



*La dosis umbral en la tenencia de estupefacientes
Necesidad de regulación*

Nombre y Apellido: Mariana Soledad Montenegro

Legajo: VABG 10634

Fecha de entrega:

Carrera: Abogacía

Resumen

El siguiente trabajo final de grado abordará la problemática de la dosis umbral en la tenencia de estupefacientes para consumo personal. A su vez, se estudiará la presunta violación a principios y derechos constitucionales, como lesividad, reserva, intimidad, que genera la sanción de este tipo de delitos, y la inseguridad jurídica provocada por los diversos criterios de la jurisprudencia.

También, se destacará la importancia de la regulación de un criterio objetivo que permita distinguir si la tenencia de estupefacientes es para consumo personal o para comercialización.

Palabras claves: tenencia, estupefacientes, lesividad, reserva, intimidad, inseguridad jurídica.

Abstract

The following final grade work will address the problem of the threshold dose in the possession of narcotics for personal consumption. In turn, the alleged violation of principles and constitutional rights will be studied, such as lesividad, reservation, privacy, which generates the sanction of this type of crime, and legal uncertainty caused by the various criteria of jurisprudence.

Also, the importance of the regulation of an objective criterion that allows to distinguish whether the possession of narcotics is for personal consumption or for commercialization will be highlighted.

Keywords: possession, narcotics, lesividad, reservation, privacy, legal insecurity.

Índice

Resumen/ Abstract	2
Introducción	4
Capítulo 1: La tenencia de estupefacientes en el derecho argentino	
Introducción	7
1.1. Concepto de estupefacientes	7
1.2. Delitos tipificados por la Ley 23737. Enumeración y análisis	7
1.3. La tenencia de estupefacientes. Concepto. Características. Regulación	9
1.4. Dosis umbral. Concepto. Efectos	11
Conclusiones parciales	12
Capítulo 2: Principios constitucionales vinculados a la materia	
Introducción	15
2.1. Análisis de los principios del debido proceso y de derecho penal	15
2.2. Análisis de los tratados internacionales de derechos humanos que regulan el debido proceso	18
2.3. Derecho a la intimidad. Su alcance	19
Conclusiones parciales	20
Capítulo 3: Evolución de la jurisprudencia	
Introducción	22
3.1. Análisis de la jurisprudencia en relación a la dosis umbral	22
3.2. Variabilidad de criterios jurisprudenciales que generan inseguridad jurídica	26
Conclusiones parciales	28
Capítulo 4: Distinción entre tenencia de estupefacientes para consumo y para comercialización	
Introducción	29
4.1. Distinción entre la tenencia de estupefacientes para consumo y para comercialización	30
4.2. La función de la dosis umbral	32
4.3. Afectación de principios constitucionales	32
4.4. Propuesta de regulación de la dosis umbral en la Ley 23737	34
Conclusiones parciales	34
Conclusión	36
Bibliografía	38

Introducción

La temática vinculada a los estupefacientes, consumo o comercialización, es una problemática social y jurídica actual en Argentina, dado que existe una legislación vigente que data del año 1989, la cual ha sido modificada, pero no *aggiornada* a la nueva realidad socio- jurídica.

En el entendimiento de la importancia del tema y de las discrepancias entre los distintos criterios vertidos por la jurisprudencia en relación a la distinción entre el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal y para comercialización, es que surge este proyecto de trabajo final de grado.

Se ha planteado como problema de investigación, si la falta de especificación de la dosis umbral para tenencia de estupefacientes en la Ley 23737 ¿afecta la configuración y distinción del tipo penal tenencia de estupefacientes para consumo personal o para comercialización?, ratificando la diferencia entre los fallos judiciales y generando inseguridad jurídica y afectación de principios constitucionales, como el debido proceso y el derecho a la intimidad.

Acompañando la pregunta de investigación, se ha planteado como objetivo general determinar si la falta de especificación de la dosis umbral para tenencia de estupefacientes en la Ley 23737 afecta la configuración y distinción del tipo penal tenencia de estupefacientes para consumo personal o para comercialización, y en cuanto a los específicos, se centran en el análisis constitucional de los principios que podrían verse afectados, el estudio de los diversos delitos que la ley 23737 sanciona y la evolución de la jurisprudencia.

Para cumplir con los objetivos mencionados, se organizará el trabajo final de grado en cuatro capítulos. El primero de ellos abordará el análisis de la ley de tenencia de estupefacientes N° 23737, el segundo capítulo explicará los principios constitucionales vinculados al debido proceso y el derecho a la intimidad, el tercer capítulo se ocupará de estudiar la jurisprudencia nacional más relevante en el tema, para finalizar en el cuarto capítulo con un examen detallado de la distinción entre la tenencia de estupefacientes para consumo y para comercialización, la función de la dosis umbral, la afectación de principios constitucionales y la propuesta de regulación de la dosis umbral en la Ley 23737.

El tipo de estudio a realizar es descriptivo, dado que se recolectará

información que permitirá puntualizar una serie de cuestiones (Sampieri, Collado, & Baptista, 2006). La finalidad de este tipo de investigación es el estudio de las propiedades, características y perfiles del instituto a analizar (Danhke, 1989).

En cuanto a la estrategia metodológica, la misma será cualitativa, dado que lo que se intenta en el presente trabajo de investigación, es llegar a un análisis que conduzca a obtener un conocimiento válido con suficiente potencia explicativa (Perez Serrano, 2002)

El período temporal que comprenderá el estudio de la problemática elegida, se encuentra desde el año 1986, año en que se dictó el fallo “Bazterrica” hasta la actualidad, dado que aún no existe una resolución uniforme en cuanto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Capítulo 1

La tenencia de estupefacientes en el

derecho argentino

Introducción

En general, en un primer capítulo de un trabajo de investigación se abordan cuestiones básicas, como conceptos y características de los fenómenos a estudiar con la finalidad que el lector comprenda el texto que se le está transmitiendo. Este trabajo no será la excepción, y por tanto, aquí se abordará el objetivo específico planteado en el proyecto de investigación que persigue “analizar los delitos que tipifica la Ley 23737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes”.

Este análisis implica definir qué se entiende por tenencia y tráfico de estupefacientes y cuál es el concepto de dosis umbral.

1.1. Concepto de estupefacientes

El Código Penal define en su artículo 77 el concepto de estupefacientes como “...estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”. Mas que una definición lo citado se trata de una enumeración de sustancias con la consecuencia que generan.

Precisamente, un estupefaciente es:

Toda sustancia psicotrópica, con alto potencial de producir conducta abusiva y/o dependencia (psíquica/física, con perfil similar a morfina, cocaína, marihuana, etc.), que actúa por sí misma o a través de la conversión en una sustancia activa que ejerza dichos efectos¹.

Por tanto, según ANMAT, un estupefaciente siempre es un psicotrópico, que se define como “cualquier sustancia natural o sintética, capaz de influenciar las funciones psíquicas por su acción sobre el Sistema Nervioso Central (SNC)”².

1.2. Delitos tipificados por la Ley 23737. Enumeración y análisis

La ley 23737 contiene 47 artículos. Algunos de ellos modifican el Código

¹ Recuperado de http://www.anmat.gov.ar/Medicamentos/psicotropicos_y_estupefacientes.pdf en fecha 04/11/2018

² Ídem

Penal y otros tipifican nuevos delitos o modifican la regulación de otros.

El artículo primero sanciona la venta de medicamentos sin receta o los suministre en diversa cantidad, sustancia o calidad a la especificada por el profesional. Este delito tiene su versión dolosa, que es el regulado en el artículo primero y su versión culposa, que se expresa en el artículo segundo. A su vez, el artículo tercero hace extensiva la pena a quienes obren como directores, administradores u órganos de contralor o vigilancia de las instituciones habilitadas para la venta de sustancias medicinales.

El artículo quinto describe varios hechos punibles.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijadas el que sin autorización o con destino ilegítimo:

- a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines;
- b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;
- c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;
- d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte;
- e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijadas...

Bianco y Castro (2015), en relación al primer inciso explican que la guarda de semillas deben ser de aquellas que puedan ser germinadas para que se configure el delito. Los incisos b, c, d y e pueden resumirse como el comercio de estupefacientes o de materia prima para su producción, y si se trata de comercio se entiende que el suministro debe ser a título oneroso. “Es esencial el ánimo de lucro...” (Bianco y Castro, 2015, pág. 8).

El artículo sexto de la ley 23737 sanciona la importación de estupefacientes

o precursores químicos para su producción.

Será reprimido con prisión... el que introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso...

También, la ley 23737 sanciona la financiación de las actividades descriptas en los artículos quinto y sexto.

Por último, en relación a los artículos que interesa citar en este trabajo, aparece la sanción a la tenencia y consumo. El artículo 12 sanciona a quien consuma estupefacientes públicamente o induzca a otros al consumo, o difunda el uso de los mismos. El artículo 13 agrava las penas de los delitos que se han realizado habiendo consumido estupefacientes y el artículo 14 pune la mera tenencia, y reduce la pena si por su cantidad se presume que es para consumo personal.

1.3.La tenencia de estupefacientes. Concepto. Características. Regulación

La tenencia de estupefacientes es un tópico hartamente discutido en el derecho argentino, pero que aún no encuentra la solución a la problemática que generan las drogas en general.

Struense (1998) define genéricamente los delitos de tenencia como "aquellos tipos penales que describen expresamente la conducta punible como el "tener" una cosa incriminada (= objeto corporal)" (pág. 107). Dentro de estos delitos se ubica, principalmente, la tenencia de estupefacientes.

Falcone (2007) siguiendo a Nestler (2000) expresa que:

...la posesión de un objeto no representa peligro alguno. Dicha posesión sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto (pág. 2).

Siguiendo este razonamiento se podría expresar que la mera tenencia de estupefacientes no debería ser un hecho punible.

Lascano (2016) citando a Struense (1998) aclara que:

Por un lado, se acentúa que el Derecho penal sólo puede incriminar comportamientos humanos (en la forma de hacer u omitir), no puede, en cambio, incriminar un mero estado como el tener. Por el otro lado, se critica que los tipos penales de tenencia podrán estar aplicando la pena de la consumación, en forma contraria al Estado de derecho, a estados en los cuales, en todo caso, se podría pensar en estadios preparatorios previos... (pág. 3)

En definitiva, la tenencia de un estupefaciente, según los autores citados, no es más que el hecho de poseer una cosa, como cualquier otra, por lo tanto no debería ser sancionado, por tratarse de, en todo caso, un acto preparatoria que se encuentra dentro del pensamiento del sujeto, sin principio de ejecución. La punibilidad debería comenzar a partir del momento que, la persona comete un delito, que puede hacerlo habiendo o no consumido los estupefacientes.

La ley 23.737 actualmente vigente, dispone dos previsiones sancionatorias respecto a la tenencia: la tenencia simple (art. 14, 1º párrafo) que establece la pena de 1 a 6 años de prisión y multa para el que tuviere en su poder estupefacientes. Y la tenencia para consumo personal (art. 14, 2º párrafo) que sanciona con pena de prisión de un mes a dos años a quien tuviere estupefacientes que por su escasa cantidad y demás circunstancias sugiere inequívocamente que es para uso personal. Dicha legislación excluye del delito de tenencia a las hojas de coca en su estado natural para la práctica del coqueo (art. 15 ley 23737).

Nuevamente la ley 23737 atenta contra la intimidad de las personas cuando, en su artículo 17, expresa que:

...si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación...

Con respecto a la sanción penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparecen dos bienes en conflicto: uno particular, que es el derecho a la privacidad o derecho de reserva (artículo 19 de la Constitución

Nacional) y el otro de orden colectivo: el de la defensa social, puesto que la tenencia de tóxicos nocivos importa un peligro para la sociedad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mutado su criterio jurisprudencial con el tiempo respecto de la sanción de dicha figura, hasta llegar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.737, que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal (Puricelli, 2000).

Cabe recordar que, la tenencia de estupefacientes se trata de un delito de los definidos como de peligro abstracto. “...en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización...” (Figueroa, 2010, pág. 3, citando a Roxin, 1997). Este tipo de delitos violenta varios principios constitucionales de derecho penal y de derecho procesal penal que se verán en el siguiente capítulo, como por ejemplo, el principio de reserva y de lesividad, entre otros. Bianco y Castro (2015) expresan que:

Se han cuestionado a los delitos de peligro abstracto en razón de su ínsita contradicción con el principio de lesividad, base del derecho penal liberal que tiene como regla esencial aquella que impide prohibir y castigar una acción humana si no perjudica u ofende los derechos individuales o sociales de un tercero, la moral o el orden públicos (pág. 20).

En síntesis, se puede expresar que la tenencia de estupefacientes en el derecho argentino no sólo es punible, al contrario de todo lo que opina o sugiere la doctrina moderna de derecho penal, sino que además, prácticamente obliga al sujeto a someterse a un tratamiento para rehabilitarse de dicho consumo.

1.4.Dosis umbral. Concepto. Efectos

La legislación argentina que regula la tenencia de estupefacientes no establece mínimos y máximos de dosis que determinen si esa droga es para consumo personal o para comercializar. Teniendo en cuenta esta situación, el análisis se realiza en cada caso concreto, y es a través de la sentencia que los jueces encuadran en uno u otro delito.

Ahora bien, qué se entiende por dosis umbral. La dosis umbral es un “nivel de exposición por debajo del cual no se observan los efectos nocivos o perjudiciales de

una sustancia en una población”³. Si esta definición se traslada a los estupefacientes, podría entenderse como aquella dosis que, por su cantidad y efecto, podría ser para consumo personal, y una vez superada dicha cantidad se entenderá que es para comercializar.

En un fallo de la provincia de Salta se ha destacado la importancia de la dosis umbral, no sólo por la cantidad, sino por la calidad de la droga.

...no es indiferente entonces la cantidad y concentración en que fue encontrado el estupefaciente, porque ello delimita lo penalmente irrelevante de los delitos tipificados en la Ley”. De esta forma, los jueces explicaron que “en el Derecho y en la jurisprudencia se nutre al baremo de lo que se conoce como dosis umbral, cantidad y concentración de un tóxico que en su dopaje nos permite distinguir aquellas conductas atípicas (...)”⁴.

Como se ha expresado supra, el efecto que provocaría el establecimiento de una dosis umbral sería la automática distinción de un delito de tenencia de estupefaciente para consumo personal y de tenencia para comercialización, quedando a cargo del fiscal la demostración de que la tenencia, aunque menor que la dosis umbral, es para comercializar.

Conclusiones parciales

En este capítulo se ha analizado la ley de Estupefacientes, 23737, que regula y sanciona varios delitos vinculados a las sustancias estupefacientes.

De la legislación mencionada se distinguen dos delitos que son de importancia en este trabajo: la tenencia de estupefacientes para consumo personal y la tenencia de estupefacientes para su comercialización. Uno de ellos podría considerarse dentro de la esfera íntima de las personas, que mientras no afecten derechos de terceros, no debería ser punible, en cambio el segundo sí es punible, dado que se comercia un objeto ilícito que afecta la salud pública. Es decir el vendedor de estupefacientes se enriquece a costa de la salud de otros.

³ Recuperado de https://www.atsdr.cdc.gov/es/training/toxicology_curriculum/modules/1/es_lecturenotes.html en fecha 13 de noviembre de 2018

⁴ Recuperado de http://www.actualidadjuridica.com.ar/noticias_viewview.php?id=29096 en fecha 13 de noviembre de 2018

La determinación de la dosis umbral implicaría reconocer que la cantidad de estupefacientes es para consumo personal, respetando la intimidad del sujeto, no criminalizar al consumidor y centrar los recursos de investigación en aquellos que negocian con estupefacientes.

Capítulo 2:
Principios constitucionales vinculados a
la materia

Introducción

En este capítulo se abordarán tres objetivos específicos muy importantes para el desarrollo de este trabajo final de grado, que se vinculan con principios constitucionales. El primer objetivo a abordar es conocer y explicar los principios constitucionales del Debido Proceso Penal y los principios constitucionales del Derecho Penal, en el marco de la Constitución Nacional argentina y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Seguidamente, se tratará de determinar la vulneración a los principios constitucionales del Debido Proceso Penal y el Derecho a la Intimidad que provoca la falta de especificación de la dosis umbral en la Ley 23737. Por último se intentará conocer y explicar el significado y alcance del Derecho a la Intimidad, en el marco de la Constitución Nacional argentina y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

1.1. Análisis de los principios del debido proceso y de derecho penal

La Constitución Nacional argentina, en su artículo 18, establece las denominadas garantías del debido proceso. En su parte pertinente expresa:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos... (art. 18 C.N.)

Estos mismos principios se encuentran plasmados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos ellos forman parte del denominado bloque de constitucionalidad dado que han sido incorporados en la Constitución Nacional argentina, en la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.).

En principio cabe aclarar cuál es el alcance y el objetivo del debido proceso penal. Gozaini (1999) expresa que:

El debido proceso sustancial es una limitación al poder. La garantía se ocupa de impedir que cualquier decisión de la autoridad que amenace, afecte o lesione algún derecho fundamental de las personas, pueda considerarse legítimo si ha traspuesto las reglas del debido proceso (pág. 1).

Es decir que, si el proceso penal viola o atenta contra alguno de los principios constitucionales del debido proceso, podrá ser declarado nulo, y dejado sin efecto.

El primer principio que esboza el artículo 18 de la Constitución Nacional, es el principio de legalidad. El mismo establece que “para que una conducta sea susceptible de imputación penal, debe existir previamente la tipificación de la misma en el ordenamiento de fondo” (Penna, s/f, s/d). En el caso de la tenencia de estupefacientes el delito se encuentra plasmado en la ley 23737, artículo 14.

Seguidamente, se expresa la garantía del juez natural. “El derecho a un juez legal, o predeterminado por la ley significa que el órgano judicial haya sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento” (Carignano- Yapura y otros, s/f, pág. 7). Es decir que el juez debe haber sido designado antes del hecho de la causa, conforme a la modalidad prevista para su designación.

El principio constitucional que establece que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, podría ser el primero violentado por la ley 23737. Existen dos interpretaciones a este principio, la primera de ellas establece que:

Se debe proteger al imputado del error de creer que está obligado a declarar. Este error puede situar al inculpado en una situación de coerción psíquica, la que quiere evitar el legislador por medio de la obligación de que se le instruya de sus derechos (Villar, 2005, pág. 1).

La segunda interpretación tiende a demostrar la voluntad en la declaración dado que:

El Estado no puede provocar que el imputado se auto inculpe o se atribuya hechos como consecuencia de la omisión de la instrucción de sus derechos o por la constitución de situaciones que provoquen error en la situación en que se produce la declaración (Villar, 2005, pág. 1).

Se entiende que puede ser uno de los primeros principios violentados por la ley 23737 en virtud de la obligatoriedad en el sometimiento al tratamiento de desintoxicación. Esa acción implicaría, de algún modo, que el procesado se declare culpable de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Por último, la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos hace referencia a que “la igualdad y autonomía de las partes en el proceso penal exige que tanto la labor de recopilar evidencia incriminatoria como la tarea de refutar dicha evidencia tengan potencialmente la misma eficacia”⁵. Refleja el rol activo que puede tener el imputado/ procesado para acreditar pruebas que hagan a su inocencia, independientemente que quien se encuentra obligado a recopilar pruebas para sustentar la culpabilidad sea el fiscal.

En relación a los principios de derecho penal, el primero que surge analizar en la problemática de la tenencia de estupefacientes, es el principio de lesividad.

Explica Lascano (2014) citando a Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) que los delitos de tenencia:

Son de constitucionalidad harto dudosa, pues revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad (pág. 5)

Y esto es así porque el principio de lesividad implica que para que haya delito es necesario que exista un bien jurídico lesionado. Y en principio, la tenencia de estupefacientes para consumo personal afectaría a la misma persona, por tanto es una esfera en la que el Estado no debe inmiscuirse.

Otro principio de Derecho Penal que se ve afectado por este delito es el principio de legalidad, dado que al ser un delito de peligro abstracto “relevar de la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción, la tipicidad queda perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto...”

⁵ Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gPw5eyvF5AMJ:www.cels.org.ar/common/documents/acceso.DOC+&cd=17&hl=es&ct=clnk&gl=ar> en fecha 27 de mayo de 2018

(Guisasola Lerma, 2008, pág. 234 citado por Figueroa, 2010, pág. 6).

En relación al principio de culpabilidad, Figueroa (2010) expresa que en vez de juzgarse el daño producido o el peligro concreto creado por el sujeto, se lo sanciona por su condición o forma de vida, se aplica el derecho penal de autor, no de acto.

Por último, el principio más afectado es el de reserva, que será analizado en el punto tercero del presente capítulo.

1.2. Análisis de los tratados internacionales de derechos humanos que regulan el debido proceso

La Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8, enumera las denominadas garantías judiciales, a saber: derecho a ser oído, presunción de inocencia, derecho de defensa personal y técnica, derecho a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable, derecho a recurrir el fallo, derecho al juez natural. Estas garantías deben respetarse en cualquier proceso penal, pero como se advierte dentro de la Ley de Estupefacientes, se vulnera el principio de no declarar contra sí mismo, dado que si la persona reconoce su adicción se suspende la aplicación de la pena por un tratamiento que debe cumplir en un plazo determinado sino es sancionado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en varios artículos, establece los derechos de una persona imputada. El derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial se regula en el artículo 10; la presunción de inocencia y el derecho de defensa, en el artículo 11; y el derecho a recurrir las sentencias en el artículo 8.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9, establece la imposibilidad de detener a persona alguna sin causa justificada, privándola de su libertad. A su vez, el mismo artículo establece que quien se encuentre detenido deberá ser puesto ante el juez competente de manera inmediata.

El artículo 7 establece todas las garantías del debido proceso, como por ejemplo el derecho a ser oído, la imparcialidad del tribunal que juzga, derecho de

defensa e información, derecho a no declarar contra sí mismo, ni declararse culpable, y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Todas las garantías del debido proceso que han sido mencionadas son relevantes dado que, en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal, el hecho de la tenencia de la droga genera una presunción de culpabilidad que afecta el principio de inocencia, y a su vez, como ya fue expresado, el hecho de acogerse a un tratamiento implica admitir una culpabilidad para librarse de la condena a prisión, pero en el caso que no se logre la “recuperación” la condena se aplica igualmente.

1.3. Derecho a la intimidad. Su alcance

El artículo 19 de la Constitución Nacional, resguarda el derecho a la intimidad o privacidad y expone que:

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

Este principio es el más afectado. Se lo puede definir como “todas las acciones que cada individuo realice según su plan de vida y no afecten a otras personas deben considerarse realizadas dentro del ámbito de libertad personal” (Penna, s/f, s/d).

Se dice que es el principio más afectado porque, en definitiva, quien posee estupefacientes en su poder para consumo personal, y no se encuentra atentando contra derechos de terceros, sólo se perjudica a sí mismo, y allí el Estado no debería inmiscuirse.

Si desde el Estado se impone una forma de ser, un plan de vida, a los/as ciudadanos/as, la degradación caería sobre el mismo Estado que no permitiría la realización de conductas que puedan ser consideradas incluso inmorales pero que no afecten a terceros (Penna, s/f, s/d).

Expresa Figueroa (2010) acerca del principio de reserva penal:

...el derecho penal no puede inmiscuirse en aquellas acciones o conductas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, ya que esa es la barrera que le pusieron los constituyentes al Estado, para que ni el poder punitivo, ni sus agentes hagan abuso de la autoridad conferida, ya que como se verá el Derecho Penal debe ser de última ratio, subsidiario y de mínima intervención (pág. 6)

Diverso es el supuesto de aquél que posee las sustancias para comercialización, porque en ese caso si atenta contra el orden público, especialmente contra la salud pública, en virtud de la venta de un producto nocivo que se encuentra expresamente prohibido. Es decir, quien posee estupefacientes para la venta, genera un lucro con el daño ajeno.

Conclusiones parciales

En este capítulo se han desarrollado principios constitucionales trascendentes para el objetivo de este trabajo final de grado.

Principalmente se destaca el principio de Reserva Penal que se encuentra resguardado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que es de aplicación inmediata a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no así en los casos de comercialización de estupefacientes.

El consumo de estupefacientes afecta a la persona que realiza la acción y no a los terceros, y en el caso que se produzca un delito, como por ejemplo el robo, es ese delito el que deberá ser sancionado, de lo contrario se está violando, también el principio de lesividad.

Capítulo 3
Evolución de la jurisprudencia

Introducción

A lo largo del primero y el segundo capítulo se analizaron cuestiones conceptuales y constitucionales básicas, que otorgan el marco de relevancia a la temática de este trabajo final de grado.

Ahora bien, en este tercer capítulo, se desarrollará la visión de la jurisprudencia en relación a la importancia o no de fijar una dosis umbral en la cuestión de los estupefacientes.

Es por eso que, el objetivo a cumplir será indagar sobre los criterios que ha desarrollado la jurisprudencia a la hora de determinar cuando la tenencia de estupefacientes es para consumo personal.

1.1. Análisis de la jurisprudencia en relación a la dosis umbral

En el año 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta sentencia en la causa “Bazterrica”⁶, siendo la primera vez que se deja sin efecto una condena por tenencia de estupefacientes, de un sujeto que poseía 3,6 gramos de marihuana y 0,06 gramos de clorhidrato de cocaína. Justamente, la exigua cantidad, es uno de los fundamentos esgrimidos por la defensa para revertir el fallo condenatorio.

En el considerando octavo, la Corte Suprema ha esbozado un fundamento clave para determinar la no punibilidad del acto de la tenencia de estupefacientes. La misma ha expresado que:

Que sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos.- La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta

⁶ CSJN en autos Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes" – Sentencia de fecha 29/08/1986

que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

Es decir que, la Corte ubica la tenencia de estupefacientes para consumo personal, dentro de la esfera de la intimidad, mientras no afecte la salud pública o cualquier otro derecho de terceros.

También, en el considerando undécimo, realiza una síntesis de los motivos por los cuales la tenencia de estupefacientes no debe ser punible. Esta síntesis es mas social que jurídica, pero se convierte en un gran fundamento para la determinación de las dosis umbrales.

El sujeto puede un día probar la droga, comenzar luego a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica -y en algunos casos física- de ella. Frente a estas distintas situaciones o etapas, las diferentes respuestas que debe proporcionar el Estado tienen una gran influencia sobre el individuo. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir.

La misma Corte Suprema que había esgrimido fundamentos tan humanos en la causa Bazterrica, es la misma que condena a “Montalvo” por la tenencia de sólo 2,7 gramos de marihuana (cabe recordar que Bazterrica poseía 3,6 gramos de marihuana y 0,06 gramos de clorhidrato de cocaína). Uno de los fundamentos en que basan su condena expresa:

El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas "consecuencias"

"en algunos casos", que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a que se refiere esta causa. 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 (Fallos: 238:550 y los que en esta sentencia se inspiran) que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su "intimidad"

A su vez, expresa la Corte Suprema, en una peligrosa interpretación de aquello que implica la tenencia que:

...el elemento subjetivo de la figura se satisface con la voluntad consciente del sujeto de tener la droga. Así, poco importa la finalidad de la tenencia, ya sea para satisfacer un interés patológico, o para poder a su vez venderla, o donarla a otro y, fuera de los casos de autorización legítima, quien tiene drogas cumple con la acción típica y con los elementos de la figura, sin que los motivos en virtud de los cuales entró en la tenencia de la sustancia... (Considerando 14º)

En este considerando, se podría interpretar que la Corte desconoce la tenencia de estupefacientes para consumo personal, teniendo en cuenta que con cualquier cantidad de estupefacientes se podría considerar que el sujeto es comerciante.

En la causa "Arriola, Sebastián y otros"⁷, la defensa fundamenta el pedido de absolución de los imputados, entre otros argumentos, por los siguientes:

...7º) Que en el recurso extraordinario la defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado. Por otro lado, alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales...

⁷ CSJN "Arriola, Sebastián y otros s/causa N° 9080"- Sentencia de fecha 25 de agosto de 2009

La Corte Suprema de Justicia de la Nación deja sin efecto la doctrina de “Montalvo” y vuelve a la doctrina “Bazterrica”. Reconoce, en el considerando 14, que la persecución de los consumidores no ha dado como resultado la disminución del comercio de estupefacientes, sino por el contrario el tráfico se ha incrementado.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

También resalta la Corte Suprema que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos refuerzan la necesidad de garantizar la autonomía personal de todos los sujetos, volviendo a declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23737.

En la causa “Roldán”⁸, se le incautan al mencionado cinco envoltorios con marihuana y cuatro con cocaína, mezclada con cloruros y cafeína, en una requisita realizada por un oficial de policía, en la Villa 1.11.14.

La Sala II, de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional ha dicho que:

...la cantidad de droga incautada, la forma en que estaba acondicionada y la actitud del imputado observada por la policía permiten afirmar –con las pruebas con que cuenta el sumario- que se trataba de una tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal del nombrado.

A su vez, refresca la inutilidad de la persecución a los consumidores y su utilización como medios para alcanzar a quienes ejercen el narcotráfico, descuidando la salud pública de los mismos.

También, expresa la Sala II cuál es su criterio para determinar la tenencia es potencialmente riesgosa para derechos de terceros.

⁸ Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Roldán Jonatan s/ sobreseimiento” sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009

Puede considerarse que existe un riesgo potencial que justifica esa incriminación penal cuando la tenencia de la sustancia no se adecua a una actividad de consumo privado e individual, y se enmarca en una situación de consumo potencialmente dañosa o de posible difusión indeterminada de los estupefacientes (considerando tercero).

A su vez, la Sala II, ejemplifica cuando la tenencia de estupefacientes puede ser para comercialización, por ejemplo cuando se la posee en espacios donde se desarrolla alguna actividad deportiva o recreativa, o “...en los casos en los que valoramos que por la cantidad de droga secuestrada era dable presumir que se trataba de una actividad que excedía la de un estricto consumo privado” (considerando III).

Nuevamente, aquí, surge la cuestión de la cantidad de estupefacientes, abonando, una vez más, la importancia de regular la cantidad de estupefacientes que podría considerarse para consumo personal.

Distinto es el criterio adoptado por la misma Sala, de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, en un fallo de la misma fecha llamado “Acosta”⁹.

La diferencia entre un caso y otro, es que en “Acosta” las sustancias encontradas fueron “pastillas compuestas por un derivado anfetamínico incluido en la ley 23.737 dentro del predio donde se estaba desarrollando un evento de música electrónica”¹⁰.

Es por eso que allí si se consideró la posible afectación a la salud pública, sin importar las cantidades de sustancias encontradas, sino que se juzga el delito de peligro por las circunstancias del caso.

1.2.Variabilidad de criterios jurisprudenciales que generan inseguridad jurídica

Luego del análisis de jurisprudencia realizado, se puede apreciar la diversidad de criterio adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante hechos de iguales características. No así en los casos resueltos por la Sala II de la Cámara

⁹ Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Acosta Santiago s/ procesamiento” sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009

¹⁰ Ídem

Federal, porque el encuadre de los hechos no era el mismo en ambos casos, por mas que así lo había invocado la defensa del imputado “Acosta”.

Por lo tanto, ante esta diversidad de criterio, se invocará un concepto que podría verse afectado: la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es una:

Condición o cualidad esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos¹¹.

Tal como el concepto lo expresa es una garantía para aplicar la ley, es decir para que los ciudadanos conozcan cuáles serán los alcances de sus actos. Por esto es que la ley penal debe ser completa, con la finalidad de evitar la confusión entre lo permitido y lo prohibido.

Esta dificultad se ve, claramente, plasmada entre el texto de la ley de estupefacientes que sanciona la tenencia para consumo personal, sin miramientos; y las resoluciones de diversos tribunales que, en reiteradas oportunidades, han declarado la inconstitucionalidad del artículo por afectar el derecho a la intimidad previsto en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. A veces, aunque no han declarado la inconstitucionalidad, también han dejado sin efecto condenas por la escasez de la droga tenida.

Otra cuestión que vale la pena introducir, es si el apartamiento de los criterios generados por la Corte Suprema, pueden dar lugar a sentencias arbitrarias, tal como ha invocado la defensa en el caso “Montalvo”.

La arbitrariedad se sostiene en tres criterios:

Desarmonía o exceso entre lo decidido por el juzgador y las pretensiones de las

¹¹ Recuperado de <https://argentina.leyderecho.org/seguridad-juridica/> en fecha 20 de enero de 2019

partes... la sentencia que no tiene en cuenta claras constancias y pruebas en la causa... exceso de ritualismo y cómo es dable exigir que se pruebe todo, aún lo que no merece prueba (Rodríguez Saiach, 1996, pág. 12)

El hecho de apartarse de criterios estipulados por tribunales superiores, no es arbitrario, si se encuentra fundado.

Conclusiones parciales

Antes del fallo “Bazterrica” el criterio de la Corte Suprema era el de la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por eso el mismo consistió en un cambio de paradigma que duró sólo cuatro años, dado que con “Montalvo” se vuelve a dicho criterio. Con el cambio de composición de la Corte Suprema, en el año 2009, se vuelve al criterio “Bazterrica” en la causa “Arriola”.

Este resumen no hace más que demostrar la necesidad imperiosa de incorporar dosis umbral en la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Estos cambios de criterio, provocan inseguridad jurídica porque la población desconoce si los tribunales aplicarán la ley 23737 o la jurisprudencia que contempla que la tenencia de estupefacientes para consumo personal se encuentra resguardado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Capítulo 4

Distinción entre tenencia de
estupefacientes para consumo y para
comercialización

Introducción

En este último capítulo del presente trabajo final de grado se analizará la diferencia entre tenencia de estupefacientes para consumo personal y para comercialización. Dentro de los objetivos específicos planteados en el proyecto de trabajo final, se abordará el de analizar los vacíos legales que presenta la regulación de la Ley Nacional 23737 de Tenencia y Tráfico de estupefacientes

También se hará hincapié en la función de la dosis umbral, ofreciendo una propuesta de reforma a la ley 23737.

A su vez, se estudiará la afectación de los principios constitucionales que esta legislación incompleta genera.

1.1. Distinción entre la tenencia de estupefacientes para consumo personal y para comercialización

A lo largo de este trabajo final de grado, se ha hecho hincapié en la tenencia de estupefacientes para consumo personal y no se ha trabajado sobre la comercialización, dado que no es a lo que apunta la problemática abordada.

Es tiempo, ahora, de formalizar una distinción entre ambos delitos dado que la dosis umbral provocaría una diferencia, prácticamente, automática entre ellos.

El delito de tenencia consiste en la portación de los estupefacientes, ahora bien la diferencia entre consumo personal y comercialización, es la finalidad de esa tenencia.

En diversos fallos analizados, ha quedado plasmado que las escasas cantidades de droga secuestrada en poder de los imputados, mas las circunstancias que acompañaron la detención, hicieron presumir que la tenencia es para consumo personal y no para comercialización. Y se ha prescindido del análisis de cantidades cuando la tenencia era en eventos deportivos o recreativos.

En el marco del fallo “Arriola”, se cita a modo ejemplificativo lo dicho por la intendente de la Ciudad de Luján, provincia de Buenos Aires, para entender la conflictiva social que causa esta incertidumbre.

Hay un parámetro medio pero es muy generalizado y no sujeta a los fiscales a nada porque no está impuesto. Si se encuentra a una persona con 5 o 10 gramos de marihuana, se presume que es para consumo personal. Si excede los 10 gramos se coteja el entorno. Se analiza si esa persona lleva dinero con cambio; se puede incautar y analizar el teléfono celular, entre otros elementos. Sólo el contexto permite determinar el fin de la posesión de la droga. Si una persona camina por la calle tranquila, lo detiene la Policía, lo requisa y le encuentra droga, es algo que está amparado en el nuevo fallo de la Corte¹²

De la opinión vertida por la funcionaria mencionada, se extrae la casuística que genera la falta de fijación de la dosis umbral y la importancia, a la fecha, del análisis del contexto. El siguiente conflicto que provoca el análisis del contexto es la apertura de un proceso penal, con todo lo que ello implica.

Cuando se castiga al poseedor de un objeto con prescindencia de la finalidad que preside dicha posesión, en puridad se le está imponiendo una pena por la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico (Falcone, 2007, pág. 3).

Lo expresado por este autor resalta la importancia de la finalidad que tiene el sujeto que posee determinado objeto, y claro está que la tenencia de estupefacientes destinada a comercialización debe ser sancionada, pero es dudosa en caso de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Toro (s/d) citando a Nino (1979) resume que:

...existen tres argumentos para penalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el perfeccionista, el paternalista y el de la defensa social. El perfeccionismo pretende legitimar el castigo sobre la premisa de que la auto-degradación moral del individuo autoriza la intervención del Estado por el hecho de que constituye uno de sus objetivos promover comportamientos moralmente valiosos...Al tutelarse los bienes jurídicos, incluso, a costa de la voluntad de su titular, el paternalismo conduce a legitimar el castigo de conductas autolesivas. El argumento vinculado a la defensa social intenta legitimar el castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal a partir de los efectos nocivos, que este comportamiento tiene para la sociedad (s/d).

¹² Recuperado de <http://www.elcivismo.com.ar/notas/2294/> en fecha 25 de enero de 2019

Ninguno de esos tres argumentos es válido en confrontación con el derecho a la intimidad previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

1.2. La función de la dosis umbral

Cabe recordar que la dosis umbral es “aquella cantidad que marca el límite arriba del cual se presenta un efecto, y debajo del cual no hay efecto”¹³. Por tanto, en relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se trataría de la composición que deberá tener la droga para considerarse que es para consumo personal.

En los autos “Galarza”¹⁴, Sala II de la Cámara Penal de San Martín, se acogió al criterio de la Organización Mundial de la Salud para dejar sin efecto una condena, fundado en que la cantidad de cocaína no alcanzaba la dosis umbral.

...el aspecto objetivo del tipo penal no está completo. Como lo señala la defensa oficial, la cuantificación del material secuestrado a Zabala (M1- fs.539-544) no alcanza a conformar una dosis umbral (peso: 0.09 grs., concentración cocaína: 7 %, dosis umbrales: 0.13) conforme el criterio estándar propuesto por la Organización Mundial de la Salud¹⁵

Es decir que, la dosis umbral permite determinar la toxicidad de una sustancia, que no necesariamente se encuentra vinculada con una cantidad en gramos. Menos cantidad puede resultar más tóxica, y a la inversa. Pero cuanto mas pura es una sustancia, existen mayores probabilidades de utilizar sustancias de corte que permitan multiplicar esas dosis.

1.3. Afectación de principios constitucionales

De todo lo expuesto y analizado a lo largo del trabajo final de grado surge la importancia del respeto a los principios constitucionales que rigen el derecho argentino. El derecho penal no se encuentra exento de dicho sometimiento.

Tal como se encuentra regulada la tenencia de estupefacientes para consumo

¹³ Recuperado de <https://grupo3radiobiolo.wordpress.com/2012/04/08/dosis-umbral-hiroshim-nagasaki/> en fecha 25 de enero de 2019

¹⁴ Cámara Federal Penal de San Martín, Sala II. Sec. 4, en autos “Galarza, José V. y otros s/ inf. ley 23737” (J.F. 2/7 M. C. 2613), sentencia de fecha 11 de octubre de 2002

¹⁵ Ídem

personal, en la actualidad, viola el derecho a la intimidad amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Esa intimidad o privacidad que deja de encontrarse protegida en caso de afectar los derechos de terceros y el orden público. Es dificultoso hablar de la moral dado que para muchos sujetos el consumo de drogas es inmoral y para otros no.

El Estado no debe inmiscuirse en la vida privada y en los proyectos de vida de las personas. Si el sujeto busca su autodestrucción no es el Estado el que debe atender dicha problemática, dado que es una elección personal amparada por el derecho a la libertad. Otro principio constitucional.

En los autos “T.S. s/ sobreseimiento”¹⁶, la Cámara Criminal y Correccional Federal de Salta ha expresado que:

La preocupación de este Tribunal en garantizar el respeto al principio establecido en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, exigiendo que para perseguir penalmente a quien tiene estupefacientes para consumo personal se verifique -en el caso concreto- una potencial afectación a la salud pública que excluya la actividad del ámbito de privacidad individual al que allí se alude

Ahora bien, el Estado si debe inmiscuirse, investigar y penar, la comercialización de estupefacientes, por tratarse del ejercicio de comercio con objeto ilícito que atenta contra la salud pública.

Por otro lado, y en relación a la técnica legislativa, los delitos de peligro abstracto como son los de tenencia, afectan el principio constitucional de lesividad, es decir aquel que requiere la afectación del bien jurídico tutelado para poner en marcha el aparato represivo del Estado. El delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal no provoca daños a bienes jurídicos, con excepción del consumidor, pero este último, amparado por el derecho a la intimidad es libre de realizar el acto de consumo sin recibir reproche alguno.

¹⁶ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa n° 23.552 "T., S. s/sobreseimiento" sentencia de fecha 9/5/06

1.4. Propuesta de regulación de la dosis umbral en la Ley 23737

Por último, luego de todo lo analizado corresponde realizar una propuesta de modificación a la ley 23737, basada en datos estadísticos.

En el año 2018, se detuvieron 49219 personas por causas vinculadas a drogas, “el 36% representa 17.718 personas que fueron apresadas con cantidades menores a las exigidas por ley para ser considerado un narcotraficante”¹⁷.

A su vez, continúa expresando la nota que:

Datos del Poder Judicial indican que dos de cada tres causas penales abiertas por los efectivos de turno por infracción a la Ley 23.737 de Estupefacientes son por "consumo personal" y que prácticamente todas pasan a archivo, o quedan como trámites por tenencia simple¹⁸.

Estos datos oficiales del año 2018, no hacen mas que abonar la teoría que sostiene la necesidad de eliminar el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal y destinar todos los recursos económicos, tecnológicos y humanos a la real lucha contra el narcotráfico.

La propuesta de modificación a la ley 23737 consiste en determinar la dosis umbral de cada tipo de estupefaciente o narcótico para que, por debajo de ese número, sea considerada para consumo personal. A su vez, en caso que establecer la dosis umbral sea de dificultosa determinación, fijar una cantidad de estupefacientes en gramos, más allá del cual se considere para comercialización.

Conclusiones parciales

Por último, se puede concluir que la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal como medio para la lucha contra el narcotráfico ha fracasado notablemente, tal como lo expresa la jurisprudencia en varios fallos.

Por el motivo supra expuesto, y por la clara violación que dicha sanción

¹⁷ Recuperado de <https://www.ambito.com/en-2018-detuvieron-17718-personas-tenencia-drogas-consumo-personal-n4036310> en fecha 26 de enero de 2019

¹⁸ Ídem

provoca al derecho a la intimidad y a la libertad, es que se propone fijar una dosis umbral en cada tipo de sustancia para que, por debajo de esa dosis, sea considerado consumo personal y, de ese modo, respetar los principios constitucionales que se encuentran afectados, evitando la inseguridad jurídica que provocan los diversos fallos en la materia.

A su vez, evitando la persecución de los consumidores, adictos o no, se destinarán todos los recursos a desarticular el crimen organizado que provoca este flagelo y se enriquece a costa de los afectados.

Conclusión

Este trabajo final de grado partió del problema de investigación que expresaba que la falta de especificación de la dosis umbral para tenencia de estupefacientes en la Ley 23737 ¿afecta la configuración y distinción del tipo penal tenencia de estupefacientes para consumo personal o para comercialización?

Esa pregunta/ problema de investigación dio lugar a la hipótesis de trabajo que afirmó que la falta de estipulación clara concreta de la dosis umbral para la tenencia de estupefacientes dificulta la configuración de los delitos de tenencia para consumo personal o tenencia para comercialización, generando criterios disimiles en la jurisprudencia argentina, provocando inseguridad jurídica.

Adelantando la respuesta a la pregunta de investigación, se concluye que la hipótesis ha sido comprobada a lo largo del trabajo final de grado, por los motivos que se expondrán seguidamente.

La tenencia de estupefacientes es un delito de peligro abstracto, es decir que se sanciona la conducta por el sólo hecho de poseer el objeto, sin tener en cuenta la afectación o no a los derechos de terceros ni a la moral u orden públicos. Por tanto, se infringe los principios constitucionales que se encuentran regulados en el artículo 19 de la Constitución Nacional que se denominan principio de reserva y derecho a la intimidad. Resulta importante recordar, como ya se ha hecho a lo largo del texto que, dichas previsiones estipulan que cualquier actividad de las personas que no afecten derechos de terceros, la moral o el orden público, se encuentran sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Entonces, la tenencia de estupefacientes, si es para consumo personal, se ubicaría dentro de este parámetro.

Ahora bien, ¿cómo determinarían las autoridades cuando se trata de estupefacientes para consumo personal y cuando para comercialización?

En este momento, es dónde resulta importante la dosis umbral, dado que como ya se citó en el trabajo consiste en “aquella cantidad que marca el límite arriba del cual se presenta un efecto, y debajo del cual no hay efecto”. Tal vez, mas allá de la dosis umbral que determinaría la pureza de una droga lo que implica que pueda multiplicarse mediante el uso de sustancias de corte, es más conveniente estipular una

cantidad de estupefacientes para considerarlo que se trata de tenencia para consumo personal. Esto último es de aplicación más práctica y así, en definitiva, es el criterio más ampliamente utilizado por los tribunales del país, en especial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el antecedente “Arriola”. Claro está que el contexto donde es detenida una persona con estupefacientes también puede colaborar en el juzgamiento de si es para consumo personal o comercialización, como por ejemplo, una fiesta o un estadio de fútbol.

La determinación de la dosis umbral o la cantidad máxima de estupefacientes para que sea considerado para consumo personal, no sólo evitaría la transgresión a los principios constitucionales de lesividad, porque la tenencia en sí misma no genera daño; reserva, porque si no hay afectación de terceros, moral u orden público, se debe resguardar la intimidad del sujeto; la seguridad jurídica, porque se encuentran criterios disímiles a lo largo y ancho del país, donde en algunos casos se declara inconstitucional el delito y en otro se aplican las penas; y por último, se evita la criminalización del consumidor. Si bien este es un fundamento social, no jurídico, la ley 23737 lo ha previsto en el sentido que suspende la aplicación de penas a los consumidores que se obligan a realizar un tratamiento o rehabilitación.

Bibliografía

Doctrina

Bianco, L.A. – Castro, R.A. “*Ley 23737. Comentada y anotada*”. Disponible en <https://es.scribd.com/document/265562733/Ley-23-737-Comentada>

Carignano, E. S.- Yapura, F.R.- Farré, A. L.- Lencina, C.- Pastoriza, P.- Kranevitter, A. “*La garantía constitucional del juez natural*” Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Universidad Nacional de Catamarca, Facultad de Derecho. Disponible en http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/La_garantia_constitucional_del_juez_natural_CARIGNANO_EMIL.pdf

Danhke, G. (1989) “*La comunicación humana: Ciencia Social*”. México. McGraw-Hill

Falcone, R.A. (2007) “*La tenencia de estupefacientes en el Derecho Penal Argentino*”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33432.pdf>

Figueroa, F. (2013) “*Delitos de peligro. El regreso al derecho penal inquisitivo*” Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/10/doctrina37432.pdf>

Gentile, J. H. “*La tenencia y consumo de estupefacientes*”. Disponible en <http://www.profesorgentile.com/n/la-tenencia-y-consumo-de-estupefacientes.html>

Gozaini, O. A. (1999) “*El debido proceso sustancial y las garantías necesarias para la seguridad jurídica*” Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Publicado en fecha 15 de junio de 1999. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=27552&print=2>

Jakobs, G. – Struense, E. “*Problemas capitales del derecho penal moderno*”. Buenos Aires, Argentina. Hammurabi. Disponible en http://www.derechopenalenlared.com/libros/problemas_capitales_del_derecho_penal_jakobs_gunter_struensee_eberhard.pdf

Lascano, C. J. (2016) “*La posible tensión de los delitos de tenencia con los principios constitucionales del derecho penal sustantivo*” Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44316.pdf>

Penna, G. (2016) “*Principios de reserva y de legalidad. Su importancia para el Estado de Derecho*”. Disponible en <http://catedraricharte.blogspot.com.ar/2016/03/principio-de-reserva-y-principio-de.html>

Pérez Serrano, G. (2002) “*Investigación Cualitativa. Retos e Interrogantes*”. Madrid, España. La Muralla

Puricelli, J. L. (2000) “*La tenencia de estupefacientes para uso personal*”. Revista La Ley. Publicado en fecha 24 de octubre de 2000. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/jose-luis-puricelli-tenencia-estupefacientes-para-uso-personal-daca010053-2000-10-24/123456789-0abc-defg3500-10acanirtcod>

Sampieri, R.- Collado, C.- Baptista, P. (2006) “*Metodología de la Investigación*”. Iztapalapa, México. McGraw- Hill

Rodríguez Saiach, L.A. (1996) “*El recurso extraordinario federal*” Disponible en http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf000097-rodriuez_saiach-recurso_extraordinario_federal.htm

Toro, M.C. “*Delitos de peligro abstracto. La tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el código penal argentino y la legislación española*”. Disponible en https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tenencia_del.htm

Villar, M. A. (2005) “¿Nadie está obligado a declarar contra sí mismo?” [Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación](#) - Número 35/36 - Enero/Junio 2005. Publicado en fecha 03 de enero de 2015. Disponible en <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=49038&print=1>

Yuni y Urbano (2006). Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación. Córdoba, Argentina. Brujas

Legislación

Constitución Nacional argentina

Código Penal argentino

Ley 23737

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes” – Sentencia de fecha 29/08/1986 -

Corte Suprema de Justicia de la Nación “A., Sebastián y otros s/causa N° 9080”- Sentencia de fecha 25 de agosto de 2009

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Roldán Jonatan s/ sobreseimiento” sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Acosta Santiago s/ procesamiento” sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa n° 23.552 "T., S. s/sobreseimiento" sentencia de fecha 9/5/06

Cámara Federal Penal de San Martín, Sala II. Sec. 4, en autos “Galarza, José V. y otros s/ inf. ley 23737” (J.F. 2/7 M. C. 2613), sentencia de fecha 11 de octubre de 2002

Otras Fuentes

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gPw5eyvF5AMJ:www.cels.org.ar/common/documentos/acceso.DOC+&cd=17&hl=es&ct=clnk&gl=ar>

<http://www.elcivismo.com.ar/notas/2294/>

<https://www.ambito.com/en-2018-detuvieron-17718-personas-tenencia-drogas-consumo-personal-n4036310>

<https://grupo3radiobiolo.wordpress.com/2012/04/08/dosis-umbral-hiroshima-nagasaki/>

