zaffaroni (1998), se esfuerza por captar personalidades, y no acciones; no se castiga el delito de hurtar sino la cualidad de ser ladrón. Acorde a ello, en el delito de tenencia de estupefacientes, siendo éstos para consumo personal, se estaría castigando al adicto por su condición de tal, fundando el castigo en un potencial peligro, más que en el hecho en sí.

Existe un delito, porque el sujeto lleva a cabo la conducta tipificada en el Art. 14 de la Ley 23.737, entonces se podría afirmar que no se aplica un derecho penal de autor, sino de acto. Que no se castiga a la persona porque es consumidor, sino por el hecho de tener en su poder estupefacientes. Sin embargo, a lo largo del trabajo, se podrán observar argumentos, en profundidad, que pondrán en duda esa afirmación.

2.3 El consumidor como parte de la estructura del narcotráfico.

El consumo de drogas influye negativamente en el individuo, en eso debemos estar de acuerdo. Deteriora sus capacidades físicas y psíquicas, pudiendo verse imposibilitado de desarrollarse plenamente dentro de la sociedad. En base a ello podríamos, también, pensar que debido al deterioro de sus capacidades y a las limitaciones personales generadas por el consumo de drogas, la persona pueda cometer conductas antisociales, o bien, volcarse a actividades delictivas. Tal como sostiene la jurisprudencia, “...no deben subestimarse los datos de la común experiencia que ilustran

acerca del influjo que ejerce el consumo de drogas sobre la mentalidad individual que, a menudo, se traduce en impulsos que determinan la ejecución de acciones antisociales...” (Fallo “Colavini”, del voto unánime de los miembros de la Corte Suprema, Considerando 15°, 1978).

En el Fallo “Montalvo” (1990), el Procurador General hace referencia a algunas características de los adictos, extraídas del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados en momentos en que se debatía la sanción de la Ley 23.737, son las siguientes: “el adicto suele ser un medio de difusión del vicio” (8 de marzo de 1989, Pág. 7782); “la propia actividad del consumo es por esencia colectiva y el adicto busca a quienes compartan sus experiencias” (15 de marzo de 1989, Pág. 7835). El adicto, por ello, sería propenso a “contagiar” su vicio a otras personas.

“En cuanto a los consumidores, la cadena tiene tres eslabones fundamentales, de los cuales ellos constituyen el último, los dos primeros corresponden al productor y al traficante. Desde luego, cuando los consumidores son muchos atraen al tráfico... La realidad demuestra que en tanto existan consumidores hay tráfico, y que cuando hay consumidores también está la droga clandestina. Y si se tiene droga clandestina es porque los consumidores, de alguna manera, estimulan su tránsito hacia el país afectado” (Fallo “Montalvo”, del voto de la mayoría, Considerando 23°, 1990).

Acorde a aquella jurisprudencia, se desprenden dos claras posturas respecto de quien tiene estupefacientes. Una lo coloca como el último eslabón de la cadena del narcotráfico, es decir, se lo considera parte de la estructura a combatir. El Estado tiene la misión de eliminar, o reducir a una mínima expresión, la existencia de consumidores, porque de no existir éstos no habría interés alguno en la elaboración y oferta de sustancias prohibidas. Otro punto de vista, cataloga al consumidor como una suerte de medio propagador del consumo. Se asegura que le es inherente una tendencia a querer compartir sus experiencias con otras personas, motivo por el cual el Estado debe castigarlo, generando de esa forma un escarmiento al propio consumidor y, a su vez, lograr un efecto

disuasivo sobre aquellos que tuvieran intenciones de vincularse, de una forma u otra, a las drogas.

“Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. El efecto "contagioso" de la drogadicción y la tendencia a "contagiar" de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar.” (Fallo “Montalvo”, del voto de la mayoría, Considerando 11°, 1990).

Para la jurisprudencia de la época, no necesariamente se debía probar una determinada actividad del consumidor tendiente a incorporar a otras personas al consumo de drogas, sino que esa tendencia se daba por acreditada debido a características personales del adicto.

La doctrina “Colavini” (1978) justifica la penalización del consumo en un consenso social que establecía la peligrosidad de esta actividad y su posibilidad de propagación, atentando contra la paz social. Los consumidores necesariamente se vuelcan a actividades delictivas, más aún aquellos de bajos recursos que necesitan el dinero para acceder a las sustancias. Otros que, contando con recursos económicos, y sin necesidad de recurrir al robo, posiblemente podrían volcarse a otras actividades como las llevadas a cabo por organizaciones subversivas, atentando de esa forma contra el orden constitucional.

“Habida cuenta del consenso imperante en la sociedad moderna acerca de los gravísimos efectos, tanto de índole física como psíquica, que acarrea el uso de estupefacientes, no puede válidamente sostenerse, a mi juicio, que la acción de consumir tales drogas no pueda ser prohibida en atención a consideraciones fundadas en la necesidad de salvaguardar la salud de la comunidad. Así lo pienso, ya que actos de esa naturaleza importan, de por sí, el riesgo previsible, especialmente en punto a su posibilidad de propagación, de secuelas altamente dañosas al bienestar y seguridad general que justifica la intervención del legislador para conjurar dicho peligro. Por otro lado, la degeneración de los valores espirituales esenciales a todo ser humano, producidos a raíz del consumo de estupefacientes, hacen que esta acción exceda el calificativo de un simple vicio individual, pues perturba, en gran medida, la ética colectiva, constituyendo un ejemplo al que el Estado, sobre quien recae el deber de tutelar la moralidad pública, no puede prohiar” (Opinión del Procurador General de la Nación, Fallo “Colavini”, Considerando 4°, 1978).

“Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comprable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos

pretéritos la diezmaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización” (Fallo “Colavini”, del voto unánime de los miembros de la Corte Suprema, Considerando 5°, 1978).

El consumidor era considerado responsable de la propagación del consumo de drogas, por tenerla, venderla, o consumirla, sin importar la verdadera finalidad. Se trata, entonces, de un ser ocioso, disminuido en sus facultades físicas y psíquicas, que mediante su accionar delictivo atenta contra la moralidad, la salubridad, la seguridad, y la existencia misma de la civilización.

“...por lo general, el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento, y después, al ser detenido, declara que la droga es para uso personal y así la relación entre el tenedor y el traficante se consolida y hasta lo hace aparecer exclusivamente como "víctima del mal" cuando ello es sólo parcialmente cierto” (Fallo “Montalvo”, del voto de la mayoría, Considerando 16°, 1990).

La Corte Suprema de Justicia, mediante sus postulados, daba por sentadas diversas circunstancias, hipotéticas, que fundamentaban la sanción penal. El tenedor de sustancias estupefacientes, entonces, de cualquier forma, influía negativamente sobre la sociedad; aunque la tenencia fuera para consumo personal, y sin hacer ningún tipo de ostentación del consumo, podría llegar a hacerla en algún momento, dada la cualidad de los adictos de compartir su vivencia. Si poseía la sustancia, probablemente la comercializaría para seguir abasteciéndose, o bien, incurriría en otros delitos para hacerse de los recursos necesarios. También, tal como se establece en “Colavini” (1978), si se trataba de un consumidor que contara con recursos y no hiciera ostentación de la actividad, dados los acontecimientos de conflictividad social suscitados en aquellos tiempos, éste podría volcarse a realizar acciones subversivas, poniendo en riesgo la existencia misma del Estado.

Resulta imposible no observar en la jurisprudencia de “Colavini” (1978) el componente ideológico de la época (gobierno militar). El Estado había determinado en aquel entonces una relación directa entre los usuarios de drogas y las actividades delictuales, entre ellas las subversivas, y se debían erradicar sin importar los medios para arribar a ese fin.

En cualquiera de sus formas, y sin importar la finalidad de la tenencia de drogas, ésta debía ser reprimida. De esta manera, se interpretaban restrictivamente los alcances protectorios del Art. 19 de la Constitución Nacional, en clara preponderancia del derecho a la salud (en su más amplio sentido).

Debemos reconocer que el narcotráfico es una de las actividades delictivas que más deberían preocupar a los gobiernos, debido a la capacidad destructiva sobre los individuos que consumen las drogas, como así también sobre las sociedades donde el flagelo ha cobrado grandes dimensiones. Sin ninguna duda, es deber de los Estados brindar a sus habitantes las condiciones necesarias para que éstos se desarrollen y, por tal motivo, es acertado que utilicen todas las herramientas al alcance a efectos de lograr ese fin.

El problema se suscita cuando alguna de las herramientas utilizadas resulta contraria a derechos fundamentales de los seres humanos, como en el presente caso, el derecho a la intimidad y a la privacidad del hombre. La Ley 23.737 tiene como finalidad combatir el narcotráfico, sin embargo, su Art. 14 incorpora como último eslabón de la cadena delictual al consumidor.

Es evidente que sin consumidores no habría tráfico de drogas, no existiría la demanda y por tal motivo tampoco la oferta. Pero allí es donde encontramos el problema. El consumidor existe, y acorde la legislación vigente (Ley de Salud Mental), debe ser tratado como una persona enferma y no como un eslabón en la estructura ilícita del

narcotráfico. Misma perspectiva establece la jurisprudencia actual. En el presente capítulo hemos observado algunas características que establecen el posicionamiento de aquel que posee drogas con fines de consumo en una situación que amerita la intervención del Estado desde un aspecto asistencial, dejando de lado aquella actitud punitiva.

Este cambio elaborado por la Corte Suprema, interpretando el derecho en una forma asistencialista y beneficiosa a los fines curativos de los consumidores de drogas (que pueden ser adictos o no, ya que se trata de un proceso paulatino), resulta de vital importancia en lo que respecta a la situación de éstos.

Es evidente que la sanción al consumidor tiene, únicamente, un fin utilitarista, ya que resulta más fácil sancionar que prevenir y asistir. El concepto de que el consumidor es una suerte de propagador del consumo es erróneo. Pueden existir situaciones en las cuales un individuo ofrezca drogas a otro, o bien, que realice ostentación del consumo, situaciones que la Corte no contempla como ajenas a una sanción. La Corte aclara expresamente en el fallo “Arriola” (2009) que de ninguna forma se despenaliza la droga, sino que se despenaliza su consumo y, para consumirla, la situación previa es tenerla. Quien posea drogas, no será pasible de sanción, siempre y cuando la finalidad no sea otra que el consumo personal. El acto de tener la sustancia en dichas condiciones se encuentra contemplado dentro de los alcances del Principio de Reserva establecido en el Art. 19 de nuestra Carta Magna.

La “tendencia a contagiar” de los drogadictos, como se asegura en el caso “Montalvo”, no es más que una apreciación carente de objetividad, que pretende generalizar una situación que es particular. Seguramente habrá adictos que ofrecen drogas, y otros que no. Lo que sí es seguro, es que resulta inconcebible que se etiquete a una persona dando por sentada una conducta que quizás no realice, por el simple hecho de ser adicto. De esta forma, se aplica un derecho penal de autor, sancionando a una

persona por lo que es (un adicto) y no por lo que hace. Siempre se debe tener en cuenta que el ordenamiento jurídico juzga conductas, y no estilos de vida o características personales que hacen al proyecto de vida de cada individuo, en lo que concierne a su esfera de libertad individual, tutelada sin ningún tipo de dudas por el Art. 19 de la Constitución Nacional, y por diversos Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema luego de la reforma constitucional de 1994 (Art. 75, Inc. 22).

Otra de las cuestiones controvertidas, radica en asegurar una relación entre consumo de drogas y delincuencia. Donde se ve claramente reflejada esta cuestión es en el Fallo “Colavini” de 1978, vinculando al adicto a actividades “delictivas y/o subversivas”, con el único fundamento de consumir drogas. Habría adictos delincuentes y/o subversivos, y otros que no lo eran. Quizás esa relación se encontraba marcada por diversos acontecimientos políticos y sociales, motivo por el cual la Corte de aquellos tiempos debía enviar un mensaje de “orden” a la sociedad, habida cuenta de que si bien existe un sistema republicano de Gobierno, donde los Poderes del Estado son independientes, no se debe desconocer la necesidad de articular ciertos aspectos de política criminal que pueden ser variables, en consonancia con las necesidades de cada época.

Sin embargo, y al margen de cualquier coyuntura social y/o política, el texto de “Colavini” (1978) utiliza una terminología potencial respecto de las consecuencias derivadas de la acción de consumir estupefacientes: “riesgo previsible”, “posibilidad de propagación”, “riesgo potencial”. En definitiva, nada concreto. Especulaciones que pueden suceder, o no. Lo que es indiscutible, es que el Estado no se puede arrogar la facultad sancionar a un individuo porque “quizás, podría llegar a cometer un delito”.

2.4 El consumidor como sujeto de derechos.

Las teorías elaboradas en los fallos “Colavini” (1978) y “Montalvo” (1990) son rechazadas en la jurisprudencia de “Bazterrica” (1986) primero, y “Arriola” (2009) posteriormente. Éstas dos últimas, colocan al hombre como eje del sistema normativo y como un fin en sí mismo.

La jurisprudencia vigente realiza una ponderación diferente de los principios en juego, de los derechos comprometidos, centralizando las premisas fundamentales en la libertad individual del ser humano, en su libertad, su intimidad, y su capacidad de elegir una forma de vida de acuerdo con sus creencias y convicciones, sin que el Estado interfiera, siempre y cuando no se afecten de forma concreta derechos individuales o colectivos de terceros.

“... aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor” (Locke, John, “Segundo Tratado sobre el gobierno civil”, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990).

Es función del Estado preservar al hombre, como unidad de la sociedad que pretende proteger, preservar su propiedad y, fundamentalmente, su libertad. Las restricciones a esa libertad deben estar cuidadosamente delimitadas, ya que el exceso de aquellas, indefectiblemente, se traducen un directo ataque a la libertad del individuo, a su proyecto de vida y a su dignidad. De esa forma, se estaría influenciado negativamente sobre un imperativo proclamado por Séneca, que establece lo sagrado que debe ser el hombre para el hombre (“homo res sacra homini”) y, asimismo, se violarían preceptos de Derechos Humanos de carácter internacional receptados por nuestra legislación.

2.4.1. Los alcances de la reforma constitucional de 1994.

La reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994, incorpora a nuestra legislación, con rango constitucional y mediante el Art. 75 Inc. 22 de la Carta Magna, tratados internacionales de Derechos Humanos que otorgan a la persona un estatus primordial en lo que hace a su libertad y el respeto de sus derechos. Claramente, se establece un límite a cualquier tipo de injerencia arbitraria de los Estados sobre el individuo (Art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

“... que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que, realizadas bajo determinadas circunstancias, no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional” ... “De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial” (Fallo “Arriola”, del voto unánime de los miembros de la Corte Suprema, Considerandos 31° y 32°, 2009).

Ya en la jurisprudencia de “Bazterrica” (1986), se consideraba que la respuesta punitiva del Estado al consumo de drogas resulta manifiestamente extrema, y que se debía apelar a medios alternativos que resulten menos nocivos y eviten el "etiquetamiento" del consumidor de la droga como delincuente, condicionándolo con un antecedente penal para el resto de su vida. ¿Le va a resultar fácil rehabilitarse, conseguir un trabajo, contando con antecedentes delictivos?

Luego de la reforma constitucional, la idea de que la criminalización del consumidor no resulta ser una herramienta efectiva en la lucha contra el narcotráfico, es consolidada. A su vez, se establece que el sujeto activo del delito de tenencia de estupefacientes, deja de serlo para transformarse en un sujeto al cual el Estado tiene la

obligación de observar desde un punto de vista asistencial, médico, y nunca desde sus órganos punitivos, ni para castigarlo, ni para utilizarlo como medio para arribar a un fin (aspecto utilitarista).

“Que, en consecuencia, si lo que siempre ha prevalecido y debe prevalecer es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia con el cambio acaecido a partir de la aludida reforma constitucional, que explícitamente incorpora a la salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 26º, 2009).

Tal es considerado el precedente “Bazterrica” (1986) en la jurisprudencia actual elaborada en “Arriola” (2009), que se acude a aquella en numerosos pasajes de ésta, sosteniendo que resulta la adecuada debido a su consonancia con los preceptos internacionales de Derechos Humanos incorporados a partir de la reforma constitucional.

Consecuentemente con esos postulados internacionales, la legislación local sancionada luego de la reforma, se encuentra en consonancia con los mismos, tal como se puede apreciar en el Art. 1 de la Ley 24.455 (sancionada en 1955), la Ley 24.754 o la Ley 26.657 de Salud Mental, donde se coloca al adicto como un individuo pasible de asistencia médica.

Lo que se debe evaluar, en definitiva, es la sanción penal de un individuo por la comisión de un delito catalogado como de peligro abstracto, donde no se puede establecer un daño concreto, tangible, producido sobre algún bien, mientras que los argumentos apuntan a una posibilidad de daño. Adquiriendo mayor relevancia la situación cuando, a partir de la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737, en defensa del Derecho a la Salud, se restringen los postulados constitucionales, e internacionales, establecidos en el Principio de Reserva.

2.5. Conclusiones.

No existen dudas de que el Estado debe utilizar todas las herramientas disponibles para brindar a la sociedad la paz social y el bienestar correspondientes. De igual forma, esas herramientas deben respetar los derechos individuales de los hombres que conforman la sociedad que pretende proteger. El individuo es eje de todo el ordenamiento jurídico.

La reforma constitucional de 1994 incorpora a nuestra legislación tratados internacionales de derechos humanos que establecen la importancia de otorgar al hombre la libertad de desarrollarse de la manera que elija hacerlo, siempre que sus acciones no perjudiquen a terceros.

El hombre que consume estupefacientes, y en esto acuerdan tanto las posturas en contra de la penalización de la tenencia como las que están a favor, se encuentra disminuido en sus facultades mentales, producto de su adicción. En lo que respecta a su imputabilidad, es evidente que al menos el Estado se tendría que plantear la posibilidad de que esa persona pudiera ser abordada desde un punto de vista médico, antes que desde el poder punitivo estatal, ya que, a su vez, esa es la forma de abordaje que establecen los tratados internacionales a los cuales se ha adherido. Incluso, la legislación nacional recepta esos postulados en la Ley de Salud Mental, mientras que la jurisprudencia hace lo mismo en el fallo “Arriola” (2009). Al mismo tiempo el Principio “pro homine” establece que siempre se debe elegir aplicar las medidas que resultaren menos restrictivas a los derechos del individuo.

Lo dicho anteriormente también descarta la posibilidad de colocar al individuo adicto como uno de los eslabones de la estructura del narcotráfico. La relación entre consumo y delincuencia (o subversión en su momento) que se ha pretendido instalar no tiene ningún argumento válido que justifique la limitación de un derecho fundamental como es la privacidad de las personas, cuando no se genere daño concreto alguno.

Resulta inconcebible que se castigue a un individuo cuyas facultades físicas y psíquicas se encuentran disminuidas, argumentando que debido a su condición podría llevar a cabo conductas antisociales, o intentaría propagar el consumo de drogas.

Capítulo 3: el Art. 14 de la Ley 23.737 y la implementación de la política criminal del Estado.

3.1. Introducción.

Podemos definir la política criminal de un Estado como el conjunto de respuestas a diferentes acciones consideradas, acorde a la legislación vigente, como delictivas. Esas respuestas se encuentran en el sistema normativo y pretenden proteger los bienes jurídicos individuales y colectivos. Entre los bienes tutelados podemos encontrar el Derecho a la Salud, como así también el derecho individual de las personas a llevar adelante su vida de la forma que deseen, sin injerencias de Estado en tanto sus actos no dañen derechos de terceros.

La política criminal de nuestro país, mediante la sanción de la Ley 23.737 (vigente en la actualidad), establece en su Art. 14 que la sola tenencia de sustancias estupefacientes representa un peligro para la salud pública. Por tal motivo, esa figura legal de peligro abstracto, le otorga al narcotráfico una trascendencia vital, pudiendo establecer que el legislador determinó al momento de la sanción de la norma, que resultaba adecuado restringir parte de la libertad que le corresponde al hombre por su calidad de tal, en beneficio de la totalidad de la sociedad, a efectos de librarla de las consecuencias del narcotráfico, o reducir esa actividad a su más mínima expresión.

En el presente capítulo, se desarrollan aspectos relacionados a las formas adoptadas por el Estado para combatir el delito de narcotráfico, y los argumentos jurisprudenciales esgrimidos que justifican el empleo de las herramientas utilizadas. La

implementación de determinados medios, en algunos casos, puede resultar restrictiva de otros derechos, o bien, priorizar la aplicación de una norma en detrimento de otra u otro derecho, por considerar el órgano jurisdiccional que se debe ponderar aquella.

Así se observa en el caso bajo examen, donde una rama jurisprudencial considera que, acorde a la política criminal llevada adelante por el Estado en lo que hace al combate del narcotráfico, la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 que sanciona la tenencia de estupefacientes resulta oportuna, en detrimento del Principio de Reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución Nacional, en razón de peligrar el Derecho a la Salud, como derecho de interés colectivo.

Otra corriente jurisprudencial, vigente a la fecha, por el contrario, sostiene que la política criminal debe tener un límite, y este se encuentra en el respeto de los derechos vitales del hombre, como su intimidad, privacidad, y la libertad de escoger un modo de vida acorde a sus creencias, sin que la actividad estatal, alegando cuestiones de política criminal que pretendan ser superiores a un derecho individual, interfiera en su elección de vida, siempre y cuando que de esa elección no resulte un menoscabo a derechos de terceros o se ponga concretamente en peligro, de alguna forma, la seguridad de la comunidad.

3.2. El contexto político y su reflejo en la jurisprudencia.

Si bien no se pretende profundizar en cuestiones netamente políticas, que van más allá del trabajo que nos ocupa, debemos hacer mención al contexto histórico en el cual se dan los fallos bajo examen.

Durante el año 1978, momentos en que la Corte Suprema de Justicia se expide en el fallo “Colavini”, nuestro país se encontraba bajo el control de las Fuerzas Armadas. La

conflictividad social iba en aumento y, al mismo tiempo, se restringían garantías constitucionales en pos de intentar controlar determinadas situaciones de violencia que alteraban la paz social.

La política criminal del Estado, en aquellos tiempos, pretendía relacionar el narcotráfico y el consumo de drogas con acciones antisociales de delincuencia común y con la captación del adicto (debido a sus limitaciones físicas y psíquicas) por parte de organizaciones subversivas, tal como lo establece literalmente la jurisprudencia de “Colavini”. La proliferación de una actividad como el consumo de drogas, definida por la jurisprudencia como una calamidad, una peste, o tan catastrófica como una guerra, tendía a profanar los valores éticos, morales, y sociales de la comunidad. Ante tal situación “...resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal...” (Fallo “Colavini”, del voto unánime de los miembros de la Corte Suprema, Considerando 6°, 1978).

Al referirse a aplicar todos los medios conducentes que resultaren idóneos para combatir el narcotráfico, es evidente que el máximo órgano jurisdiccional interpreta la legislación dando preponderancia a la lucha contra las drogas, en detrimento de derechos individuales. A su vez, el acto de consumir estupefacientes no podía ser tutelado por norma o derecho alguno, y debía ser reprimido a efectos de salvaguardar la existencia misma del Estado.

Ya en el año 1986, y con la vuelta de un gobierno democrático, la Corte Suprema de Justicia se expide en el fallo “Bazterrica”, de una forma diametralmente opuesta a la doctrina sentada en “Colavini” (1978). Quizás, se podría interpretar que “Bazterrica” (1986) es la devolución a la sociedad de aquel derecho a la intimidad restringido en la anterior jurisprudencia. El contexto social y político había cambiado, y con ello la

interpretación de la Corte Suprema respecto de la aplicación de una sanción penal al tenedor de sustancias estupefacientes, poniendo un freno al poder punitivo del Estado y a esa política criminal implementada durante años anteriores. Se establece en “Bazterrica” (1986) que:

“La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos” (Fallo “Bazterrica”, del voto del Dr. Petracchi, Considerando 5°, 1986).

El Dr. Petracchi propone reconsiderar la situación. Es decir, ponderar nuevamente circunstancias relacionadas con la oportunidad, el mérito, y la conveniencia de aplicar una norma restrictiva de derechos inherentes a la persona, basado en un contexto histórico diferente a aquel donde determinados derechos se veían restringidos. Hace referencia, a su vez, a la reconstrucción de un orden jurídico que, desde su punto de vista, se encontraba quebrado.

La política criminal, acorde al Dr. Petracchi, se encuentra fundamentada en razones jurisprudenciales que son analizadas por el magistrado en “Bazterrica” (1986), y que en base a ellas se aplica una política de persecución al usuario de drogas. Las razones esgrimidas, acorde a su criterio, son tres: 1) Juicios de carácter ético; 2) La influencia de una política global de represión; 3) La creación de un peligro social grave. Son analizadas, una por una, a continuación.

3.2.1. Juicios de carácter ético.

Existen quienes sostienen que la simple conducta de consumir drogas atenta contra la moralidad y la ética de la sociedad. Sin importar conductas posteriores del

individuo, es decir, dejando de lado una potencial peligrosidad derivada de la alteración de sus facultades psíquicas, se considera la simple tenencia de droga (aunque fuera para consumo) como una conducta pasible de reproche penal en sí misma. Respecto de esta cualidad negativa asignada a la acción de consumir drogas, el Dr. Petracchi sostiene que se trata de una cuestión puramente filosófica, y puede variar de acuerdo a los diversos puntos de vista.

La realidad, es que una conducta no puede ser penada por el simple hecho de que un sector de la sociedad (aunque sea mayoritario) considere que no satisface sus parámetros éticos.

“Ahora bien, aun si se considerara que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos "standards" éticos de nuestra comunidad, no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con prescindencia de los peligros y daños efectivos que produzca. Existen múltiples conductas de las cuales podría afirmarse, sin demasiado riesgo de error, que constituyen un paradigma de coincidencia valorativa en nuestra comunidad. En este sentido, la mayoría de los argentinos estarían dispuestos a considerar violatorias de las más elementales normas éticas a conductas tales como despreciar a los propios padres o a los hijos...” (Fallo “Bazterrica”, del voto del Dr. Petracchi, Considerando 17°, 1986).

La política criminal de un Estado, mediante su derecho positivo, no puede establecer sanciones por cuestiones morales o éticas, ya que no se trata de establecer un modelo que resulte moralmente aceptable, sino de instaurar un sistema normativo que genere las condiciones adecuadas para el desarrollo del individuo inserto en la sociedad, intentando respetar las creencias, las costumbres, y los estilos de vida que cada uno pretenda llevar a cabo, siempre respetando los derechos de terceros.

“Es perfectamente justo y legítimo considerar buenas las costumbres y los modales que nuestros padres nos enseñaron y sagrados los ritos y normas sociales que nos han legado las tradiciones de nuestra cultura. Pero también debemos tener buen cuidado de no considerar inferiores las normas y ritos sociales de otras culturas; es necesario luchar con toda la fuerza de nuestro raciocinio contra esta propensión natural ...” (Konrad Lorenz, "Sobre la agresión, el pretendido mal", p. 96, 3ª ed., México, noviembre de 1974).

La esencia del Art. 19 de la Constitución Nacional es otorgar al hombre un ámbito de libertad en el cual pueda desarrollarse en plenitud, y en el cual el Estado no puede intervenir con el objeto de modificar su modo de vida, obligándolo a transitar un camino determinado, cuando ese camino que se encontraba recorriendo por voluntad propia, y en legítimo uso de su derecho a la libertad, no se traducía en un daño concreto a otra persona o a la comunidad.

La política criminal y las normas que componen un sistema jurídico deben tener como finalidad mantener la convivencia entre las personas y brindar las condiciones necesarias para que vivan armoniosamente y de acuerdo a las formas que cada uno elija. El sistema no puede castigar por cuestiones éticas o morales sin que exista un daño concreto. La convivencia armoniosa de una sociedad debe basarse también en la tolerancia a las costumbres y formas de vida del otro, mientras el ejercicio de sus derechos no perjudiquen los derechos de otro.

3.2.2. La influencia de una política de represión.

Se ha observado en el capítulo anterior, que uno de los argumentos que justifican la sanción penal a la tenencia de estupefacientes, adoptan una visión utilitarista del sujeto activo del delito tipificado en el Art. 14 de la Ley 23.737. El adicto era un recurso utilizado, por cuestiones vinculadas a política criminal, como un medio para arribar al narcotraficante. Se sostenía que sancionando al consumidor, éste seguramente aportaría información valiosa que permitiría dar con el traficante.

“... pensar que el consumidor, al ser calificado como delincuente, estará a disposición de la autoridad para poner en evidencia al proveedor, significa argumentar sobre la base de prácticas de prevención del delito correspondientes a una estructura de hábitos autoritarios que entraña riesgos no menos graves que el propio hecho del consumo de estupefacientes. Tal pensamiento supone olvidar que nuestra Constitución Nacional otorga a todos los habitantes el derecho a no declarar contra sí mismos (art. 18). Afirmar que quien es detenido por tener en su poder, por ejemplo, un cigarrillo de marihuana para

su consumo personal, declarará sobre el acto de tráfico del que por consiguiente se hace responsable sólo tiene sentido si se transforma la garantía del art. 18 de la Constitución en un puro verbalismo, y se obedece a una práctica represiva para obtener información que nuestro país intenta desterrar definitivamente, y cuyos efectos perniciosos sobre la sociedad no son menores que los que se pretenden combatir con las providencias contra la drogadicción. La persecución penal o la acción policial sobre las víctimas de conductas ilícitas no puede ser concebida como un medio apto para evitarlas” (Fallo “Bazterrica”, del voto del Dr. Petracchi, Considerando 18°, 1986).

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana, establecen el Principio de la Dignidad del Hombre, catalogándolo como un fin en sí mismo y alegando que no puede ser utilizado con fines utilitaristas. Sancionar penalmente a un adicto como técnica de investigación contraría notoriamente ese principio, y coloca al individuo en una situación semejante a una herramienta, a un medio para arribar a un fin. Sería considerado como una suerte de sacrificio que debe realizarse con el objeto de arribar a un resultado promisorio en la lucha contra el narcotráfico. Una política criminal que restringe derechos y utiliza medios de investigación concernientes en determinar como un mal menor la sanción penal a un adicto, para intentar contrarrestar un mal mayor como el narcotráfico, es inconducente desde toda óptica.

A la luz de los resultados logrados, esa política criminal implementada no solo es inconducente y contraria a consagrados principios elementales, sino que tampoco ha logrado los resultados esperados. Las estadísticas oficiales demuestran que las actividades vinculadas al narcotráfico lejos de haber disminuido, han aumentado de una forma exponencial (tanto en lo que respecta a comercialización como a consumo). Dicho eso, podemos asegurar, sin temor a error, que la política criminal implementada por el Estado en la lucha contra el narcotráfico ha sido equivocada e inefectiva. La aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 no resultó beneficiosa en proteger la salud de la comunidad, ni la de

los individuos que la componen y, durante muchos años, restringió el derecho de muchos de éstos a transitar sus vidas como mejor les parezca, incluso consumiendo drogas.

3.2.3. La creación de un peligro social grave.

La idea de la creación de un peligro se fundamenta en las diversas actividades antisociales que pudiera llevar a cabo aquel que se encuentra bajo los efectos de alguna sustancia estupefaciente. Hemos hecho referencia a la posible tendencia de los adictos a volcarse a la realización de acciones delictivas, vinculando de ésta forma el consumo con otros delitos independientes.

Resulta imposible probar fácticamente que los drogadependientes son propensos a cometer otros delitos, y por eso, en muchos casos, se ha dado por sentada esta situación en base a fundamentos como la común experiencia (como se observa en “Colavini”). ¿La droga influye negativamente en el individuo? Si. ¿La droga es un flagelo que destruye familias? Si. ¿Puede un adicto cometer un delito? Si. Pero, ¿es razonable castigarlo por la posibilidad, incierta, remota, de que cometa un delito? Definitivamente no. “Si estar bajo la influencia de ciertos estupefacientes puede facilitar la producción de infracciones penales, el castigo siempre deberá estar asociado a la concreta realización de éstas y no a la mera situación en que el delito podría cometerse” (Fallo “Bazterrica”, del voto del Dr. Petracchi, Considerando 19º, 1986).

“Muchas de las actividades cotidianas que se realizan en una sociedad moderna, como conducir automóviles, disponer de equipos de transmisión pública, beber alcohol o poseer ciertos conocimientos calificados, podrían ser estimadas como condicionantes de situaciones que facilitan la comisión de ciertos hechos ilícitos; sin embargo, ni sucede ni parece razonable pensar que dichas actividades puedan incriminarse por su sola peligrosidad implícita” (Fallo “Bazterrica”, del voto del Dr. Petracchi, Considerando 19º, 1986)

La creación de un peligro por el consumo de drogas depende de situaciones concretas que se dan en cada caso. Hagamos referencia a un ejemplo práctico. Se han

dado muchas situaciones en las cuales individuos resultaron detenidos, acusados de un delito penal como el tipificado en el Art. 14 de la Ley 23.737, que acarrea una pena de prisión. Mientras tanto, en numerosos controles de tránsito se han detectado personas conduciendo vehículos en estado de ebriedad, o bien, bajo los efectos de alguna droga.

En el primer caso, el individuo sufre un castigo penal, mientras que en el segundo caso, se trata de una infracción de tránsito. ¿Resulta más peligroso estar sentado en una plaza con un cigarrillo de marihuana en un bolsillo que conducir un vehículo habiendo consumido drogas? El primer sujeto es encontrado con la prueba del delito en el bolsillo, y el segundo no la posee porque ya la consumió, pero ¿para consumirla no la tuvo en su poder? ¿No cometió el delito de tenencia de estupefacientes? ¿No resultó su conducta ser típica del delito?

¿Cuáles son los parámetros tomados por el legislador, en primer término, y posteriormente el juzgador, al interpretar el sistema jurídico ante la aplicación de una norma? Acorde con el Principio pro homine estipulado en instrumentos internacionales a los cuales adhiere nuestro país, ya referenciado anteriormente, las interpretaciones jurisprudenciales deben apuntar a restringir lo mínimamente posible las libertades y los derechos fundamentales del hombre. Es por ello que la instauración de una conducta como peligrosa, y su tipificación dentro del cuerpo normativo penal, tal como sucede en el caso que nos ocupa, debería ser cuidadosamente evaluada por el legislador, con la finalidad de cumplir al momento de su labor con los parámetros establecidos como protectorios de derechos vitales. La conducta tipificada en el Art. 14 de la Ley 23.737, sancionando una acción potencialmente peligrosa para un derecho como la salud (pero sin visualizar daños concretos, más que una hipotética puesta en peligro), aplicando una sanción en detrimento de derechos como la libertad o la intimidad, los cuales se observan dañados claramente y sin una justificación válida, no resulta conducente ni oportuna.

3.3. La no injerencia del Poder Judicial en cuestiones de política criminal.

Como se ha establecido, el sistema jurídico tiene como finalidad orientar las conductas de los individuos para que obren conforme a lo esperado por la sociedad, es decir, que se desarrollen plenamente sin generar daños en los derechos del prójimo. El límite de un derecho aparece ante el perjuicio del derecho de otro.

La Ley 23.737 es un instrumento que compone ese sistema normativo y fue sancionada por el legislador para combatir el narcotráfico, mediante su Art. 14, el cuerpo legislativo determinó que una de las conductas que se debía sancionar penalmente era la simple tenencia de drogas prohibidas. Ya sea por su potencial peligro para el bienestar general, por la inclinación de los consumidores a llevar a cabo acciones antisociales y delictivas, por la complicidad del consumidor con la red de narcotráfico al pretender conseguir la sustancia (convirtiéndose en un eslabón de la cadena), o bien, porque consideró que mediante este castigo se arribaría a buen puerto en la lucha contra las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de drogas, pudiendo ascender en la cadena a partir del castigo al consumidor y, al mismo tiempo, generando la sanción un efecto ejemplificador y disuasivo sobre aquellos que se acercaran a la droga en cualquiera de sus variantes.

Todas las cuestiones mencionadas, son preceptos utilizados para implementar una determinada política criminal orientada, como se ha dicho anteriormente, a lograr resultados efectivos que mantengan la armonía social, influyendo directamente en la conducta humana. El legislador, al sancionar la tenencia de estupefacientes, considera que es un instrumento adecuado para combatir el delito.

Mediante el sistema republicano de gobierno instaurado en nuestro país, se establece la división de poderes, siendo cada uno de ellos independientes y no pudiendo ninguno arrogarse facultades que le competen a otro. Es por ello que en “Montalvo” (1990), es utilizado ese argumento de no injerencia en los asuntos de otros poderes.

“...no puede sostenerse la inexistencia de un nexo razonable entre la incriminación de que aquí se trata y la protección de la salud pública" sobre la base de su mayor o menor eficacia como medio para amparar ese bien jurídico, pues ello conduce, en definitiva, al "análisis de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, que por ser de carácter eminentemente político, se encuentran reservadas a la competencia de los órganos encargados de la sanción de la ley", cuyo criterio en este sentido no puede, por ende, ser revisado” (Fallo “Montalvo”, opinión del Procurador General de la Nación, 1990).

“... no puede afirmarse, a mi modo de ver, que la incriminación de la tenencia de estupefacientes, aun cuando ésta sea para el consumo personal, no constituya un medio razonable para amparar la salud pública, pues más allá de su acierto o error como herramienta de política criminal, los motivos antes reseñados dan suficiente sustento racional a la decisión del legislador dirigida a lograr una "prevención general que para muchos va a constituir una valla psicológica importante para no ingresar en un ámbito del cual muchas veces cuesta salir airoso... en la seguridad de que la salud individual contribuye a la mejor salud colectiva y, por ende, al eficaz desarrollo de una nación" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 29/3/89, p. 7878).

Se sostenía que la oportunidad, mérito y conveniencia respecto de la aplicación de una norma o la ponderación de un derecho por sobre otro, eran cuestiones de política criminal y debían ser determinadas por los órganos facultados para establecerla. Si el legislador, en base a esa política criminal implementada, ha considerado que la simple tenencia de estupefacientes provocaba un riesgo de daño grave a la salud pública, los órganos judiciales no debían realizar una evaluación de esas circunstancias ya que no se encontraba dentro de sus potestades. Solo eran pasibles de revisión esas cuestiones de política criminal, en caso que de ellas surgieran claramente elementos de irrazonabilidad en la ponderación de las normas aplicadas, considerando esa jurisprudencia que el presente no era el caso.

El poder de reglamentar las garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional le corresponde al Congreso de la Nación y “... la misión más delicada de la

justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción", sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes..." (Fallo "Montalvo", opinión del Procurador General de la Nación, 1990).

Establece la doctrina "Montalvo" que la labor parlamentaria se encuentra determinada por un procedimiento complejo que otorga a la norma sancionada por el órgano legislativo una presunción de legitimidad, y solamente puede ser puesta en discusión cuando su contrariedad con otras normas o derechos que componen el mismo sistema sea realmente clara. Consecuentemente:

"... acertadas o no como instrumentos de política criminal, "no se advierte que ninguna de esas normas se haya visto inspirada en otro propósito que no sea la prevención contra los riesgos que para la sociedad trae aparejado el fenómeno de la toxicomanía". No existe pues, ni tampoco el recurrente lo alega, tras de aquellas intenciones otras que transformen en abusiva la actividad del poder político, ni que por ende, revelen que esas figuras penales sean el medio para una injustificada opresión" (Fallo "Montalvo", opinión del Procurador General, 1990).

De acuerdo con estos postulados, la Corte Suprema no puede evaluar la mayor o menor utilidad de una norma, o su eficacia en el cumplimiento del objetivo buscado; tampoco se observa, a los ojos de los miembros de la Corte de 1990, un atentado a los derechos del hombre o a las garantías constitucionales mediante la aplicación de una sanción a los tenedores de droga. No se percibe, entonces, "...una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos" (Fallo "Montalvo", del voto de la mayoría, Considerando 8°, 1990).

Como se observa, el fallo "Montalvo" pretende cancelar cualquier tipo de discusión respecto al tema, ya que si la sanción al tenedor de estupefacientes resulta inobjetable en todos los casos, se estaría clausurando una de las tareas más importantes que posee el máximo órgano jurisdiccional: el control de constitucionalidad (que es desarrollado en el capítulo siguiente).

La división de poderes no solamente tiene como finalidad separar las tareas que le competen a cada uno de ellos, sino que tiene su sustento en el control que deben ejercer cada uno de ellos sobre el otro, generando un sistema de frenos y contrapesos. La separación de los poderes del Estado no tiene como objetivo último el trabajo de cada uno en su ámbito, sino el trabajo coordinado respetando los ámbitos de cada uno y llevando adelante un control legal sobre el accionar de los mismos.

El sentido específico de la teoría de la división de poderes se basa en asegurar el ejercicio regular de los derechos del individuo, mediante la fragmentación del poder del Estado, y de la existencia y funcionamiento de diversos órganos que, al desempeñar separada y coordinadamente las funciones estatales, se controlan y frenan recíprocamente, impidiendo que cada uno de ellos exceda su competencia constitucional, con el consiguiente detrimento en la libertad de los individuos.

Entonces, podemos asegurar que no existe materia alguna que resulte ajena al control del Poder Judicial, aun tratándose de cuestiones relativas a la política criminal del Estado, y ante la restricción de derechos individuales y trascendentales para el desarrollo del hombre. Podría el máximo órgano judicial no interferir en cuestiones de política criminal, y establecer que se encuentran fuera de su órbita, siempre y cuando de la implementación de esa política no surjan normas que contraríen abiertamente postulados constitucionales que deben ser preservados por esa misma Corte, como una de sus funciones fundamentales, a efectos de garantizar a los individuos el pleno desarrollo de sus derechos.

La sanción de la Ley 23.737 ha sido obra del órgano competente, y fue precedida de los debates parlamentarios correspondientes, por ello se presume acertadamente que goza tanto de legitimidad como de constitucionalidad. De igual forma, es tarea de la Corte Suprema verificar que su aplicación, puntualmente el Art. 14, y en cada caso concreto,

no genere un menoscabo en derechos vitales como el consagrado en el Art. 19 de la Constitución Nacional. Si la Corte se autoexcluye de esa labor, no hace mas que desentenderse de una de sus funciones elementales (el control de constitucionalidad de las normas), dejando de aportar, a su vez, a la construcción de la armonía y el bienestar social que se pretende defender con la aplicación del artículo cuestionado.

3.4. La nueva interpretación en el Fallo “Arriola”.

Hemos visto que la jurisprudencia, respecto a la aplicación tanto del Art. 6 de la Ley 20.771 como del Art. 14 de la Ley 23.737 ha sido cambiante. Al momento del Fallo “Arriola”, pasaron dieciocho años de la jurisprudencia de “Montalvo” y diecinueve años de la sanción de la Ley 23.737. El derecho, como así también la interpretación que se llevare a cabo sobre él, puede variar de acuerdo a diversas circunstancias políticas, sociales, culturales, económicas, o de cualquier otra índole. Por lo tanto, se debe contemplar una dinámica que permita adaptarse a las nuevas situaciones.

La nueva jurisprudencia critica e impugna los postulados empleados en “Montalvo”, alegando que las razones pragmáticas o utilitaristas en las cuales se había fundado, han fracasado. Se había sostenido que la incriminación penal del tenedor de drogas respondía a cuestiones de política criminal tendientes a luchar contra el narcotráfico. La realidad es que después de tanto tiempo transcurrido no se ha observado que la herramienta normativa cuestionada lograra los resultados esperados, al contrario, el narcotráfico ha crecido de una forma exponencial.

Asimismo, el paso del tiempo puede encontrar que una norma legítima en su origen se haya tornado obsoleta e indefendible debido a determinados cambios objetivos. El dictamen de “Arriola” (2009) coloca definitivamente al sujeto activo del delito

tipificado en el Art. 14 de la Ley 23.737 en un lugar donde el Estado no solo debe dejar de castigarlo, sino que tiene la obligación de asistirlo.

La incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional, obligan a adecuar las cuestiones de política criminal a los estándares internacionales estipulados, y le impide sobrepasar determinados límites.

Esta incorporación de tratados internacionales a nuestro ordenamiento determina un cambio en la conformación de los instrumentos necesarios para la lucha contra el narcotráfico y en la planificación de las estrategias a adoptar. Por un lado, se insta al Estado a elaborar políticas tendientes a erradicar la producción, el tráfico, y la oferta de las sustancias prohibidas, y por otro se lo obliga a preparar de forma adecuada un aparato de salud pública, asistencia y educación.

Se deja de lado el enfoque utilitarista de “Montalvo” (1990), impugnando un sistema que criminaliza una conducta amparada por el Art. 19 de la Constitución para lograr un objetivo que no se ha conseguido. Los nuevos preceptos jurisprudenciales se basan en que ningún tipo de política puede suprimir derechos individuales, como el de intimidad, siempre que no exista un daño concreto a terceros, garantizando un ámbito de privacidad donde cada uno pueda desarrollar su propio proyecto de vida.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, en su voto, sostiene que:

“...sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Lorenzetti, Considerando 15°, 2009).

Más aun, cuando esos fines no son conseguidos, es porque la política criminal adoptada es equivocada.

Si bien las cuestiones estratégicas que hacen a la lucha contra el narcotráfico no son incumbencia de la Corte en lo que hace a su valoración o efectividad, si debe intervenir cuando el resultado de esas políticas trae aparejada la supresión de derechos humanos fundamentales. “Si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Zaffaroni, Considerando 17º, 2009).

3.5. Conclusiones.

El Principio de Reserva le garantiza al individuo un ámbito en el cual puede desarrollarse de acuerdo a sus valores y costumbres, resultando ser el único límite a potestad el daño a terceros, ya sea lesionando un bien individual o uno colectivo. Consecuentemente, y por lo expresado, se entiende que no se trata de un derecho absoluto, sino que encuentra su límite en los derechos de otros. Uno de esos derechos, es la salud pública.

La política criminal de un Estado tiende a elaborar sistemas destinados a combatir la comisión de delitos con la finalidad de lograr un estado de bienestar general a los individuos que componen la comunidad. La implementación de esos sistemas debe estar en consonancia con los derechos fundamentales de los cuales gozan los individuos.

La sanción de una norma, en este caso la Ley 20.771 primero y la Ley 23.737 luego, es una herramienta dentro del sistema jurídico que, combinada con otras, buscan lograr un objetivo determinado, como es erradicar el narcotráfico o, de no ser posible, llevarlo a su mínima expresión. En el año 1978, la jurisprudencia de “Colavini” estableció que por cuestiones de política criminal resultaba válida la sanción de la tenencia de

estupefacientes para consumo personal, y restringió con ello el Principio de Reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución. Acorde la Corte, en base a la “común experiencia”, se estableció que el consumo de drogas degeneraba la conducta del consumidor que, a su vez, era culpable de la existencia de las drogas, ya que si no existiera el consumidor nadie tendría interés en vender.

La política criminal de aquella época, respondía acorde a la situación social imperante, la cual se caracterizaba por una creciente escalada de violencia y el consumidor era considerado parte y propulsor de esa circunstancia, vinculándolo con delincuencia común y subversiva. Esa política criminal era respaldada por la actividad de los órganos jurisdiccionales, que se expedían en consonancia con los argumentos que se desprendían de la política criminal. Posteriormente, y ya en democracia, se cambia esa visión del consumidor mediante el fallo “Bazterrica” (1986), y se habla de reconstruir el ordenamiento jurídico; con esto podemos dar por acreditada la influencia del poder político sobre las decisiones jurisdiccionales.

A partir del fallo “Bazterrica” (1986), no se trata de eliminar a los consumidores, sino de asistirlos eficazmente y ayudarlos a salir de su adicción. Eso no se logra castigando al adicto. No se logra mediante la política criminal, sino mediante una política sanitaria acorde a las necesidades de los individuos.

La visión utilitarista de la sanción al consumidor, alegando que su punición permitiría facilitar el combate al narcotráfico, resulta descartada de plano, sin ningún tipo de duda, en base a estadísticas oficiales (sobre las que no vamos a profundizar) de organismos nacionales e internacionales que demuestran el crecimiento exponencial del tráfico de drogas no solo en Argentina, sino a nivel mundial.

La política criminal, en ningún caso puede cercenar un derecho como es la privacidad de una persona, la libertad de realizar su proyecto de vida sin perjudicar a

terceros, y sin la intervención del poder punitivo del Estado si eso no ocurre. Mucho menos, si ese menoscabo del derecho se lleva a cabo por cuestiones de “común experiencia” que esbozan un potencial peligro sobre un determinado bien, sin importar que sea individual o colectivo, ya que resulta erróneo pensar que lo colectivo siempre es superior a lo individual.

Por su parte, en el Fallo “Montalvo”, se determina que las cuestiones de política criminal están exentas del control judicial, ya que no resulta viable que un órgano jurisdiccional se arrogue la facultad de legislar. El control sobre el accionar de otros poderes es una de las características del republicanismo, y es labor judicial interpretar el derecho y constatar, ante un conflicto, que las normas emanadas del órgano legislativo sean congruentes y compatibles, a fin de aportar armonía al sistema jurídico. De ninguna forma, el máximo tribunal judicial de la Nación puede desconocer su función de control sobre las normas, siendo que no se trata de una intromisión en cuestiones de política criminal, respecto a la valoración de la efectividad de una norma, sino de un control de constitucionalidad, que bien puede recaer sobre normas del derecho penal, o sobre cualquier otra rama del derecho.

La política criminal debe orientarse a combatir las estructuras de las organizaciones criminales, mientras que al consumidor se le debe aportar un sistema sanitario – asistencial efectivo, a fin de que no sea castigado, sino amparado. Las cuestiones mencionadas por el Dr. Petracchi en “Bazterrica” (1986) relacionadas a cuestiones éticas, a la creación de un grave peligro y a la política represiva sobre el consumidor para contrarrestar ese peligro, son refutadas por el mismo magistrado y utilizadas posteriormente por la jurisprudencia vigente elaborada en el fallo “Arriola” (2009).

Capítulo 4: el control de constitucionalidad sobre el Art. 14 de la Ley 23.737.

4.1. Introducción.

En todo ordenamiento jurídico existen normas y/o derechos que deben ser compatibles, asegurando con ello la coherencia del sistema. También podemos decir que, en la práctica, la situación no es esa. Por tal motivo, existen mecanismos de control destinados a fiscalizar el cumplimiento de uno de los principios fundamentales: el de Supremacía de la Constitución Nacional. Dentro del sistema jurídico, ese principio implica que toda la normativa debe adecuarse y estar en consonancia con la Carta Magna. El control de constitucionalidad, es el mecanismo mediante el cual se busca llegar a ese objetivo. Al respecto, Quiroga Lavié, Benedetti, y Cenicacelaya (2001), aseguran que:

El derecho existe bajo la condición de que sus prescripciones se impongan, de forma tal que si existe violación de la supremacía constitucional, esta solo será resguardada si esta previsto algún mecanismo o sistema de reparación en manos de alguno o algunos órganos independientes de aquellos que crearon las normas o actos infraconstitucionales, quienes deberán dejar de lado la violación y asegurar la efectiva vigencia de la norma suprema. Esto es lo que en derecho constitucional se denomina sistema de control de constitucionalidad stricto sensu (Pag. 551).

Nuestro país posee un mecanismo de control que lleva a cabo el Poder Judicial (en otros sistemas puede ser también político o mixto). Esto significa que es ejercido por órganos judiciales, y la inconstitucionalidad de una norma es declarada “inter partes” (en principio), es decir, que no se deroga la norma contraria a la Constitución, sino que queda sin efecto exclusivamente para el caso concreto que se trate, conservando su validez. Al mismo tiempo, se trata de un sistema “difuso”, ya que la inconstitucionalidad puede ser

declarada por cualquiera de los órganos, sin perjuicio de que en última instancia el control lo realice la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por lo expuesto, es que los órganos judiciales son los encargados de velar por la congruencia del sistema, determinando en cada caso la validez, o no, de una norma, y dirimir las cuestiones atinentes a contraposiciones entre ellas. Más aun, tienen la obligación de hacerlo.

Una de las controversias surgidas a raíz de la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 radica en determinar si la implementación de esta norma es pasible de control judicial. Se sostenía que por tratarse de cuestiones de política criminal el máximo órgano jurisdiccional de la Nación no podía interferir, ni realizar una valoración sobre la norma (en lo que respecta a su oportunidad, mérito, o conveniencia), y mucho menos expedirse sobre la validez de la misma sin entrometerse en un asunto que le compete a otro poder del Estado. Así se observa en los postulados de “Montalvo” (1990).

El control de constitucionalidad en nuestro país le corresponde al Poder Judicial, y es ejercido en cada caso concreto (inter partes). Esto significa que una norma declarada inconstitucional, lo es en el marco de una determinada causa y respecto de una situación específica, conservando la norma su validez, pudiendo aplicarse en otros casos.

Carlos Bernal Pulido (2015) establece que en el mundo jurídico existen dos tipos de normas: las reglas y los principios. Respecto de estos últimos, y considerando dentro de los mismos el derecho a la salud, a la intimidad, a la libertad, deben ser aplicados mediante una correcta ponderación. En última instancia, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano encargado de ponderar correctamente la aplicación o no de una norma, previa evaluación de la situación concreta y una coherente interpretación del sistema jurídico en su esencia.

En el presente capítulo, se podrán observar dos posturas adoptadas, en diferentes momentos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la figura delictiva establecida en el Art. 14 de la Ley 23.737. Una de ellas referida a la ponderación de los derechos en pugna (El Derecho a la Salud y el Principio de Reserva) por la aplicación de la norma mencionada, y otra cuestión que hace a la intervención del máximo órgano jurisdiccional en cuestiones de política criminal.

4.2. Ponderación de principios.

Hemos dicho que todo ordenamiento jurídico está compuesto por normas, derechos, y principios, que deben coexistir de forma armoniosa a efectos de lograr un orden social. Los jueces tienen la facultad, y el deber, de mantener un equilibrio fundamental en lo que respecta a la aplicación del derecho vigente (el derecho positivo), apelando a la observancia de una jerarquía normativa por la cual existen normas, derechos, o principios, que deben prevalecer unos sobre otros por una cuestión de importancia o trascendencia. No deberían existir dudas para el juzgador al momento de aplicar, por ejemplo, los postulados de un tratado internacional con rango constitucional por sobre una ley nacional, o una ley nacional por sobre una ley provincial.

Se observa que en determinadas oportunidades puede surgir un conflicto al momento de aplicar una normativa u otra, cuando ambas resultan ser de igual jerarquía, generándose una colisión de normas, o bien, de derechos, como el que se desarrolla en el presente trabajo, debiendo decidir los órganos judiciales entre la protección del derecho a la salud o a la privacidad de un individuo. Para esta labor, resulta necesaria la existencia de un sistema que permita al magistrado optar por la preeminencia de uno de los elementos en pugna por sobre el otro, fundamentando su decisión de la forma más consistente.

La ponderación es considerada una técnica para resolver este tipo de conflictos. William David Ross (1877 – 1971), filósofo escocés, elabora en el ámbito de la ética dicho sistema, entendiendo que al existir una multiplicidad de valores seguramente, en muchas oportunidades, entrarían en conflicto, por lo cual se debería ponderar en cada caso particular cual de esos valores debiera prevalecer.

Señala Robert Alexy (2010) que la ponderación se encuentra estrechamente vinculada con el Principio de Proporcionalidad, asegurando que: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Pág. 30). En base a ello, se observa que la ponderación, acorde lo establece Alexy, cuenta con tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

El sistema de ponderación, necesariamente, debe complementarse con la asignación de un peso específico a cada uno de los principios en conflicto. Este peso asignado es, ni mas ni menos, que la importancia que se le debe asignar a cada uno de los elementos en lo que hace a la satisfacción o restricción de cada uno de ellos. Siempre que dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder ante el otro, y prevalecerá el que ostente un peso mayor en el caso concreto analizado (el principio que cede de ninguna forma es invalidado, sino que debió ceder ante el otro en el marco de un caso puntual).

Resulta imposible confeccionar una escala de valores, o determinar en forma general el peso de cada uno de los derechos en forma aislada. Es por esa razón que cada uno de los derechos o principios que entren en pugna tendrán un peso determinado observando en cada caso concreto cual de ellos deberá prevalecer.

Aplicar el sistema de ponderación no significa que se llegará a la resolución adecuada del caso concreto, ya que la asignación del peso a cada uno de los elementos en conflicto es determinado por los órganos jurisdiccionales, cuyos miembros pueden tener variadas opiniones o juicios de valor. Tal como se observa en el presente trabajo, ante una misma situación (la tenencia de estupefacientes) se han aplicado soluciones diametralmente opuestas, lo que no significa que unos u otros no utilizaran la ponderación, sino que en esa misma técnica pudieron asignar un peso diferente a los elementos contrapuestos.

De hecho, algunas críticas doctrinarias esgrimidas contra el sistema de ponderación, radican en que en última instancia no se trata de otra cosa que de un juicio de valor efectuado por el juzgador de turno, quien podría ser irracional debido a la falta de criterios objetivos que pudieran determinar ordenes jerárquicos. Es por esta cuestión que se debería establecer, según Alexy (2010) un cierto orden basado en condiciones de precedencia entre normas, derechos y principios, un sistema estructural de ponderación y una escala de prioridades *prima facie*.

La realidad muestra que no podría establecerse un patrón objetivo en general, ya que cada caso al cual se debe aplicar el sistema de la ponderación goza de particularidades que le son propias, lo que podría generar que los mismos derechos en pugna puedan alternar su preminencia de acuerdo a las connotaciones de cada situación en la cual se deban aplicar.

4.2.1 La ponderación como elemento racional para la aplicación de normas.

Existen autores para los cuales la ponderación no es más que un juicio de valor efectuado por el Juez, y que ese juicio de valor debería estar delimitado por pautas

determinadas y preestablecidas en las cuales el juzgador debería apoyarse al momento de emitir los argumentos de un voto. Se trataría, entonces, de una forma de poner límites a la facultad de los jueces al momento de analizar una situación concreta; no existen criterios jurídicos objetivos que garanticen el buen empleo de la ponderación, y por ello se trata solamente de apreciaciones subjetivas del magistrado, que solamente se basan en su propia conciencia.

No sería errado pensar que, dentro de los parámetros normales, los jueces ponderan las normas y los derechos en juego sin poder dejar de lado sus cuestiones ideológicas y/o sus creencias; es decir que, al referirse a seres humanos, resulta difícil imaginarlos despojados completamente de sus ideas y convicciones. Lo que se puede exigir a los órganos jurisdiccionales al momento de ponderar la aplicación de una norma, o al dilucidar la respuesta conveniente ante un conflicto de derechos, es el mayor grado posible de razonabilidad.

Bernal Pulido (2015), sostiene que si bien no existe un razonamiento jurídico consensuado como racional, se acepta que para preciarse de tal, el razonamiento debe estar correctamente fundamentado, pudiendo ser defendido en términos consistentes y conceptualmente claros.

Habiendo realizado una introducción a las características de la ponderación como herramienta determinante en la resolución de un conflicto de derechos, y en el caso que nos ocupa, se debe establecer si el hecho de aplicar el Art. 14 de la Ley 23.737 a efectos de proteger la salud pública, y en detrimento del Principio de Reserva, resulta ponderado adecuadamente.

Robert Alexy (2010) sostiene que lo primero que se debe hacer ante un conflicto como este, es definir el grado de afectación de uno de los principios, para luego determinar el grado de importancia del principio o el derecho contrapuesto. En base a

ello, por último, definir si la afectación o el daño producido al primer principio justifica la satisfacción del otro. Para dicha tarea, se debe tener en cuenta la importancia de los derechos en pugna, o el peso de los mismos, por ejemplo, acorde a la jerarquía que ostente cada uno.

4.2.2. La ponderación de derechos al aplicar el Art. 14 de la Ley 23.737.

En lo que hace a la ponderación de la importancia de dos derechos en colisión, como se observa en el desarrollo del presente trabajo, encontramos posturas radicalmente opuestas en la valoración de los mismos. Doctrinas como “Colavini” (1978) o “Montalvo” (1990) aseguran que el Derecho a la Salud debe primar sobre el Principio de Reserva.

Los fundamentos vertidos para arribar a aquella decisión radican en que la conducta tipificada en la norma es considerada por el legislador como delictiva, debido a que al sancionar la Ley 23.737 (y anteriormente la Ley 20.771), los parlamentarios ponderaron el Derecho a la Salud como superior a derechos tales como la privacidad del individuo, su intimidad, y hasta la propia libertad de elegir su modo de vida.

En primer lugar, el acto de consumir droga no era considerado dentro del ámbito de protección otorgado por el Art. 19 de la Constitución Nacional, ni se lo observaba como un mero vicio individual cuya consecuencia única era la autodestrucción del individuo. El consumo trascendía la esfera íntima del individuo generando la propagación de las adicciones mediante la ostentación del consumo (por la necesidad de compartir las experiencias que tienen los adictos) y, a su vez, debido a la potencial peligrosidad del consumidor que, generalmente, se vuelca al accionar delictivo.

“En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de juri* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de

tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta...” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Lorenzetti, Considerando 14°, 2009).

Se determinó también que la persona podía ser utilizada como un medio para llegar a un fin. El medio consistía en castigarlo generando efectos disuasivos sobre el resto de la sociedad y, al mismo tiempo, acceder a los eslabones superiores de la cadena delictiva.

La libertad individual resultó limitada con la finalidad de combatir el delito de narcotráfico mediante una figura de peligro abstracto, como la tipificada en el Art. 14 de la Ley 23.737. El hecho de que la figura sea de peligro abstracto, es decir, que no existe un daño concreto a un bien, no fue obstáculo para la jurisprudencia mencionada anteriormente al momento de considerarla válida como herramienta combativa de la droga, aún en desmedro de derechos básicos y vitales del hombre.

"No se trata pues de sancionar al tenedor de estupefacientes por consumirlos ni por su posible condición de adicto, ni de imponerle una forma de vida que responda a ideales de terceros, sino de amparar a estos últimos de las consecuencias nocivas que la conducta de aquél pueda provocar, sin que para ello sea necesario, reitero, la violación de derechos que, de acuerdo con el texto constitucional, no puedan ser sacrificados en función del interés general. Esto implica la exacta y correcta adecuación a la realidad vital social actual” (Fallo “Montalvo”, opinión del Procurador General de la Nación, 1990).

Los argumentos vertidos en “Montalvo” (1990), claramente ponderan el sacrificio de un derecho individual (sea cual fuere) en beneficio de un interés colectivo.

Contrariamente, doctrinas como “Bazterrica” (1986) o “Arriola” (2009), se pronuncian de forma diametralmente opuesta, colocando al hombre como centro y eje del sistema jurídico, y como un fin en sí mismo, rechazando las teorías utilitaristas que lo colocaban, al castigarlo, como un medio de lucha contra el tráfico de drogas.

“Con respecto a la índole inmoral del propio consumo de estupefacientes (cualidad que se le atribuye a esta conducta a veces en forma manifiesta y otras en forma

implícita, por ejemplo, al utilizar recurrente e impropia­mente palabras como "vicio" para describir estas acciones) lo cierto es que la valoración ética que se haga de esas conductas dependerá de una posición filosófica subyacente, y será distinta según se adopten posiciones nihilistas y extremadamente subjetivistas acerca de los valores, o posiciones proteccionistas o paternalistas basadas en un objetivismo axiológico extremo. Entre estas dos posibilidades resta aún un abanico de criterios racionales sobre una objetividad relativa de la calificación ética de las conductas... aun si se considerara que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos "standards" éticos de nuestra comunidad, no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con prescindencia de los peligros y daños efectivos que produzca..." (Fallo "Bazterrica", del voto del Dr. Petracchi, Considerando 17º, 1986).

Se dictaminó que al tratarse la figura tipificada en el Art. 14 de la Ley 23.737 de un delito de peligro abstracto, por ende, no mediando un peligro concreto, se sanciona al individuo no por una determinada acción desarrollada, sino por la peligrosidad que implicarían posibles conductas antisociales que pudiera realizar. No se puede sancionar a una persona por cuestiones morales o éticas, sin que exista un daño concreto a un bien tutelado o, mínimamente, se genere un peligro real sobre el mismo. Al respecto, se establece que:

"Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional... No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad" (Fallo "Arriola", del voto del Dr. Lorenzetti, Considerando 11º, 2009).

"... es preciso poner de relieve que, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacionales, el argumento de que la incriminación de la simple tenencia contribuye a evitar consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, sólo se registra como una mera afirmación dogmática, sin que en ningún caso se aluda a pruebas efectivas que confirmen lo aseverado" (Fallo "Bazterrica", del voto del Dr. Petracchi, Considerando 16º, 1986).

En referencia a la posición utilitarista que establece la conveniencia de sancionar al consumidor como medio para arribar al traficante, la nueva doctrina de "Arriola" (2009) aporta datos estadísticos de organismos nacionales e internacionales, que demuestran el fracaso de esa política criminal adoptada,

“Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso "Bazterrica", con el dictado del fallo "Montalvo"... Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Zaffaroni, Considerando 19°, 2009).

El legislador, mediante la sanción de la Ley 23.737 ha querido combatir y evitar la existencia de narcotráfico de una forma drástica, al punto de cercenar derechos de vital importancia para el hombre, y la jurisprudencia, durante mucho tiempo, avaló la aplicación de medidas restrictivas como la tipificada en el Art. 14 de la mencionada ley. El resultado no fue el esperado, ya que las actividades relacionadas con el tráfico de drogas y su consumo han aumentado de forma exponencial, al mismo tiempo que se generaba un dispendio de recursos (humanos y económicos), en lo que hace a la labor judicial y de las fuerzas de seguridad, que no resulta congruente con los resultados obtenidos.

El Estado, de ninguna forma puede sacrificar derechos de sus ciudadanos con el objeto de obtener resultados que pudieran ser logrados sin necesidad de socavar aquellos principios fundamentales del derecho. Más aún, en caso de admitir ese sacrificio, tampoco se logra el resultado esperado.

Por último, y en lo que respecta al individuo castigado, tanto la doctrina sentada en “Bazterrica (1986) como en “Arriola” (2009), lo colocan en un plano que debe abordarse desde el punto de vista asistencial, médico. El sujeto activo del delito tipificado en el Art. 14 de la Ley 23.737 resulta ser la única víctima visible del delito de narcotráfico, y una respuesta punitiva del Estado es inadecuada.

Esa respuesta penal coloca al consumidor (ya perjudicado en su condición de vida por el uso de las drogas) en un sistema carcelario que, lejos de lograr una rehabilitación del mismo, le genera consecuencias que seguramente profundizarán sus problemas con las drogas, y le adicionará otros nuevos, tanto a él como a su entorno familiar. Sin profundizar sobre el sistema carcelario de nuestro país, podemos asegurar que no es óptimo; y las secuelas físicas y psíquicas de haber sufrido un encierro, sumadas al aspecto legal que marca al individuo que cuenta con antecedentes penales al momento de continuar con el desarrollo de su vida y buscar oportunidades laborales, condicionan al castigado a un futuro no muy promisorio.

“... el acusado debe atravesar un iter necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 18°, 2009).

4.3. Los límites judiciales en la doctrina “Montalvo” (1990).

La aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 ha generado discusiones y posiciones enfrentadas de diversa índole. Entre esas cuestiones, la posibilidad o no de que el Poder Judicial evaluara, e interfiriera, en cuestiones consideradas de política criminal que le competen al Congreso Nacional. Si bien se ha referenciado sobre este tema en el capítulo anterior, en el presente se llevará a cabo un análisis más profundo.

“...la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional...” (Fallo “Montalvo”, opinión del Procurador General de la Nación, 1990).

El fallo “Montalvo” (1990), en muchos de sus pasajes, hace referencia a la cuestión planteada en el presente trabajo como una situación puramente vinculada con la

elección de una política criminal, establecida por el órgano facultado para hacerlo, el Congreso de la Nación. Por ese motivo, la intromisión de la Corte Suprema (o de cualquier otro nivel judicial) resultaría inadecuada, y hasta contraria al sistema Republicano que establece la división de poderes, ya que no está dentro de sus facultades interferir en la forma en que un Estado decide combatir un determinado delito, siempre y cuando de aquella política criminal no surja, de forma evidente, una herramienta claramente incompatible con preceptos de carácter constitucional.

“La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye, pues, un acto de suma gravedad institucional, pues las normas dictadas de acuerdo al procedimiento previsto en la norma fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la ley con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (Fallo “Montalvo”, opinión del Procurador General de la Nación, 1990).

El legislador ha determinado, luego de los consecuentes debates parlamentarios, que existen motivos suficientes para criminalizar la tenencia de drogas. La oportunidad, mérito, y conveniencia de una norma, es materia legislativa; la razonabilidad de una ley no es asunto de la Corte, “salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales... o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos” (Fallo “Montalvo”, del voto de la mayoría, Considerando 8º, 1990).

Para la Corte, los magistrados pueden, y deben, realizar juicios de validez constitucional sobre una norma, pero nunca respecto de su conveniencia o utilidad. Asimismo, “... los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, la conciencia jurídica y moral de la comunidad” (Fallo “Montalvo”, del voto de la mayoría, Considerando 9º, 1990).

“Si bien incumbe a esta Corte el control de constitucionalidad de las leyes del Congreso, que incluye el de su racionalidad, no puede dejar de valorar adecuadamente la insistencia del legislador en renovar un régimen legal análogo. Esto implica sostener que,

según la nueva norma, se sigue considerando peligrosa toda conducta vinculada con la tenencia de estupefacientes en la medida en que ello implica sustraerse al control propio del Estado en el ejercicio de su poder de policía de salubridad” (Fallo “Montalvo”, del voto de la mayoría, Considerando 19º, 1990).

En “Montalvo” (1990) se establece que la conciencia jurídica y moral de la comunidad, por intermedio de su órgano legislativo, se ha expresado a favor de la sanción a la tenencia de drogas, aunque fuere para consumo propio. Se refuerza ese argumento haciendo referencia a la sanción de la Ley 23.737, que reemplaza a la 20.771, y en la cual se mantiene la sanción a la situación planteada, mediante el Art. 14. Es decir que, acorde a los parámetros sociales establecidos y a la peligrosidad del delito de narcotráfico, el clamor social instó al legislador a continuar penando el consumo de drogas.

4.4. Las facultades de la Corte Suprema en el fallo “Arriola” (2009).

Una de las funciones principales de la Corte Suprema es, en última instancia judicial, resolver sobre una cuestión conflictiva, planteada en un caso concreto, en la cual se deba determinar la validez de una norma o su concordancia con el ordenamiento jurídico, tal como se establece en el caso concreto, donde la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 genera una contraposición de derechos como son la salud pública y el derecho a la libertad e intimidad de un individuo.

En disidencia con la doctrina establecida en “Montalvo” (1990), la composición de la Corte Suprema del año 2009, establece en forma unánime que ese órgano no puede abstenerse de intervenir respecto de cuestiones que restringen derechos elementales de los individuos, aun tratándose de un ámbito que le es ajeno, como la elaboración de la política criminal de un Estado.

La política criminal de una nación se sustenta en base a la legislación vigente, que es elaborada por el Congreso, acorde a las necesidades y circunstancias que le resultaren

convenientes para la persecución y neutralización de actividades delictivas como, en este caso, el narcotráfico. La política criminal se lleva adelante mediante la aplicación de determinadas normas que son sancionadas con la finalidad de que generen el resultado esperado y para el cual se crearon.

Si se habla de aplicación de normas para la consecución de determinados fines, resulta imposible no imaginar la intervención de los órganos jurisdiccionales (en cualquiera de sus niveles), ya que son éstos los que interpretan y aplican el derecho positivo. No se trata, entonces, de una intromisión del Poder Judicial en aspectos de política criminal, que no corresponden a su ámbito, sino de un control de los órganos judiciales tendiente a determinar si las normas incorporadas al sistema jurídico son compatibles con éste, encontrándose en consonancia con postulados y principios fundamentales de raigambre constitucional.

Si bien las normas emanadas del Congreso gozan de una presunción de legitimidad, “ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas” (Fallo “Arriola”, del voto unánime de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Considerando 13°, 2009). Los órganos judiciales tampoco pueden dejar de observar esta situación, más considerando que dicha norma, no solo se hubiera tornado obsoleta e ineficaz, sino que en su aplicación se genere un menoscabo grave a derechos individuales tutelados por la Carta Magna. “Las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 11°, 2009).

“Corresponde, entonces, que esta Corte se refiera nuevamente al sustrato constitucional que da adecuada solución al delicado caso examinado, a fin de ejercer el

primero y el más elemental de sus deberes: el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados, conforme lo ha asumido desde los inicios de la organización nacional” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 16°, 2009).

Se argumenta en “Montalvo” que la actividad legislativa responde a ciertos mandatos populares, o clamores, en los cuales el legislador se hace eco, captando la ética y la moral colectiva que la sociedad pretende establecer y, en base a ello, adapta el sistema normativo. La realidad, es que la función legislativa no tiene como finalidad conminar a todos los individuos que conforman una sociedad a desarrollar su vida y actuar en base a las costumbres o creencias de una mayoría, sino establecer pautas mínimas de convivencia, respetando los derechos más elementales, y dejando a cada uno de los hombres la libertad de elegir un proyecto de vida, siempre y cuando el mismo respete las libertades y los proyectos ajenos. Es por esta razón que “los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias” (Fallo “Arriola”, del voto unánime de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Considerando 34°, 2009).

Por otra parte, se afirma que la intervención de la Corte en el caso planteado, no significa una intromisión en cuestiones de política criminal, sino que pretende subsanar una situación que, incluso, mejoraría aspectos vinculados con los objetivos perseguidos respecto de la lucha contra el narcotráfico. Esto es así, debido a que la finalidad de la norma no se ha cumplido (se observa un aumento del tráfico y el consumo de drogas), pretendiendo la Corte expedirse respecto al tema con la intención de orientar los recursos estatales de forma óptima, enfocando los mismos al combate de las estructuras de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, y dejando de lado la óptica punitiva respecto del consumidor, abordando la problemática del mismo desde un punto de vista asistencial.

“... si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 11 de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la de cisión no sólo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Zaffaroni, Considerando 17°, 2009).

4.5. La influencia de la reforma constitucional de 1994.

La reforma constitucional en cuestión incorpora a nuestra legislación, mediante su Art. 75 Inc. 22, tratados internacionales de Derechos Humanos, otorgándoles jerarquía constitucional. Cabe destacar que, a partir de ello, se debe considerar al hombre como un fin en si mismo y como un sujeto dotado de derechos que deben ser respetados dada la vital importancia de los mismos en su desarrollo mismo. La vida, la dignidad, la libertad, la intimidad, son postulados que deben ser observados al momento de ponderar la aplicación de una norma. Entonces, “la Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 30°, 2009).

La reforma brinda una justificación al cambio jurisprudencial respecto de la doctrina establecida hasta el momento. El Derecho a la Salud también es tutelado en los instrumentos internacionales, y al respecto:

“... se insta a los Estados miembros a promover el derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes y a que luchen por el logro del objetivo del acceso universal al tratamiento de la toxicomanía como un compromiso para salvar vidas y reducir la demanda de drogas" y, por tanto, como uno de los mejores modos de combatir el mercado ilegal de drogas" (cfr. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe Mundial sobre las Drogas, 2009, Resumen Ejecutivo).

“...en consecuencia, si lo que siempre ha prevalecido, y debe prevalecer, es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia con el cambio acaecido a partir de la aludida reforma constitucional, que explícitamente incorpora a la salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 26°, 2009)

Entonces, la reforma le otorga más fuerza a la protección de los derechos individuales inherentes al hombre, siendo la salud uno de ellos. Las prestaciones asistenciales que debe proporcionar el Estado a los individuos adictos al consumo de drogas, ponen de manifiesto que el enfoque respecto del sujeto activo del Art. 14 de la Ley 23.737 ha cambiado, debiendo abordarse la problemática, sin dudas, desde una actitud asistencialista de los órganos estatales, y de ninguna forma resulta admisible un castigo hacia el individuo. “De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado, cuando no incoherente y contradictorio, de abordar la problemática...” (Fallo “Arriola”, del voto del Dr. Fayt, Considerando 26°, 2009).

La incorporación de tratados internacionales no crea, en el ámbito nacional, derechos que no existieran hasta el momento. Sino que incorpora herramientas que facilitan a los jueces la tarea de ponderar una norma sobre otra, o un derecho sobre otro (como en el caso que nos ocupa), al momento de dictaminar respecto a una situación conflictiva. Es por ello que se despejan dudas al momento de preferir la protección de derechos individuales que deben ser inquebrantables en cualquier circunstancia, ante su posible violación en base a hipotéticos daños que, de ninguna forma, resultan concretos.

4.6. Conclusiones.

El control de constitucionalidad es una herramienta judicial destinada a preservar la armonía del sistema jurídico, evitando o disminuyendo la posibilidad de que coexistan normas incompatibles con el ordenamiento, cuya aplicación degenerare en la lesión de un derecho, sin justificación alguna. Es ejercido por los órganos jurisdiccionales, siendo la Corte Suprema de Justicia la última instancia.

En el presente capítulo se desarrollaron dos posturas opuestas en lo que hace al mencionado control: una de ellas, “Montalvo” (1990), establece que la sanción penal a la simple tenencia de estupefacientes es una cuestión establecida mediante decisiones que responden a la política criminal (cuya elaboración emana del Poder Legislativo) y que la Corte Suprema no goza de la facultad de inmiscuirse en dicho ámbito, sin invadir la esfera de otro poder. Por otra parte, la otra doctrina, “Arriola” (2009), alega que no se trata de intervenir o establecer a otros poderes cuestiones de política criminal que debieran adoptar, sino que se trata de realizar una valoración de la legitimidad de una norma y su consonancia con postulados constitucionales que la Corte tiene la obligación de preservar.

Se entiende que todas las normas penales están orientadas a establecer una determinada política criminal. Sostener que controlar la validez de una norma penal es entrometerse en cuestiones pertenecientes al Poder Legislativo, conllevaría a los órganos judiciales a desentenderse de una de sus funciones mas importantes: el control de constitucionalidad.

Otra cuestión, es entender la no intromisión de la Corte Suprema alegando no solo cuestiones de política criminal que no serían judiciables, sino que esa norma cuestionada de ninguna manera lesiona un derecho. Es entonces cuando se ingresa en el terreno de la “ponderación”, como mecanismo de evaluación respecto al peso específico de cada norma o derecho que se encuentre en puja con otro. Es aquí donde se apela a la

razonabilidad de los Magistrados en lo que hace a la valoración del grado de afectación causado por la aplicación de una norma u otra, o como en el caso que motiva el desarrollo del presente trabajo, por la aplicación de una norma que coloca en contradicción dos derechos tutelados constitucionalmente y, a su vez, evaluar si la afectación de uno de los derechos justifica la satisfacción del otro.

En el caso sub examine, y considerando que las variables estadísticas aportadas en la jurisprudencia correspondiente denotan el crecimiento del narcotráfico en lo que hace al consumo, como así también al crecimiento de las organizaciones criminales, resulta inobjetable que la aplicación de una sanción penal como la tipificada en el Art. 14 de la Ley 23.737, es inconducente e inconveniente a los fines buscados.

Podemos fundamentar la inoportuna aplicación de la norma no solo en la ineficacia de la misma en lo que hace a la solución del problema de fondo, sino también en el daño causado al individuo adicto (al que solamente consume drogas sin comercializarla de forma alguna), al someterlo a un proceso penal, con las consecuencias que ello implica en lo que hace a la prosecución de su vida en sociedad.

A su vez, los nuevos postulados internacionales incorporados a nuestra legislación mediante la reforma constitucional llevada a cabo en 1994, no dejan espacio a una interpretación que no sea a favor de las libertades individuales de las personas y, en lo que hace a quienes tienen problemas con las drogas, abordarlos desde una perspectiva médico asistencial, y desalentando acciones punitivas por parte del Estado. Esos mismos postulados son los que prohíben terminantemente que el hombre sea tratado con fines utilitaristas, ya que el individuo es un fin en sí mismo, y no un medio para arribar a algún tipo de fin que, de igual forma, podría lograrse por otros medios, o bien, aun limitando derechos vitales, no se lograra.

El argumento de que la sanción al consumidor establecida en el derecho positivo se fundamenta en cuestiones de “clamor popular” o por decisiones de una mayoría fácticamente improbable e indeterminada, que es interpretada por el Poder Legislativo y transformada en ley, no puede ser aceptada como política criminal de ningún Estado que se precie de democrático. Un Estado democrático, mediante su legislación y aplicación de la misma, debe velar por generar las condiciones necesarias que permitan la convivencia armoniosa de los miembros de la sociedad, sin que supuestas mayorías impongan un estilo de vida a quienes pretenden ejercer sus derechos, escogiendo modos de vida diferente, que no por ser distintos a otros, lesionan derechos de terceros. En resumen, el Estado no puede imponer a los ciudadanos un estilo de vida que, de acuerdo con parámetros éticos y morales, considere el correcto.

El control de constitucionalidad ejercido en el marco de la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737, es ejercido correctamente, en tanto la norma perjudica notoriamente, y sin fundamento justificante alguno, derechos relevantes para el hombre.

Conclusiones Generales

El problema jurídico planteado en el presente ensayo radica en determinar: ¿Cuáles son los fundamentos que permiten establecer la preminencia del Principio de Reserva por sobre el Derecho a la Salud, en el caso concreto de la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737? Hemos desarrollado y analizado los fundamentos jurisprudenciales que permiten dilucidar la ponderación del Principio de Reserva por sobre el Derecho a la Salud, en el marco de la aplicación de la norma en cuestión, pudiendo establecer algunas cuestiones elementales que avalan dicha postura, confirmando la hipótesis establecida.

En primer lugar, debemos reconocer la capacidad destructiva, tanto sobre los individuos que consumen las drogas (debido a sus efectos deteriorantes de la salud física y psíquica) como así también la influencia de ello en la sociedad (destruyendo familias y, en algunos casos, induciendo al individuo a realizar conductas antisociales). Es por ello que el Estado tiene la obligación de elaborar una política criminal acorde a las circunstancias, que permita combatir y llevar a la mínima expresión el flagelo del narcotráfico (resultaría una tarea imposible extirparlo por completo), con la finalidad de generar las mejores condiciones para el desarrollo del individuo. Para lograr ese cometido, resulta válido que utilice todas las herramientas y recursos a su alcance.

Las sociedades se caracterizan por tener determinadas particularidades fundamentadas en cuestiones culturales, costumbres, o cuestiones éticas, que se traducen en normas, derechos, y principios. La vida, la libertad, la propiedad, son algunos de esos bienes que el legislador, al tutelarlos, ha transformado en bienes jurídicos, aplicando una pena a quienes los lesionen.

El derecho a la salud comprende un estado de bienestar físico, mental, y también social; es decir, que no se trata solamente de la ausencia de enfermedades o la inexistencia

de factores que pudieran generarlas. Se trata de un concepto aún más amplio. Nos referimos a un medio del cual el individuo debe gozar como condición para arribar a un fin, que es su estado de bienestar; un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva.

La Ley de Salud Mental, sancionada en el año 2010, hace referencia a la salud de los individuos que consumen estupefacientes otorgándoles protección, colocándolos en una posición alejada de una figura delictual y enmarcada en el ámbito de una política médica – asistencial. Consecuentemente, no debe haber duda alguna respecto del tratamiento de una persona adicta.

La misma legislación vigente, y hasta jurisprudencia condenatoria de la tenencia de estupefacientes, admiten que el adicto es un individuo notoriamente perjudicado en sus facultades, lo que permitiría dudar, al menos, de su estado de imputabilidad.

Por su parte, el Principio de Reserva otorga al individuo un espacio exento de la autoridad de los magistrados, debido al cual sus acciones no pueden acarrear ningún tipo de responsabilidad en tanto no se genere un perjuicio a terceros, ni se ofenda el orden y la moral pública, limitándose de esta forma el poder punitivo del Estado, que deberá intervenir ante la lesión de un bien jurídico.

Algunos autores, y basta jurisprudencia, sostienen que existen situaciones en las cuales el poder punitivo del Estado no necesariamente debe esperar la lesión del bien jurídico para actuar, sino que es suficiente la puesta en riesgo de aquel bien. En los casos de los delitos denominados de peligro abstracto, el legislador habría considerado que de acuerdo a la magnitud e importancia del bien que se pretende tutelar, basta con la realización de una conducta que pudiera causar un resultado lesivo al bien, independientemente del daño concreto.

En el caso puntual de la tenencia de estupefacientes, existen teorías que fundamentan su penalización basadas en promover comportamientos morales que no resulten disvaliosos (como la auto degradación del hombre), dejando al arbitrio del Estado la potestad de orientar la conducta de los hombres en base a cuestiones morales que considera ideales o éticas. De esta forma, mediante el poder punitivo, se evitarían acciones individuales que perjudicaran el bienestar general, como interés colectivo y supremo.

La salud pública, entonces, afectada por el delito de narcotráfico, debía prevalecer por sobre el derecho a la intimidad individual. Y es allí cuando surge una colisión de derechos, ante la aplicación de una herramienta con la finalidad de proteger un derecho, en detrimento de otro.

Ante esa situación, es necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales a efectos de realizar una correcta, coherente, y fundamentada ponderación de los derechos en juego.

Determinemos, en el caso que nos ocupa ¿porqué resulta necesaria la intervención de la Corte Suprema mediante el control de constitucionalidad? y ¿porqué no se pueden alegar cuestiones de política criminal no judiciales?

Hemos dicho que una de las funciones primordiales del máximo órgano jurisdiccional es velar por la armonía del sistema jurídico, determinando la validez constitucional de una norma al momento de ser aplicada en un caso concreto, lo que aporta a la sociedad un ambiente dotado de seguridad jurídica que establezca pautas claras de convivencia y determine los límites del individuo en el ejercicio de sus derechos. La política criminal, es también un instrumento utilizado por el Estado para elaborar una situación social lo más óptima posible, estableciendo las formas en que va a ser abordada

una temática delictiva, elaborando las normas necesarias para tal fin mediante el accionar regular del Congreso Nacional, desde donde emanan las mismas.

Si la política criminal está determinada por normas, y el Poder Judicial resulta ser el poder encargado de aplicarlas, no podemos pensar que, a su vez, no goce de la facultad (y la obligación) de determinar si se encuentran, o no, en concordancia con el sistema vigente y con los preceptos y postulados constitucionales que establecen parámetros a seguir y límites a respetar. La división de poderes establecida por el republicanismo, y que nuestro país adopta como forma de gobierno, no implica el desconocimiento por parte de uno de los poderes sobre las actividades de otro, sino más bien, un respeto a la órbita que le corresponde a otro poder, sin ser ajeno al control que el mismo sistema Republicano pregona. La doctrina de los frenos y contrapesos como forma de interacción de los poderes del Estado debe estar presente en todo momento. No se trata, entonces, del trabajo independiente de cada uno de los poderes, sino del trabajo de cada uno de ellos en coordinación con los otros.

En el caso sub examine (aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737) podemos encontrar dos posturas diametralmente opuestas en lo que hace al control de constitucionalidad. “Montalvo” (1990), establece que la sanción penal a la simple tenencia de estupefacientes es una cuestión de política criminal y que los órganos judiciales no poseen la facultad de invadir esa esfera perteneciente a otro poder. Mientras que la doctrina elaborada en “Arriola” (2009), alega que no se trata de interferir en cuestiones de política criminal, sino que la evaluación sobre la validez de una norma no es, ni más ni menos, que una de las funciones del Poder Judicial.

Todas las normas del derecho penal positivo emanan del Congreso de la Nación y, al ser materia penal, no caben dudas de que forman parte de una política criminal, si

los Magistrados no pudieran revisar ninguna de esas cuestiones, es evidente que se estaría desvirtuando la tarea del Poder Judicial en su esencia.

A su vez, resulta importante destacar que la intervención del Poder Judicial en el caso que nos ocupa, no solo encuentra sustento en la propia función judicial, sino también en la evidente violación de un derecho fundamental, como es la libertad del hombre en lo que hace a su estilo de vida.

Ingresando al terreno de la “ponderación” de las normas, los derechos, y los principios fundamentales que son pilares del ordenamiento jurídico, podemos decir que aquella es un mecanismo, basado en la razonabilidad, utilizado por el Juez al momento de evaluar la oportunidad, mérito, y conveniencia, respecto de la aplicación de una norma que, como en el caso estudiado, restringe algún derecho de los considerados fundamentales.

Se trata, entonces, de recurrir a dicho mecanismo interpretativo para lograr determinar cuales son las consecuencias de aplicar una norma determinada. Si la norma se encuentra orientada a un fin determinado ¿cuál es ese fin?, ¿se logra aplicando la norma?, a su vez, si aplico la norma ¿qué derecho lesiono?, y por último ¿se justifica la aplicación de la norma a costa de la lesión del derecho en cuestión?. La aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737, lejos de proporcionar una solución al problema del narcotráfico, genera la revictimización del adicto, que resulta ser la única víctima visible del delito. No hace falta más que recurrir a las estadísticas de organismos nacionales e internacionales para conocer que las organizaciones dedicadas al narcotráfico han crecido de forma exponencial, y de la misma forma ha crecido el consumo. Que tratando al adicto como un eslabón más de la cadena delictiva, y sancionándolo, el único resultado obtenido es etiquetar al individuo ante la sociedad como una persona con antecedentes penales, haciendo su vida aún más penosa de lo que es, debido al consumo de drogas;

transformando a una persona enferma (tal como se refieren la jurisprudencia actual y los organismos internacionales de Derechos Humanos al consumidor) en un delincuente, y condicionándolo con ello para el resto de su vida.

El hombre debe ser eje del sistema jurídico y un fin en sí mismo, no pudiendo ser utilizado para arribar a ningún fin a costa de sacrificar derechos que le corresponden por su condición de tal. La premisa de que castigando al consumidor se puede ascender en la cadena y llegar al traficante es falsa. Como también es falso el postulado de que el adicto se transforma en delincuente por el hecho de consumir. Se trata de apreciaciones carentes de objetividad que pretenden generalizar situaciones particulares en las cuales los individuos, bajo los efectos de la droga, cometen delitos. Hay adictos que cometen delitos, y otros que no; como existen personas que no consumen drogas y cometen delitos. No existe estudio ni comprobación fáctica que fundamente esa generalización.

Es lógico que sin consumidores no habría organizaciones dedicadas al narcotráfico. No habría oferta si no hay demanda. Pero enfocar la política criminal de un Estado, en lo que hace a la lucha contra el narcotráfico, a la parte más débil y visible de la cadena delictual, resulta totalmente infructuoso, incoherente, y hasta costoso en términos económicos. Destinar la labor de las Fuerzas de Seguridad a detener consumidores, a efectos de lograr estadística en cantidad de detenidos, resulta mucho más simple que contar con fuerzas preparadas para combatir a los verdaderos narcotraficantes. Poner en movimiento el sistema judicial, con lo que ello implica, para llevar adelante una causa penal por tenencia de drogas para consumo personal, es lisa y llanamente, malgastar los impuestos de los ciudadanos.

Luego de la reforma constitucional de 1994, y atento a la incorporación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Art. 75 Inc. 22 CN), muchas de las

cuestiones planteadas han encontrado su fundamento en el cambio de óptica sobre el consumidor, y el fallo “Arriola” (2009) plasma en su jurisprudencia esas cuestiones.

La nueva visión respecto al tema, insta a los Estados a promover mediante herramientas de política criminal la lucha contra el narcotráfico y, al mismo tiempo, los conmina a tratar la toxicomanía como una enfermedad, obligando al abordaje de los adictos desde un punto de vista médico, dejando de lado definitivamente el aspecto punitivo.

Volviendo a la ponderación de los derechos que nos ocupan, podemos decir que la aplicación del Art. 14 de la Ley 23.737 tiene como finalidad lograr resultados efectivos en la lucha contra el narcotráfico, ¿es eficaz?, definitivamente no, fundamentado en el hecho de haberse aplicado durante muchos años y a la luz de los aumentos en el tráfico y el consumo respaldados en estadísticas oficiales. Entonces, el Derecho a la Salud tutelado constitucionalmente se ve afectado, de igual forma, con la aplicación de la norma cuestionada. Consecuentemente, podemos asegurar que no se justifica la restricción a un derecho como la libertad de una persona de elegir su modo de vida, siempre y cuando no perjudique a terceros, mediante la aplicación de una norma que no solo no genera los efectos deseados, sino que acarrea consecuencias gravísimas para el individuo sancionado.

Es por todo ello que la política criminal debe orientarse al real problema de fondo (la lucha contra las organizaciones delictivas, y no contra el adicto, que también es víctima de éstas), mediante la adecuación de las herramientas legislativas que, a su vez, deben respetar los estándares constitucionales mínimos. En caso de no respetarse estos principios constitucionales, son los órganos judiciales los facultados a expedirse y enmendar cualquier discrepancia entre normas o derechos.

El adicto, sin lugar a dudas, debería haber sido considerado una víctima de las drogas desde los comienzos de la lucha contra el narcotráfico, evitando su sanción penal y promoviendo su asistencia médica. Más aún cuando dicha sanción no genera los resultados para los cuales fue establecida. Esta situación es saldada mediante la reforma constitucional de 1994 primero, y con su correcta interpretación en el fallo “Arriola” (2009) posteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

- Alexy, Robert. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bernal Pulido, C. (2015). <https://archivos.juridicas.unam.mx>. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf>
- Bidart Campos, G. (2003). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Brena Sesma, I. (2004). *El derecho y la salud- Temas a reflexionar*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bustos Ramirez, J. (1987). *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Colautti, C. (1999). *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*. Buenos Aires: La Ley.
- Creus, C. (1995). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Damsky, I. A. (10 de 06 de 2010). <http://www.bioetica.org>. Recuperado el 10 de 04 de 2018, de <http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/damsky.pdf>
- De Luca, J. A. (1993). *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Finocchiaro, E. (25 de junio de 2010). <http://www.aapdp.com.ar>. Recuperado el 3 de marzo de 2018, de <http://www.aapdp.com.ar/wp-content/uploads/2016/03/2010-ponencia-peligro-abstracto-enzo-finocchiaro.pdf>
- Franz Birnbaum, J. M. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Valparaiso: Edeval.
- Gelli, M. A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Gulco, H. V. (2006). *Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia Comentada*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Kelsen, H. (1997). *Teoría pura del derecho*. Mexico: Forma.
- Mendez Rodriguez, C. (1993). *Delitos de peligro abstracto, técnicas para su tipificación*. Madrid: Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Judiciales.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *El Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo*. Madrid: Civitas.
- Mexico, U. N. (2015). www.archivos.juridicas.unam.mx. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf>

- Mexico, U. N. (2015). *www.archivos.juridicas.unam.mx*. Recuperado el 25 de Julio de 2018, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf>
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Perez Llamoctanta, R. (14 de diciembre de 2008). *www.derechopenalonline.com*. Recuperado el 5 de marzo de 2018, de <http://derechopenalonline.com/la-culpabilidad-penal/>
- Quiroga Lavie, H., Benedetti, M. A., & Cenicacelaya, M. d. (2001). *Derecho Constitucional Argentino - Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Ramos Mejía, E. (1 de enero de 2015). *Universidad de Mendoza*. Recuperado el 6 de febrero de 2018, de www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/download/697/678
- Rinaldoni, M. C. (4 de mayo de 2012). *Revista electrónica*. Recuperado el 1 de marzo de 2018, de <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/viewFile/200/194>
- Robert, A. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez Montañés, T. ,. (2004). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Silva Sanchez, J. M. (2001). *La expansión de derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales* . Madrid: Civitas.
- Silvestroni, M. (2004). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. (3 de agosto de 2013). *www.youtube.com*. Recuperado el 4 de febrero de 2018, de <https://www.youtube.com/watch?v=CijA-bArWQc>
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Legislación y tratados internacionales.

- *Constitución de la Nación Argentina.*
- *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).*
- *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.*
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*
- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*
- *Código Penal de la Nación Argentina.*
- *Código Procesal Penal de la Nación Argentina.*
- *Ley 20.771 (de 1974).*
- *Ley 23.737 (de 1989 y en vigencia)*

Jurisprudencia (en orden cronológico).

- *“Colavini Ariel s/ infracción Ley 20.771”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, marzo de 1978.*
- *“Bazterrica Gustavo s/ infracción Ley 20.771”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto de 1986.*
- *“Montalvo Ernesto s/ infracción Ley 23.737”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciembre de 1990.*
- *“Arriola, Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto de 2009.*