

Universidad Siglo XXI



Trabajo final de graduación. PIA

“La Ley de Estupefacientes 23.737: contradicciones en torno a principios rectores de la Constitución de la Nación argentina”

JULIETA MERCEDES ESPAÑÓN

TUTORA: ANALIA LUNA

DNI: 38727881

VABG44086

ABOGACIA

Año 2019

Resumen

En este trabajo final de graduación lo que se trató de especificar y exponer es la clara contradicción normativa existente entre el articulado de la Ley 23.737 de Estupeficientes, más precisamente en los artículos 5 y 14 y nuestra Constitución Nacional y los principios por ella regulados. Se trató de esclarecer la falta de especificación en el texto de la Ley 23.737 referido a los ilícitos que regula y sus respectivas escalas penales, produciendo esto, un choque normativo entre ambos cuerpos. El objetivo principal de este trabajo fue analizar y profundizar dichas contradicciones, y sus efectos a la hora de aplicar dicha Ley 23.737 (artículos 5 y 14) y analizar también la vulneración de los principios constitucionales que se ven violentados debido a dichas irregularidades, y cómo impacta esto en la sociedad. La finalidad de este trabajo es arribar a la inconstitucionalidad de determinadas partes del texto de la Ley 23.737, haciendo más hincapié en los artículos 5 y 14 antes mencionados, y darle mayor relevancia a la violación de principios fundamentales regulados por nuestra Carta Magna.

Palabras Claves: Constitución Nacional, Inconstitucionalidad, Ilícito, Escala penal.

Abstract

In this final graduation work what was tried to specify and expose is the clear normative contradiction existing between the articles of Law 23,737 of Narcotic Drugs, more precisely in articles 5 and 14 and our National Constitution and the principles regulated by it. We tried to clarify the lack of specification in the text of Law 23,737 referred to the crimes that it regulates and their respective criminal scales, producing this, a normative clash between both bodies. The main objective of this work was to analyze and deepen these contradictions, and their effects when applying said Law 23,737 (articles 5 and 14) and also analyze the violation of the constitutional principles that are violated due to said irregularities, and as It impacts this in society. The purpose of this work is to arrive at the unconstitutionality of certain parts of the text of Law 23,737, placing greater emphasis on the aforementioned articles 5 and 14, and giving greater relevance to the violation of fundamental principles regulated by our Constitution.

Keywords: Narcotics, National Constitution, unconstitutional, illicit. criminal scale

Índice general

Introducción.....7

Capítulo 1 Nociones conceptuales acerca de estupefacientes, comercialización, narcotráfico, escalas penales, sus agravantes y atenuantes.....10

1.1 Introducción parcial.....11

1.2 Concepto de estupefaciente.....11

1.3 Definición de Comercialización y diferencias con el narcotráfico.....11

1.4 Definición de Escalas penales.....11

1.4.1 Agravantes y atenuantes.....12

1.5 Tipos de consumidores.....13

1.6 Principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.....14

1.7 Conclusiones parciales.....18

Capítulo 2 Marco legal acerca de la Comercialización y Tenencia de estupefacientes, posiciones doctrinarias.....19

2.1 Introducción parcial.....20

2.2.1 Análisis de los artículos 5 y 14 de la Ley 23.737.....21

2.2.2 Consideración de las escalas penales.....25

2.2.3 Análisis de los agravantes y atenuantes.....28

2.3 Comparación de los Principios con las escalas penales de la Ley 23.737.....29

2.4 Posiciones doctrinarias acerca de la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.....31

2.5. Posturas en contra de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal.....32

2.5.1 Posturas a favor de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal.....33

2.6 Conclusiones parciales.....35

Capítulo 3 Derecho comparado y análisis jurisprudencial.....	37
3.1 Introducción parcial.....	38
3.2 Encuadre del principio de proporcionalidad en el derecho comparado.....	38
3.2 Análisis de delitos de diversas intensidades.....	40
3.4 Violación de los principios constitucionales.....	55
3.5 Conclusiones parciales.....	57
Conclusiones finales.....	59
Bibliografía.....	64
1. Doctrina.....	64
III-Jurisprudencia.....	65

Introducción

Este trabajo final de grado aborda una cuestión apremiante, como la tenencia para consumo personal y la comercialización de estupefacientes. Lo cual reviste cada vez una mayor preocupación por parte del Estado y de la misma sociedad, en razón del riesgo latente y concreto que representa para la salud y la vida de la población. Y en este sentido, el ordenamiento legal resulta redundante en una herramienta jurídica insoslayable al momento de regular la tenencia para consumo personal y la comercialización de estupefacientes.

Por tanto, se pueden observar controversias en el marco legal que regula el delito que se encuadra en la tenencia personal y/o comercialización de las mencionadas drogas, el que, de alguna manera, entra en colisión con principios constitucionales y del Derecho penal, tales como la lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. En este aspecto, se trata del conflicto que se genera a partir de lo establecido en la Ley de Estupefacientes 23.737, en el artículo 5 y el 14, que estipulan una escala penal en abstracto para el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal y/o su comercialización, no haciendo especificación alguna en la gravedad del hecho delictivo, ya que la pena sería uniforme para el delito en sí. Lo cual produce un enfrentamiento normativo con el texto de la Constitución Nacional, en adelante (CN) y con los mencionados principios penales.

Entonces, en razón de expuesto, el problema de la investigación se plantea a través del interrogante acerca de ¿Cuáles son las contradicciones entre la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes con el Código Penal Argentino y los artículos del plexo normativo y principios rectores de la Constitución Nacional? Como se puede observar la problemática se basa en el enfrentamiento normativo entre la Ley 23.737, el Código Penal, en adelante (CP), y las contradicciones que se observan en las escalas penales establecidas en el artículo 5 de la Ley de Tenencia de Estupefacientes y los artículos 200 y siguientes del CP; así como también el contenido del artículo 14 de la misma norma *ut supra* y el artículo 19 de la CN.

Por cuanto la hipótesis afirma que en la Ley 23.737 no establece especificidad alguna, al diferenciar la tentativa de un delito de comercialización de estupefacientes a la concreción del mismo, o la posesión de estupefacientes para consumo personal y que sea

considerada para venta y/o comercialización cuando en realidad no lo es; así como también al establecer escalas penales diferentes para delitos que no tienen el mismo nivel de gravedad. Lo cual generaría una contradicción con en el artículo 19 de la CN y con los principios penales fundamentales de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

En tanto, el objetivo general de la investigación es el de analizar las contradicciones que se encuentran en los artículos 5 y 14 de la Ley 23.737 y los principios fundamentales que regula la CN, mientras que en los específicos se examinará el art. 5 y el art. 14 de la Ley *ut supra*, se reconocerán los atenuantes y agravantes de las escalas penales para los delitos de tenencia, portación y comercialización de sustancias prohibidas, además de comparar los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad con las penas establecidas para la tenencia y/o comercialización de estupefacientes, interpretar de manera concreta la aplicación de penas que se regulan de manera abstractas y genéricas para delitos que gradualmente son de intensidades diversas, con sus respectivos atenuantes y agravantes, evaluar fallos en los que la tenencia de estupefacientes sea considerado para consumo personal o comercialización y las penas que se han aplicado en los casos en concretos, también estudiar aquellos fallos en los que no son tenidos en cuenta los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad al momento de dictar una condena o los mismos son violados, también realizar un análisis de las distintas posturas doctrinarias sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal y su penalización.

La metodología para llevar a cabo la investigación se basa en un tipo de estudio descriptivo buscando analizar y profundizar la investigación de la temática elegida. Se hace uso de una estrategia/método cualitativo, tratando a través de la interpretación de la normativa vigente dar una mayor descripción y profundización a la problemática. A su vez, la información para llevar a cabo esta investigación es recolectada mediante fuentes primarias, también llamadas información de “primera mano”, como son la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, el CP, la CN; las fuentes secundarias se encuentran en los comentarios de fallos y sentencias y doctrinas (fallo “Colavini” 1978, “Bazterrica” 1986 y “Arriola” 2009); y las fuentes terciarias de información son las que se obtienen mediante revistas jurídicas, blogs de internet, informes, etc.

En las técnicas de recolección de datos y análisis se utiliza el método de análisis documental para la recolección de datos, mientras que en cuanto a la determinación temporal, se indica que se remonta al año 1989, año de redacción de la ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, hasta la actualidad año 2019.

Por último, la investigación se articula en tres capítulos, el primero indaga en los conceptos de estupefacientes, comercialización, narcotráfico, escalas penales, atenuantes, y agravantes, esenciales para el desarrollo de la investigación. El segundo analiza la Ley 23.737 acerca de la comercialización y tenencia de estupefacientes, los atenuantes y agravantes de las escalas penales para los delitos que contempla. Además de realizar una comparación entre los principios fundamentales de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad con las penas establecidas para la tenencia y/o comercialización de estupefacientes. El tercero y último capítulo analiza jurisprudencia al respecto de la aplicación de penas que se regulan de manera abstracta y genérica para delitos que gradualmente son de intensidades diversas y los casos en los que se considera delito tentativo y consumado y sus respectivas penas privativas de la libertad que se encuentran establecidas.

Para concluir establecemos que la temática cobra relevancia jurídica, ya que se abordará sobre una cuestión que hace a la tenencia para consumo personal de sustancias psicotrópicas y su comercialización, situaciones que deben ser entendidas y penadas con coherencia, sin dejar de lado los ya mencionado principios constitucionales que son fundamentales a la hora de juzgar a un sujeto, ya que en caso de ser necesaria la penalidad, la sanción debe ser aplicada de manera proporcional en cuanto al delito cometido, y por supuesto la existencia de lesividad y la culpabilidad del agente.

Capítulo 1: Nociones conceptuales acerca de estupefacientes, comercialización, narcotráfico, escalas penales, sus agravantes y atenuantes.

1.1 Introducción parcial

En este capítulo se abordan, a modo de introducción a la investigación, los conceptos fundamentales que son parte de la problemática de la misma. Comenzando con una breve definición de que son los estupefacientes y a que nos referimos cuando hablamos de su comercialización

1.2 Concepto de estupefaciente

Los estupefacientes constituyen una “Sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad (morfina, cocaína, etc.). Es Derecho Penal puede constituir un delito ya sea su uso, distribución o simple tenencia, según cada país” (Orihuela, 2017, p.172)

1.3 Definición de Comercialización y diferencias con el narcotráfico

La comercialización constituye una Actividad empresarial que consiste en dirigir el flujo de mercaderías y servicio desde que se las produce hasta el que las consume (o su usuario, en el caso de los servicios) con el objetivo de satisfacer las necesidades de los clientes y de alcanzar los objetivos planteados como empresa. (Orihuela A. M. (2017)

Por otra parte, el narcotráfico, en razón de comercialización de drogas: Se trata de un comercio de sustancias tóxicas, dentro lo cual se encuentra englobado su fabricación, distribución, transporte, venta, etc. Puede ser llevado a cabo en distintas cantidades, ya sea pequeñas porciones o grandes cargamentos. Se puede desarrollar de manera unipersonal, por traficantes, o por grupos de personas también conocidos como grupos ilegales o “carteles” que son quienes gestionan y llevan adelante el suministro, organización, etc. (Libre, 2019)

1.4 Definición de Escalas penales

Las escalas penales cumplen una función de orientación dentro de los ordenamientos, como son el CP y las diversas leyes que contengan penas para determinadas conductas. Es decir que cuando el accionar de una persona se encuentra tipificado como delito en los ordenamientos jurídicos, se establecen escalas penales para dichos delitos.

Asimismo, se entienden por escalas penales a los mínimos y máximos de las penas establecidas por los legisladores para cada delito, cumpliendo la función de orientación como la más importante tal como se mencionó anteriormente. Principalmente para los jueces para que a la hora de dictar sentencia imponiendo una pena lo haga dentro de los márgenes de los mínimos y máximos que regula cada escala penal. Teniendo también una función preventiva ante la sociedad, para que cada ciudadano puede tener conocimiento de ante mano de las penas que se le podrían imponer en caso de infringir la ley.

Además, las escalas penales pueden variar a la hora de aplicarlas, dependiendo si se trata de delitos consumados o delitos en tentativa. Ya que, en el caso que se trate de delitos consumado la pena que se impondrá sea en función a lo que decide el juez basándose entre los mínimos y máximos de las escalas penales establecida para cada delito. No obstante, en caso de tentativa, la pena disminuirá de un tercio a la mitad sobre la pena que se imponga de la escala penal.

1.4.1 Agravantes y atenuantes

Se entiende como atenuante a los factores modificativos de las penas a aplicar, se trata de circunstancias que disminuyen la gravedad del hecho tal como lo indica el diccionario jurídico, y se puede afirmar que en el derecho penal se considera atenuante a

las circunstancias que hacen que disminuya la gravedad del hecho delictivo, de manera tal que el juez a la hora de individualizar la pena para el caso en concreto debe tener en cuenta de la existencia o no de estas circunstancias que disminuyan la pena aplicable al autor de hecho.

Es oportuno pronunciar cuales son estas circunstancias que se pueden hacer presentes, las mismas son:

- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligros causados.
- La edad, educación, costumbres y conducta del sujeto, la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, su participación en el hecho, la reincidencia y demás antecedentes.
- Condiciones y vínculos personales, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y acción en la que ocurre el hecho lo cual puede demostrar una mayor o menos peligrosidad del sujeto.

En tanto, que los agravantes se constituyen en los polos opuestos de los atenuantes, en este caso son circunstancias que aumentan la responsabilidad penal por existir una mayor peligrosidad en el autor de un delito o en el delito mismo. Entonces indicamos que aquí estas circunstancias modificativas influyen en la pena de manera perjudicial para el sujeto que infringe la ley ya que se produce un agravamiento en la pena a aplicar por considerar una mayor peligrosidad del individuo. Los agravantes pueden ser objetivos que son aquellos vinculados a los medios utilizados y a la ejecución de la acción delictiva, y agravantes personales que se asocian a la relación del delincuente con la víctima o a la condición moral.

Algunos de los agravantes que se encuentran en el CP son por ejemplo los delitos agravados por el vínculo, la alevosía, el abuso de poder/ superioridad, la reincidencia. Por razones racistas, homofóbicas, xenofóbicas, machistas y discriminación. (Merino, 2015)

1.5 Tipos de consumidores

Entre los tipos de consumidores, se pueden encontrar a los experimentales, es decir aquellas personas que por curiosidad o por alguna causa lo motiva a que entre en contacto

con las drogas y pruebe algún tipo de sustancia psicotrópica, pero que lo realiza por única vez o si bien lo repite en otras oportunidades, lo realiza de manera esporádica por lo que no gravedad en la vida de la persona.

En tanto, el consumidor ocasional es aquel individuo que en un primer momento ha sido experimental pero que en esta etapa ya ha introducido el consumo de drogas dentro de su habitualidad pero aun sin ser considerado una persona dependiente, porque lo hace sin ninguna periodicidad fija y con ciertos intervalos de tiempo. Pero claro está, que aquí el sujeto ya invierte más tiempo, dinero, etc. al consumo de drogas.

Por su parte, el consumidor habitual es la persona que consume cualquier tipo de sustancias psicotrópicas de manera regular, frecuente, y con cierta habitualidad, es una costumbre que el sujeto ha introducido en su vivencia diaria. Aquí, se tiene una voluntad y preocupación por conseguir drogas y su posterior consumo, el sujeto tiene la sensación de necesidad de consumir, si bien esto no genera un gran problema en su vida diaria, es una persona que ya se puede considerar dependiente en grados inferiores con respecto a otros.

Por último, el consumidor dependiente, en este caso, el sujeto consumidor tiene la necesidad continua y permanente de consumo, alterando su normal desenvolvimiento de vida, aquí se tiene una dependencia física y psíquica. Su estilo de vida esta aparejado a la necesidad de consumo como se mencionó anteriormente. En esta instancia, el consumidor ya ve afectada su salud debido a este constante consumo de cualquier tipo de estupefacientes, ya sea por los síntomas y efectos de la abstinencia como también de la sobredosis[CITATION Sar15 \l 11274].

1.6 Principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

El principio de proporcionalidad hace referencia a la prohibición de exceso, razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad de medios, entre otros. Este principio deriva de los derechos fundamentales regulados en la Constitución Nacional, con la finalidad de imponer límites a la proporcionalidad de las penas a aplicar, es decir, que encabeza la idea de justicia en un estado de derecho, regulando el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y libertades de todas las personas,

persiguiendo la intervención mínima del estado, en este mismo sentido es aplicado también en el Derecho Penal, campo que compete en esta investigación.

En el ámbito penal, actúa de manera extrínsecas, mediante los órganos judiciales encargados de garantizar la eficacia de los derechos y su proporcionalidad, y la debida fundamentación de las resoluciones, dentro de otras maneras; y desde el punto de vista intrínsecos atienden al caso concreto, formado por tres criterios que son: criterio de idoneidad, criterio de necesidad y criterio de proporcionalidad. Esto nos permite observar que no se deben admitir penas y/o medidas de seguridad exageradas o irracionales en relación al delito cometido.

El principio de proporcionalidad implica que la previsión, determinación, imposición y ejecución de las medidas necesarias se lleven a cabo en función de la peligrosidad del individuo, y exige que el medio que se aplique al caso concreto sea idóneo, necesario y razonable para conseguir el fin deseado. A los fines de aplicar el principio de proporcionalidad, los criterios de intervención penal exigen que el bien jurídico que se pretende proteger reúna las siguientes características:

- ✓ Ser merecedor de protección
- ✓ Estar necesitados de protección
- ✓ Ser capaz de protección
- ✓ Poseer suficiente importancia social

A partir del cumplimiento de dichas cualidades es que se puede hablar de idoneidad o idoneidad del Derecho Penal para aplicar dicho principio de proporcionalidad. El principio de necesidad, también denominado de intervención mínima, alternativa menos gravosa, subsidiariedad, es un subprincipio del principio de proporcionalidad, que tiende a la optimización de la eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que se puedan imponer la imposición de penas/medidas de seguridad, sustituyéndolas por aquellas que sean menos gravosas en caso de ser necesario, en aquellos casos en los que es inevitable la imposición del Derecho Penal, es por ello que las penas privativas de la libertad deben ser impuestas de *ultima ratio*, característica principal del Derecho Penal.

El principio de proporcionalidad se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de las penas a aplicar, si el sacrificio de los intereses y derechos individuales

guardan una relación razonable y proporcional con el interés estatal que se intenta salvaguardar; en caso de que el sacrificio se excesivo se deberá considerar inadmisibile dicha pena/medida adoptada, basándose en el principio de proporcionalidad regulado en nuestra Constitución Nacional.

Por otra parte, el principio de lesividad se encuadra en la Constitución nacional, en su artículo 19 al establecer que toda acción privada del hombre

(...) 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 prohíbe¹.

El principio de lesividad se puede entender como la posibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando medie un conflicto jurídico, entendido como tal a la afectación a un bien total o parcialmente ajena, sin dejar pasar por alto el concepto limitativo del bien jurídico afectado como expresión del principio de lesividad.

Para ir resumiendo, se puede afirmar que el Principio de Lesividad es fuente del principio de insignificancia, ya que en los casos de afectación mínima o insignificante del bien jurídico, una interpretación razonable del asunto implica la no aceptación en esos casos, de una tipicidad completa, porque además se debe contar con una afectación de cierta importancia y gravedad para que se considere delio y con ello todos sus efecto, es decir, debe haber un real perjuicio y afectación, una cierta lesividad (Torres, 2015)

Otra cuestión que se puede anexar a lo antes expuesto es que el principio de lesividad y la idea de afectación de derechos y/o vienen de terceros, nace en el Derecho Penal, es decir, la afectación a un bien jurídico de terceros. Cuando hablamos de bien jurídico, estamos haciendo referencia al conjunto de derechos, garantías e intereses que se hallan protegidos por la Constitución Nacional y demás leyes, como son el derecho a la vida, a la libertad, a la honra, a la propiedad, entre otros. De esta manera, cuando estos derechos, garantías, intereses, libertades, etc. se ven afectados y perjudicados por la acción de terceros, estamos en presencia de una conducta que menoscaba el bien jurídico protegido y que puede ser tipificado como delito, justamente por violación al Principio de Lesividad. (Torres, 2015)

¹ Artículo 19 de la Constitución de la Nación argentina

Por otra parte, el principio de culpabilidad significa un límite al Estado y significa que para imponer una pena a un sujeto determinado es necesario que se lo pueda culpar, es decir, que se le pueda atribuir la responsabilidad y culpabilidad del hecho delictivo que causo un daño. Es aquel principio por el cual el hombre es susceptible de coerción punitiva por parte del Estado y los miembros del Poder Judicial que imparten justicia, originados por sus propios actos, cuando los mismos encuadren dentro de una figura delictiva que se encuentra tipificado; es la libre voluntad del individuo de menoscabar los bienes de terceros que se encuentran jurídicamente protegidos, por lo tanto, en caso contrario, nadie puede ser considerado culpable de un ilícito.

Este principio tiene cierta expansión y división en subprincipios los cuales son los siguientes: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa, entre otros. [CITATION sin2 \l 11274]

El principio de culpabilidad establece que la culpabilidad es un presupuesto necesario para la legitimidad de la pena. A su vez la culpabilidad es el resultado de la imputación de un hecho reprochable al sujeto, en el sentido de que la defraudación e incumplimiento al ordenamiento jurídico se ve motivada por la libre voluntad del individuo.

Como fundamento a la necesidad de vincular la legitimidad de una pena a una reprochabilidad, es la razón al principio de culpabilidad, que establece que solo de ésta manera puede evitarse la imputabilidad y utilización de las personas al imponerles penas por hechos de los cuales no se les puede atribuir la culpabilidad ni sindicarlos como responsables de los delitos cometidos.

Se establece que la pena no puede utilizarse solo por la utilidad pública que se espera de ella, sino que la misma debe mantenerse dentro del marco de culpabilidad del autor del hecho, por ello deriva del principio de culpabilidad, como una de las bases para respetar la dignidad humana, por lo tanto, la pena que es aplicada sin respetar el principio de culpabilidad es ilegítima. La pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, sin estar limitada por el principio de culpabilidad trata a las personas como cosas que van a ser sometidas a ellas (penas) sin tener certeza ni seguridad de que el sujeto al que se impone la dichas penas es el sindicado como culpable del delito porque como se dijo anteriormente, la pena en éste caso no se ve limitada por el

principio de culpabilidad, pero si por el contrario, la pena si se encuentra limita por la culpabilidad, no se estaría cosificando a la persona al someterla a penas que se les impone de manera injusta y por la tanto la pena perdería esta libertad de imposición con la que contaba anteriormente.

Por lo tanto, esto nos permite postular el mejor y más liberal Derecho Penal, aquel en el que la culpabilidad y prevención se limitan recíprocamente a la fundamentación y medición de la pena, de donde surge la necesidad de complementar la “culpabilidad” con el elemento de la necesidad preventiva de sanción, denominada responsabilidad. (Velásquez, 1993)

1.7 Conclusiones parciales

Este primer capítulo permite adentrarse con la temática a trabajar a lo largo de la investigación, en razón de aclarar ciertas terminologías y conceptos claves para la comprensión de la misma y por ende de una mejor captación de la problemática en cuestión. También es importante incorporar estos conceptos a nuestro vocabulario diario y tener conocimientos de que se tratan los mismos y como nos afecta a cada individuo en particular. Ya que es una problemática la vinculada al consumo, tráfico, tenencia y comercialización de estupefacientes que en la actualidad afecta de una manera u otra a la mayoría de la sociedad, ya que los problemas con los estupefacientes son cada vez más frecuentes en menor o mayor grado de perjudicialidad.

Por tanto, la actividad de narcotráfico se ha convertido en moneda corriente en todo el país, el cuestionamiento de las escalas penales para los delitos con drogas. No obstante, también es una cuestión a tener presente, el castigo por la tenencia de drogas para consumo personal, ya que viola el principio de lesividad, privacidad y su vez también el principio de culpabilidad, ya que los mismos cuentan con rango constitucional y deber ser respetados por cualquier ordenamiento jurídico. Otro ejemplo es la penalización del narcotráfico, ya que la comercialización con estupefacientes también viola el principio de proporcionalidad de las penas, porque cuenta con una escala penal generalizada.

Capítulo 2: Marco legal acerca de la Comercialización y Tenencia de estupefacientes, posiciones doctrinarias.

2.1 Introducción parcial

En el desarrollo del presente capítulo, el enfoque se centra en la profundización de la temática, indagando en la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, y particularmente de sus artículos 5 y 14 que son los más significativos y los cuales dan el hincapié para su desarrollo. También, se analizan las escalas penales con sus respectivos atenuantes y agravantes, además de diversas posturas doctrinarias respecto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que hay posiciones que están a favor de la tenencia para consumo personal, y hay posturas que están en contra.

2.2 Análisis de la Ley 23.737 en relación a la tenencia de estupefacientes

En líneas generales, abordando un análisis de la Ley 23.737, establecemos que cuando hablamos de tenencia de Estupefacientes estamos haciendo referencia al ejercicio que se tiene sobre una cosa (sustancias narcóticas), el cual no es necesario un contacto permanente y constante con la cosa que se tiene bajo su poder. Se trata de dejar en claro el hecho de que no es necesario constante contacto material con la cosa, porque de ser así, se estarían dejando de lado muchos casos como en los que hay sujetos que sin tener una concreta posesión y/o tenencia de drogas, manejan sus destinos a través de múltiples mecanismos y modalidades previstas para su comercialización.

Una condición decisiva para que se configure la tenencia de estupefacientes es la voluntad que se tiene sobre ellos, ya que la cuestión va a variar dependiendo de si se trata para su consumo y disfrute personal, a que si la voluntad de tiene quien tenga en su poder drogas sea para su distribución a terceros, esta cuestión aquí es clave a la hora de poner analizar si estamos en presencia de un hecho típico o atípico. Mientras tanto se estima que la posesión de estupefacientes deja de considerarse un hecho no punible por no generar peligrosidad para con terceros, cuando teniendo en miras la voluntariedad y decisión del poseedor/tenedor se puede observar su uso peligroso y dañino para el resto de la sociedad

De todo lo mencionado anteriormente, se puede observar que no se ha hecho mención a un daño concreto sino a cuestión meramente abstractas, esto es porque cuando

no se cuenta con la concreción de un daño al interés general de las personas y no se ve vulnerada la salud pública mediante el uso indebido de estas sustancias narcóticas estamos en presencia de una abstracción como recientemente dije, es decir que las acciones de tenencia y/o posesión de drogas posee una clara peligrosidad pero se carece de concreción, por lo cual se tornaría atípico el hecho de la simple tenencia de drogas por no estar en frente de un hecho delictivo en sí mismo, por no encuadrar la misma en una figura delictiva concreta y por ende tampoco se le puede aplicar una escala penal correspondiente. La tenencia para consumo personal encuadra en ésta tenencia atípica de estupefacientes, ya que se la considera una conducta socialmente adecuada, la respuesta a esto es porque si bien se genera un riesgo, el mismo se encuentra dentro de los parámetros jurídicos permitidos establecidos por los ordenamientos legales (ATILIO, 2007)

Con respecto al tema expuesto sobre tenencia y posesión de drogas para consumo personal, se establece que ello no puede ser penado por no generar un peligro concreto y una dañosidad manifiesta, así lo estipula el actual Código Penal de la Nación Argentina, el cual ha tenido algunas modificaciones al respecto aclarando que se considera un hecho no punible a la tenencia para consumo personal como así también el cultivo personal, siempre y cuando se trata de cantidades escasas (aún no se encuentra especificada una cantidad puntual, ni en el código penal ni en la Ley 23.737, hablando así de una cantidad abstracta a evaluarse en el caso concreto) y se registre en el ámbito privado de la persona, excluyendo claramente todo tipo de maniobra que pueda considerar para fines de comercialización, suministro, venta, etc. [CITATION Pau18 \l 11274].

2.2.1 Análisis de los artículos 5 y 14 de la Ley 23.737

A los fines de lograr un análisis de los artículos mencionados anteriormente (artículos 5 y 14), se realizara una descripción y explicación de las diversas etapas que atraviesa un sujeto vinculado a sustancias psicotrópicas, empezando por la simple tenencia de estupefacientes y hasta llegar a la etapa final que es la comercialización de drogas y su suministro a terceros. Entonces, con respecto a la tenencia de estupefacientes, se puede afirmar que implica el ejercicio de poder sobre una cosa y que además no se precisa un constante y permanente contacto con la cosa que se tiene bajo poder, de ésta se

desprenden dos tendencias, una de ella sostiene una disponibilidad hipotética y ficticia de la cosa, y por otro lado se sostiene que es necesario una disponibilidad real y actual. De este modo se le hace lugar a ambas tendencias, porque lo que se debe tener en cuenta es la voluntad del poseedor de la cosa y la producción o no del año, teniendo presente también de este modo a la tentativa.

En este caso, se considera que hay tenencia/ posesión de estupefacientes en los siguientes casos:

1. Se aprehenda materialmente la droga en el autor.
2. Cuando a pesar de no tener posesión material de los estupefacientes, existe disponibilidad real sobre la sustancia.
3. Por ser coautor de un hecho, junto con el que posee materialmente las sustancias².

En cuanto a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 23.737, es importante diferenciar la simple tenencia de estupefacientes para consumo personal, donde aquí no se está infringiendo ninguna normativa jurídica, no se vulnera el interés público ni la salud pública, de aquellas situaciones en donde esto sí ocurre. En el caso 1° (tenencia de estupefacientes para consumo personal, artículo 14 Ley 23.737) no hay un tráfico ilícito de estupefacientes, ni tampoco su almacenamiento ni transporte con fines ilícitos, si en éste caso por ejemplo, se aplicara una figura delictiva de un hecho ilícito resultaría necesario comprobar la finalidad delictiva del sujeto, lo cual resulta de difícil ejecución porque son situaciones abstractas, a las que no se les puede imputar un delito exteriorizado y por lo tanto ejecutado. Claro está, que no se puede imputar a una persona por la simple tenencia de estupefacientes para consumo personal sino se cuenta con las pruebas suficientes y necesarias para demostrar su voluntad y finalidad delictiva, porque si no, de lo contrario, se estaría violando el principio de debido proceso regulado en el artículo 18 de la Constitución Argentina, lo cual se tornaría una inconstitucionalidad.

Por otra parte, haciendo mención al artículo 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes³, se establece que para que dicho artículo deje de encuadrar la figura de simple tenencia, es necesario que de dicha tenencia y por lo tanto también de su almacenamiento se pueda observar una cantidad de estupefacientes que supere el término abstracto al que se hace mención en el artículo *ut supra* de “escasa cantidad”, es decir que

²Artículo 5 de la Ley 23.747 de Tenencia de Estupefacientes (1989)

³Artículo 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes (1989)

se trate de una cantidad ampliamente mayor a la que se estima permitida para el consumo personal. Es decir, que frente a grandes cantidades ya sea de fabricación, cultivo, almacenamiento, etc. se desprende la ilicitud de la conducta y con ello el tráfico ilícito, dejando de ser el sujeto amparo por el artículo 14 de la Ley 23.737 y pasa a ocupar la figura de traficante de estupefacientes.

Aquí, se necesita la presencia de un elemento objetivo como es la gran cantidad disponible de sustancias, y de un elemento subjetivo que es la intención y finalidad ilícita del sujeto, ante la ausencia de éste elemento subjetivo sí estaríamos en presencia de la simple tenencia que establece el artículo 14. En cuanto a la simple tenencia mencionada, es difícil marcar y/o definir las cantidades que se establecen a la hora de aplicar dicho artículo, porque el mismo habla de “pequeñas cantidades”, sin especificar qué se considera pequeñas cantidades, cuando se deja de considerar para consumo personal, etc.

Respecto al Transporte de Estupefacientes, se refiere al acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio de transporte utilizado, la forma de realizarlo (puede ser unipersonal o mediante coautoría, complicidad, etc.). Aquí, estamos en presencia de la figura delictiva regulada en el artículo 5 inciso c, ya que al haber sido transportado la sustancia, como se mencionó anteriormente, se encuentra configurado el delito de transporte/tráfico de estupefacientes. En este hecho también se admite la tentativa, ya que si el transportista es aprensado por ejemplo en el momento justo que carga las sustancias, el hecho se vería frustrado evitando así su concreción. Estas sustancias pueden verse materializadas a través de semillas, plantas o estupefacientes ya elaborados. El transporte y la distribución comprenden los principales indicios de comercialización de drogas.

En la Tenencia de Estupefacientes con fines de comercialización, para poder atribuir el delito de comercialización de estupefacientes a una persona determinada, no solo es necesario la presencia de elementos objetivos y subjetivos, sino que también es necesario poder atribuir dicho comportamiento delictivo a una situación concreta, ya que de lo contrario estaríamos frente a una mera abstracción y como ya se ha dicho anteriormente, en estos casos al carecer de concreción no se puede aplicar ninguna figura delictiva. El delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización se encuentra regulado en el artículo 5 inciso “c” de la Ley 23.737, en el cual se puede

observar que el elemento subjetivo que debe estar presente, debe ser trascendente, es decir, con miras al futuro (“fines de comercialización”). Como ya sabemos que en estos casos no se puede penar una conducta abstracta, y que la intención, el dolo, etc. de la persona se encuentran en su esfera interna, lo cual es de difícil comprobación sino solo deducible, y por tal motivo es que aquí es importante observar los indicios delictivos que nos dejan ver la intención del sujeto.

Entonces, se puede observar que el artículo 5 inciso “c”⁴ hace alusión a dos delitos, por un lado la “tenencia de estupefacientes” y por otro “fines de comercialización”, pero solo basta con la tenencia ilegítima de estupefacientes, con indicios claros, concretos y suficientes que expongan la intención y finalidad de comercialización. (Delito que se encuentra penado con una escala penal de 4 a 15 años de prisión o reclusión).

En este apartado vale agregar que el delito de “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” es ahora de competencia provincial (Ley 26.052), cuando la droga se encuentre fraccionada para ser vendida/entregada al consumidor. Es decir que esta Ley 26.052 les confiere a las provincias la facultad de perseguir el tráfico de drogas que conduzcan al tráfico ilícito, ser este hecho tentado o consumado.

En cuanto al comercio de estupefacientes, el sujeto activo es un comerciante con ánimos de lucro, y con habitualidad de compra, venta, permuta y/o suministro de las mercaderías en cuestión, es decir, éstas sustancias psicotrópicas. El acto de comercialización ya concretado, cae sobre estupefacientes ya elaborados y no sobre materias primas, por ejemplo. Se considera típico el acto de venta por intermediario, de que lo se concluye que no es necesario que el comerciante posea la mercadería de manera material para atribuirle el delito de comercialización.

Para poder encuadrar una conducta de comercialización ilícita de estupefacientes en el marco del artículo 5 inciso “c” de la Ley 23.737, es necesario que dicho acto sea realizado con frecuencia, habitualidad, es decir que el acto realizado de manera aislada no se considera “comercialización” a los fines de la presente ley.

En el caso del suministro (también regulado en dicho artículo 5), suministra quien provee estupefacientes a otros que los necesitan, el suministro puede ser realizado de manera gratuita u onerosa. Como elemento subjetivo se necesita que dicho suministro se

⁴Artículo 5 incisos c de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes. (1989)

encuentre dentro del tráfico ilícito de estupefacientes, contar con la intención de promover, agilizar, facilitar, fomentar y/o agudizar el consumo y acceso a la droga por parte del proveedor. [CITATION Adr \l 11274]

2.2.2 Consideración de las escalas penales

Con la creación de la Ley 23.737, se aumentó la gama de escalas penales que van desde los 4 a 15 años de prisión o reclusión, mantiene el castigo para la tenencia de estupefacientes para consumo personal con una pena de entre 1 mes y 2 años de prisión, la tenencia ilegítima o simple tenencia con una pena de 1 a 6 años de prisión, pudiendo ser reemplazada dicha pena por distintas medidas alternativas, ya seas cursos, tratamientos, etc., pueden ser medidas de seguridad curativas en caso de que el sujeto sea dependiente de las drogas, o medidas de seguridad educativas en caso de que se trate de experimentadores o principiantes. Es decir, que con la redacción de la actual Ley 23.737 se han incrementado más conductas considerando a tales como delictivas, y aumentando también las escalas penales de las conductas ya establecidas anteriormente.

Es de suma importancia destacar como ha impactado esta legislación actual en la comunidad carcelaria, y también resaltar que el impacto que genero pudo ser observado con el pasar del tiempo, es decir que no se trató de un resultado inmediato sino que se fue prolongando a lo largo de ciertos años para poder advertir la situación actual. Vale decir en tal sentido, que el incremento de conductas consideradas como delictivas que incorporo la Ley 23.737 como se mencionó anteriormente y sus penas privativas de la libertad han generado con el paso del tiempo un considerable aumento de la comunidad carcelaria, siendo la principal conducta de delinquir todas aquellas vinculadas con estupefacientes, seguido por delitos contra la propiedad privada (robos principalmente), en lo que se ven afectadas en un primer momento aquellas personas que son pequeños consumidores o quienes son partícipes de actividades de tráfico ilícitos de mínima gravedad, esto es hablando solo de la comunidad carcelaria, es decir, dejando de lado a todas aquellas personas que se encuentran detenidas en comisaría, o que están siendo imputadas y tramitan el procesamiento de su juicio en libertad hasta el dictado de una sentencia firme [CITATION Ref \l 11274].

Haciendo una análisis de las escalas penales que se encuentran en los artículos 5 y 14 de la Ley 23.737, se puede observar como dichas escalas resultan hasta ilógicas, en primer lugar porque se basan en hechos abstractos, es decir que en caso de aplicar algunos de dichos artículos el juez competente tendrá que evaluar el caso en concreto, por lo que torna injusto para aquellas personas que delinque y encuadra en estos dos artículos, porque al no estar diferencia los casos en los que se aplicara la pena correspondiente, los mismos se tornan de alcance general, encuadrando así a delitos que si bien infringen la misma norma, puede ocurrir que el hecho sea de distinta magnitud y distinto impacto en la sociedad, lo que no es justo que se aplique la misma escala penal (ya sea del artículo 5 o el 14) para delitos mínimos, por ejemplo quienes trafican con pequeñas cantidades de estupefacientes de aquellas personas que trafican/comercializan con un cargamento de cocaína, o no lo mismo quien tiene un su poder una cantidad mínima de drogas para su propio consumo, de quien posee grandes cantidades, fraccionadas, lo que da indicio reales y concretos de que están destinados a la comercialización.

Es por ello que después de una gran investigación no solo legislativa y doctrinaria sino también jurisprudencial, que se he llegado a la conclusión de que la Ley 23.737 posee grandes vacíos legales, grandes lagunas, no solo por estar redactada en su mayoría en escalas penales en abstracto sin hacer ningún tipo de especificación en cuanto a los delitos que regula, sino que además se produce un gran choque y contradicción normativa como es por ejemplo con el Código Penal de la Nación que en su título 8 “Delitos contra la salud pública” capítulo 4 “Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas” que abarca el artículo 200 y siguientes, se establece una escala de 3 a 15 años de prisión para aquellos delitos en los que se afecta la salud pública. La pregunta que aquí vale hacer es la siguiente, en los delitos de estupefacientes como es la comercialización o la tenencia en grandes cantidades destinado al suministro, tráfico, etc., ¿no se afecta también aquí a la salud pública? ¿No se ve afectada la seguridad pública? ¿No se está actuando generando daños a terceros? Todos estos interrogantes tienen una respuesta afirmativa, lo que se desprende una clarísima contradicción de las escalas penales establecidas en los artículos 5 y 14 de Ley 23.737 y dichos títulos 200 y siguientes del Código Penal de la Nación. En ambos cuerpos normativos lo que se intenta proteger es la seguridad y salud pública, entonces, ¿Por qué has distintos mínimos en

ambos cuerpos normativos respecto de las escalas penales establecidas? Es aquí donde quiero apuntar, es aquí donde queda claro la perjudicialidad de la Ley 23.737 ya que establece un mínimo de 4 años, a diferencia del Código Penal que tiene regula un mínimo de 3 años, lo cual permite la excarcelación. No solo se presenta esta contradicción, sino que también dichos artículos 5 y 14 tienen una irregularidad respecto a los principios regulados por la Constitución Nacional.

Los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad), y la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, en sus artículos 5 inciso c y artículo 14⁵ regulan lo referido a los ilícitos de tenencia y/o comercialización de estupefacientes teniendo una escala penal en abstracto para su cometido, también el Código Penal, en su artículo 44⁶ sostiene que la escala penal establecida para el delito consumado deberá ser disminuida de un tercio a la mitad en caso de tentativa de delito, por lo que también se permite la excarcelación del sujeto infractor.

A lo referido a la Ley 23.737 se ha utilizado como fuente también un proyecto de modificación de su artículo 5 en el año 2018, sin hacer cambios en el inciso c, estableciendo lo siguiente:

Artículo 1º.-Sustitúyase el artículo 5º de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Será penado con prisión de TRES (3) a QUINCE (15) años y multa de VEINTE MIL (\$) 20.000) a DOS MILLONES (\$) 2.000.000) de pesos, el que sin autorización: (...)c) Vendiere, tuviere para la venta, dé en pago, distribuyere, almacenare, transportare o traficare, en cualquier forma y con fines de comercialización ilegal y no autorizada, estupefacientes, semillas, plantas, precursores o materias primas destinadas a la producción de estupefacientes. ⁷

2.2.3 Análisis de los agravantes y atenuantes.

5Artículo 5 inciso c; artículo 14 – Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes.

6Artículo 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

7Artículo 5 inciso c; artículo 14 – Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes. Proyecto de Ley sobre la despenalización de personas que usan sustancias prohibidas, 2018)

Las distintas escalas penales que se establecen en la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, pueden verse modificadas por agravantes o atenuantes. Como agravantes se puede mencionar todos aquellos casos en los que de la tenencia, cultivo, almacenamiento, tráfico, etc. se pueda observar a través de indicios claros y concretos que la misma es con fines de comercialización; también se puede establecer como agravantes los siguientes casos, cuando medie una licencia, autorización o habilitación pública abra inhabilidad; inhabilitación también para aquellos comercios que se dediquen a la comercialización o suministro de estupefacientes; si por todas las acciones ilegítimas que se regulan en esta ley se viere perjudicada y/o afectada mujeres embarazadas, se realicen dichos actos con violencia, intimidación y/o engaño, si intervienen pluralidad de personas (tres o más personas organizadas para accionar), si dichos hechos ilícitos son realizados por funcionarios públicos en cargo de la prevención o persecución de dichos actos delictivos, o funcionarios públicos que están encargados de la guarda de presos y actúan de manera irregular, cuando el delito se cometiere en intermediaciones o en el interior de un establecimiento educativo, centro asistencial, lugar de detención, institución cultural, deportiva, social, lugares donde se realicen espectáculos públicos, de entretenimientos, etc., cuando se realicen por docentes, educadores, o empleados de institutos educativos; si se usasen los estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, entre otros.

Todos estos son algunos de los agravantes que se pueden aplicar a las penas que establece la Ley 23.737 para los actos ilícitos en los que intervenga cualquier tipo de estupefacientes y en cualquiera de sus estados.

En cuanto a los atenuantes, que son aquellos casos en los que las penas se ven atenuadas o disminuidas por hechos que resulten beneficiosos para el sujeto autor de delitos con estupefacientes, estos atenuantes pueden ser cuando se estime que por la escasa cantidad de estupefacientes que se posee, cultiva, almacena, trafica, etc., se pueda desprender que es para consumo personal. Otro atenuante puede ser, que las penas privativas de la libertad sea reemplazada por medidas educativas en los casos de principiantes o experimentadores con las drogas, o medidas curativas en el caso de sujetos dependientes de las drogas, con los fines de lograr la desintoxicación y rehabilitación de dichos sujetos, evitando el encierro en establecimientos carcelarios y fomentado así, a una mejor inserción en la sociedad.

También se establece como atenuantes aquellas situaciones en donde la persona que se le atribuya el hecho ilícito colabore con las autoridades dando los nombres de los coautores, partícipes y/o encubridores; aporte información importante para la investigación del caso, para el secuestro de sustancias psicotrópicas o que pueda ser utilizada para evitar la realización de otros delitos, etc.

2.3 Comparación de los Principios con las escalas penales de la Ley 23.737

Para dar comienzo a este apartado, es necesario hacer una mención de los principios que trataremos y a los cuales posteriormente se los comparará y analizará con las escalas penales de la Ley 23.7272.

Así podemos comenzar haciendo referencia al principio de proporcionalidad el cual establece que debe existir una necesaria proporcionalidad en la pena que se le aplique a un sujeto respecto al hecho ilícito que éste mismo cometió, tratando de evitar la aplicación de penas exageradas y excesivas en relación a un delito determinado, es decir, que lo que se busca a través de este principio de proporcionalidad es dar a cada individuo que delinque, la pena o medida de seguridad que le corresponde en concordancia con el delito que cometió.

Este principio de proporcionalidad lo que busca es una adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se aplica, en el caso de la Ley 23.737 se puede observar claramente cómo se viola este principio de proporcionalidad. Si realizamos una lectura y un análisis de dicha ley 23.737 podemos observar por ejemplo el artículo 5, el cual establece una escala penal en abstracto para el delito de comercialización de estupefacientes, pero es una escala penal generalizada ya que indica una cierta cantidad de años de privación de la libertad para quien comercialice con drogas, a la cual el juez competente a la hora de dictar sentencia se deberá mantener entre el mínimo y máximo de las penas establecidas, pero en la que no hay especificación alguna de los delitos, por ejemplo no se puede aplicar la misma escala penal a una persona que comercializa con un cargamento de cocaína o heroína, de aquella que comercializa una cantidad mínima de marihuana, claramente se ve cómo se infringe este principio de

proporcionalidad que busca mantener justamente la proporción del delito cometido y la pena que le corresponde.

Respecto del principio de lesividad, el cual es también de suma importancia en este trabajo que se desarrolla, se puede decir y haciendo referencia a lo establecido más arriba, que este principio de lesividad busca dar intervención a los organismos judiciales correspondientes solo en aquellas situaciones en las que existió una real afectación a bienes y/o derechos de terceras personas, sin que haya mediado intervención o participación de éstos en el hecho en cuestión.

Aclarando la idea de lo mencionado, podemos decir que en función de éste principio solo se podrá juzgar o penar al sujeto en aquellos casos que genere un perjuicio o menoscabo a terceros, este caso estamos hablando sustancias psicotrópicas o acciones derivadas del efecto de las mismas, ya sea en cualquiera de sus estados y cualquier tipo de manejo, ya sea cultivo, tenencia con fines de comercialización, transporte, suministro, etc. de drogas siempre y cuando un tercero alegue y pruebe verse afectado por dichos actos y que éstos actos encuadren en una figura delictiva tipificada en la Ley 23.737 y los bienes o derechos que se perjudican se encuentren protegidos jurídicamente, solo en estos casos se podrá aplicarle una pena al sujeto que delinque conforme lo establece este principio de lesividad, no siendo así en aquellos casos en los que no se produce ningún tipo de molestia, perturbación, perjuicio o menoscabo a terceros con la acción que lleva a cabo el sujeto como es en el caso de cultivo y tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que aquí el sujeto portador y consumidor no está produciendo ningún daño ni lesión que dé lugar a una sanción penal, como lo establece este principio de lesividad.

Dentro de los tres principios de más importancia y significancia en la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, encontramos al principio de proporcionalidad, principio de lesividad y también sumamos el principio de culpabilidad, el cual su función principal es evitar que se juzgue a una persona que no ha cometido ningún delito, es decir que la finalidad de este principio de culpabilidad es que a la hora de aplicar una pena o sanción a un individuo determinado por la comisión de un ilícito, lo principal es que se le pueda atribuir la culpabilidad del delito a la persona que se pretende juzgar, caso contrario, será imposible aplicarle la pena por un delito que no cometió o al que no

se lo puede declarar culpable, la finalidad que se persigue aquí es hacer que cada sujeto pague por el delito que cometió y por los daños que haya generado a terceros por ser el responsable y culpable con la pena que le corresponda; y en caso de que un sujeto sea inocente, darle la libertad de culpa y cargos que se corresponde.

Este principio de culpabilidad tiene una íntima vinculación con el principio de lesividad, ya que ambos establecen que se los declarará culpables y se les aplicará una pena por la lesión que cometieron, a aquellos sujetos que sean responsables y que hayan cometido el delito. Como es en el caso de quien comercializa estupefacientes o los cultive y tenga en su poder de fines de comercialización, de aquí se desprende claramente una conducta ilícita que se encuentre tipificada y penada en la ley 23.737, dando lugar a la aplicación de las penas que correspondan. Pero el conflicto aparece en el supuesto de cultivo, tenencia, transporte, etc. de estupefacientes para consumo personal, porque como se dijo anteriormente en el principio de lesividad, el sujeto no está generando ninguna lesión, perjuicio ni menoscabo a terceros, tampoco puede atribuirse la culpabilidad y responsabilidad de nada, ya que tampoco está cometiendo un delito, por lo tanto, vale remarcar y repetir que en este caso no se lo puede juzgar ni penar porque no se le puede atribuir la culpabilidad de absolutamente nada, conforme lo indica el principio de culpabilidad.

Esta fue la vinculación de estos principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad con la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, ya que los mismos indican la proporcionalidad de las penales o sanciones que se apliquen, y dejan en claro cuáles son las circunstancias que se deben tener en cuenta a la hora de juzgar y penar a un sujeto por el hecho delictivo cometido.

2.4 Posiciones doctrinarias acerca de la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal

Muchos juristas consideran que se trata de una inconstitucionalidad, ya que se viola el derecho de libertad de la persona, con “ilícitos” ilógicos por el hecho de que ellos no afectan de manera alguna a terceras personas ni tampoco están invadiendo o violando

derechos de terceros. Otras posturas consideran dicho artículos en cuestión inconstitucional por motivo de contar con una escala penal abstracto y generalizadora, tornándose hasta injusto se podría decir para quienes infringen la norma con un delito de mínima gravedad en comparación de aquellos sujetos que provocan un gran daño a terceros como consecuencia de su accionar.

La gran mayoría de juristas y profesionales en la temática están a la favor de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 5 inciso c y 14 de la Ley 23.737, no solo por ser contradictorios con otros ordenamientos como es en el caso del Código Penal de la Nación en su artículo 44 (referente a la tentativa), y al articulado de nuestra Carta Magna. Es importante hacer mención al artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual se ve infringido por el delito contenido en el artículo 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes.

Como se mencionó anteriormente, la tenencia de estupefacientes se encuentra regulada en el artículo 14 de la Ley 23.737. En el que el contenido de dicho artículo 14 generan ciertas complicaciones, y de esto se desprenden numerosas posturas doctrinarias, en las cuales podemos encontrar posturas que se encuentran a favor de la penalización de la tenencia de estupefacientes por considerar un delito la mera tenencia de drogas lo que produce un peligro para la sociedad en sí y para la salud pública; y por otro lado nos encontramos con el polo opuesto, es decir, con una postura que se encuentra en contra de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que se trata de un acto personal en el cual no se ven afectados terceros.

2.5 Posturas en contra de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal

Al respecto de esta postura es que podemos establecer que si el hecho que se pretende penar no afecta bienes jurídicos de terceros o colectivos no puede ser sancionado conforme lo establece el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Lo que se busca explicar es que solo se pueden reprimir aquellos hechos que trascienden la esfera de lo personal, tal como lo indica la Ley 23.737 en el delito que regula el artículo 14 como en otros delitos que regula.

La tenencia para consumo personal no debe ser alcanza para incriminarla porque es un hecho personal, es un autodaño, que incumbe en la esfera privada y moral de las personas, donde el estado no puede intervenir, tal como lo reza el artículo 19 de la Carta Magna.

Es decir, que no es ni más ni menos que la propia Constitución de la Nación la que se encuentra a favor de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Además como dijimos anteriormente, esta conducta que se regula en el artículo 14 de la Ley 23.737, no se trata de un peligro que trascienda de la esfera personal del agente y por lo tanto no se cuenta con un daño concreto a terceros, por lo que no hay un nexo causal ya que no existe un hecho que se le pueda atribuir a la persona, por lo que tampoco hay un daño efectuado para que se le atribuya la responsabilidad y culpabilidad de dicha hecho dañoso. En estos casos normalmente lo que ocurre es que la ley estigmatiza como delinquentes a las personas adictas sin tener pruebas suficientes de que fueron los autores de un daño, por lo tanto se estaría juzgando a la persona y no al acto en sí.

Hasta la misma Corte ha dado su punto de vista al respecto en numerosos fallos, fallando a favor de la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 23.737, expresando también que hay que adecuarse a la evolución social, considerar las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad actual a la hora de dictar una sentencia, para que la misma sea justa. Esto ha sido repetido en numerosos fallos, lo que nos hace concluir que la Ley 23.737 de regulación de Estupefacientes y en especial el artículo 14 son normas indiferentes y carentes de sentido en el transcurso del tiempo, clara prueba de ellos es que el contenido de dicha norma se contra posiciona con lo establecido en la mismísima Constitución de la Nación contradiciéndola. No hay fundamento racional que justifique dicho contenido, y teniendo en cuenta el principio de última ratio que caracteriza al Derecho Penal, se torna aún más inadecuado la aplicación de penas para casos de consumo personal de drogas, al margen de las justificaciones que se quieran imponer en defensa del contenido del artículo 14 de la Ley, es inevitable no llegar al mismo fin y objetivo, como es la declaración de inconstitucionalidad del mismo.

2.5.1 Posturas a favor de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal

La tenencia de drogas para consumo personal, como toda problemática jurídica y por ende social, genera opiniones divididas, así como hemos visto lo que sostienen las posturas que están a favor del consumo personal de drogas y en contra de su penalización, también debemos analizar las posturas que se encuentran en contra de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y a favor de su penalización.

Están quienes consideran que se trata de una conducta que afecta el orden público, la moral y la salud pública, ya que se puede tomar el consumo persona de drogas como un incentivo o incidencia para que terceros también consuman. Por lo tanto, desde esta perspectiva se considera que de ningún modo dicho delito de penar al consumo personal atente contra lo indicado en el artículo 19 de la Constitución, justificando que dicho accionar ofende el orden público y pone en riesgo y en cierta vulnerabilidad a la salud pública de la sociedad en general como ya se manifestó más arriba. Esto es así ya que todos los ordenamientos jurídicos tienen protecciones jurídicas, los cuales en su mayoría son la salud pública el objeto jurídico que se pretende proteger.

Es una conducta que genera un peligro para la sociedad, por lo que no es necesario que se concrete efectivamente el hecho dañoso, sino que basta con la probabilidad y posibilidad de que ocurra para que sea considerado motivo suficiente para castigarlo, ya que la pena en este caso se estaría aplicando con una finalidad preventiva.

La tenencia de estupefacientes, ya sea para consumo personal o no, es un hecho punible porque genera la posibilidad de incitar a otros la consumo de drogas, lo cual llevaría a que aumente de manera considerable el índice de porcentaje de consumidores de drogas, lo que culminaría con el transcurso del tiempo en una sociedad altamente enferma, de la mano de esto vendría el crecimiento del tráfico y comercialización de drogas, lo cual las comunidad de narcotráficos iría acaparando poco a poco el total de la sociedad, es un negocio clandestino y turbio, y de la mano de esto estos escenario entra en escena la delincuencia, la cual aumentaría notablemente también. Es por ello que se considera que esta problemática no puede ser tratada desde un plano individual, ya que es un mal genérico que afecta a la sociedad en su totalidad.

La penalidad de dicho acto, actúa hoy por hoy como una medida preventiva, por lo que es necesario una interpretación más amplia de lo establecido dentro de la Constitución

de la Nación, del mismo modo que lo ha hecho los legisladores a la hora de redactarla. Por ello se considera que la punibilidad del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal no viola ningún principio constitucional por el hecho de que como dije anteriormente, no corresponde hacer una interpretación individual del sujeto que delinque, sino de la potencial afectación que esto generaría para la sociedad, ya que trasciende la esfera personal del sujeto portador de drogas. (Zamora, 2015)

2.6 Conclusiones parciales

En la Ley 23.737, de Tenencia de Estupefacientes, se encuentran regulados todos aquellos delitos en los que se vean involucrados estupefacientes en todas sus etapas, y los mismos sean utilizados con fines de comercialización (términos que ya han sido definidos anteriormente). Estableciendo distintas escalas penales en abstractos, sin hacer diferenciación alguna en cuanto a los delitos en tentativas, los concretos y las meras intenciones del sujeto activo, lo cual genera un choque normativo con el Código Penal de la Nación, y también con la Constitución de la Nación, tornándose así dicha ley, inconstitucional, principalmente en sus artículos 5 y 14.

También establece los distintos atenuantes y agravantes a aplicar en cada pena, variando las escalas penales y dependiendo del hecho delictivo que se ha cometido. Por tanto, se puede señalar como principal característica, junto a las contradicciones de la Ley 23.737 con el CP y la CN, y también con los atenuantes y agravantes de sus penas, lo que ocurre con los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad que se encuentran regulados en el Código Penal y en la CN, cumpliendo una función muy importante en nuestros ordenamientos, ya que tiene como base y cometido fundamental la de darle cierta protección a todos los individuos que habitan suelo argentino, impidiendo que se les sea juzgado y penado por delitos por lo que no deben responder.

Y si realizamos una lectura de referida Ley 23.737 de Tenencia de Estupefaciente y analizamos sus artículos, podemos observar con total claridad cómo se encuentran completamente violados cada uno de los principios que hemos mencionado, es por ellos que en este trabajo hacemos mención a las irregularidades que tiene dicha ley 23.737, una de ellas, la violación de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

A su vez, para finalizar, resulta importante hacer mención a las diversas posturas doctrinarias que hay respecto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que hay posturas que se encuentran a favor de la despenalización de la tenencia de drogas para consumo personal, ya que sostienen que es un hecho privado el cual mientras no afecte ni dañe a terceros no puede ser penado, porque a su vez, de ser así, se estaría violando el artículo 19 de la CN, y por el contrario, hay quienes sostienen que no se debe dar lugar a la despenalización de la tenencia de drogas para consumo personal, ya que de esta manera se fomentaría el consumo, la comercialización de sustancias psicotrópicas, los hechos delictivos, porque también pondría a la sociedad en situación de vulnerabilidad ante la libre consumición de estupefacientes.

Capítulo 3: Derecho comparado y análisis jurisprudencial.

3.1 Introducción parcial

En este capítulo se trata acerca del encuadre que recibe el principio de proporcionalidad y de lesividad en el derecho comparado, analizando cada uno de los países de mayor relevancia sobre la temática, se analizan las diversas intensidades de las penas establecidas en la Ley 23.737 con sus agravantes y atenuantes y vinculándolo a las penas del CP, se realiza un estudio detallado de fallos sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, los cuales han sido los más revolucionario a nivel jurídico y social, por último se analiza se manera sintetizada la violación de los principios constitucionales por las ley 23.737. Se busca dar un cierre a la investigación llevada a cabo para la redacción de este trabajo.

3.2 Encuadre del principio de proporcionalidad en el derecho comparado

En el ámbito del derecho comparado, se puede establecer que el principio de proporcionalidad también tiene aplicación a nivel internacional, como por ejemplo en los países de Alemania, Austria, España y Colombia. Para hacer un análisis más profundo de la temática en cuestión respecto a cada país, vamos a hacer un breve repaso de casa país:

- **Alemania:** Aquí el principio de proporcionalidad no se encuentra regulado de forma expresa en la CN, pero el tribunal lo califica como máxima constitucional, así mismo, no existe unanimidad en la doctrina Alemana sobre la denominación y el contenido de este principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional considera que la principal función del principio de proporcionalidad en sentido amplio, es la de límites a las injerencias de los derechos fundamentales. [CITATION Ivo \l 11274] .
- **Austria:** En Austria el principio de proporcionalidad es considerado como un principio general del ordenamiento jurídico y doctrina, debido a las injerencias estatales en los derechos fundamentales. También a su de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte, y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos. En consonancia con una parte importante

de la doctrina, el Tribunal Constitucional austriaco, a diferencia de Alemania y España deriva la necesidad proporcional del principio de igualdad. Ya que, en Austria el principio de proporcionalidad es entendido por la doctrina en doble sentido. En sentido amplio, como un supra concepto de un examen que incluye a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, pero otros autores quieren considerarlo en este último sentido. [CITATION Ivo \l 11274] .

- **España:** En este país, la mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso acerca del precepto constitucional donde pueda considerarse consagrado.

La mayoría de la doctrina, cuando analizamos los límites al ius pudiendi el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, solo se refiere a este principio en sentido estricto, pero otro sector sigue la postura mayoritaria en Alemania. [CITATION Ivo \l 11274] .

- **Colombia:** En este Estado, con respecto a la jurisprudencia, este principio de proporcionalidad ha estado vinculado al principio de legalidad. En este caso, el principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso (prohibición de medidas excesivas), es el criterio para controlar la constitucionalidad de la Ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa.

Es decir que el principio de proporcionalidad en Colombia, está conformado por subprincipios como son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento controla la corte constitucional [CITATION Ivo \l 11274] .

Por otra parte, en cuanto al principio de lesividad, en el derecho comparado son numerosos los instrumentos internacionales que reconocen este principio de lesividad. Así por ejemplo, tenemos el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸; artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹; artículo 12 de la Declaración Nacional de Derechos Humanos¹⁰; artículo 16 de

8 Artículo 11.2 de la Declaración Americana de Derechos Humanos

9 Artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

10 Artículo 12 de la Declaración Nacional de Derechos Humanos

la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹¹; artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos¹², entre otros. Con la reforma constitucional de 1994 se incorporaron dichos instrumentos internacionales a nuestra Carta Magna a través del artículo 75 inciso 22, dotándolos de jerarquía constitucional. Desde entonces, estos instrumentos internacionales han sido aplicados por los tribunales argentinos, como ejemplo se pueden citar los siguientes fallos: fallo “Girolodi”¹³ donde la CSJN afirmó aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado; fallo “Quiroga”¹⁴ donde remarcó la necesidad de separar la funciones de acusar y juzgar como parte del derecho de defensa, la garantía del imputado a un juicio rápido, a ser juzgado por tribunales imparciales; fallo “Santillán”¹⁵ reconoció al querellante la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria acorde a sus intereses; en los fallos “Mazzeo”¹⁶, “Arancibia Clavel”¹⁷ y “Simón”¹⁸ se debió resolver el alcance a las garantías constitucionales de los procesados, frente a las responsabilidades que dichos tratados de derechos humanos imponen al estado. Aquí se le da suma importancia al fallo del caso “Arriola”¹⁹, que es el fallo con mayor importancia para nosotros, ya que es la fuente y base principal de inspiración de este trabajo.

Lo que es importante destacar en este punto, es la cláusula “*pro homine*” vinculada al principio de lesividad, la cual dicha cláusula establece que se debe estar siempre a la interpretación que garantice los derechos protegidos, y a la inversa, la disposición normativa más restringida cuando se trate imponer limitaciones al ejercicio de esos derechos. De hecho, la CSJN hizo alusión al principio “*pro homine*” al fallar en la causa “Acosta”.

11 Artículo 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

12 Artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos

13 CSJN. “Girolodi, Horacio David y otros / recurso de casación - causa n° 32/93”. (7/4/1995)

14 CSJN. “Quiroga, Edgardo Oscar / recurso de hecho – causa n° 4302”. (23/12/2004)

15 CSJN. “Santillán, Francisco Agustín / recurso de casación – s/ causa.” (13/8/1998)

16CSJN. “Mazzeo, Julio Lilo y otros / recurso de casación e inconstitucionalidad - s/ causa”. (13/07/2007)

17CSJN. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro / homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa n° 259”. (24/08/2004)

18 CSJN. “Simón, Héctor Julio y otros / privación ilegítima de la libertad – recurso de hecho – causa n° 17.768”. (14/06/2005)

19CSJN. “Arriola Sebastián y otros / recurso de hecho – causa n° 9080”. (25/08/2009)

3.2 Análisis de delitos de diversas intensidades

En cuanto a la diversidad de intensidades de las penas que regula el CP podemos establecer las siguientes penas: multa, inhabilitación, prisión y reclusión. Claramente estas distintas escalas penales que mencionamos pueden aplicarse de manera individual o pueden ser aplicadas de manera conjunta dos o más de ellas, la aplicación de las mismas va a ser por decisión del juez competente conforme al caso en concreto y por supuesto tomando como principal indicio el nivel de dañosidad del delito cometido, el grado de afectación a los bienes, derechos y persona de terceros, la buena y la moral pública.

Como eslabón fundamental a las diversas intensidades de las penas a aplicar, es oportuno hacer mención a los distintos delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal de la Nación. Así podemos mencionar los siguientes delitos:

- ❖ Delitos contra la persona
- ❖ Delitos contra el honor
- ❖ Delitos contra la integridad sexual
- ❖ Delitos contra la libertad
- ❖ Delitos contra la propiedad
- ❖ Delitos contra la salud pública
- ❖ Delitos contra el orden público
- ❖ Delitos contra la seguridad de la nación y todos sus habitantes
- ❖ Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional
- ❖ Delitos contra la administración pública
- ❖ Delitos contra la fe pública

Ahora que ya hemos hecho mención a las distintas penas que establece el Código Penal, y los diversos delitos que tipifica dicho cuerpo normativo, estamos en condiciones de analizar la aplicación en un caso en concreto de ambos (penas y figuras delictivas).

Es sumamente justo que haya variantes en las rigurosidades de las penas a aplicar, ya que en la realidad son miles y miles los delitos que se cometen día a día, y no todos

tienen el mismo nivel de peligrosidad y dañosidad, por lo tanto resultaría ilógico que existiera un solo método de castigo ante el gran abanico de ilícitos que se regulan. Por ejemplo, sería una locura penar solo con una multa a quien haya cometido delitos de gran magnitud como pueden ser homicidios, abuso sexual, delitos contra la nación, comercialización de estupefacientes, entre otros tantos delitos que generan un alto grado de peligrosidad para toda la sociedad. Si bien la pena de multa puede ser muy variada, ya que se puede aplicar una multa de bajo importe o por el contrario aplicar una multa millonario, lo que claramente sería casi imposible para el sujeto que delinque poder cubrir dicho monto, pero aun así se le estaría dando el privilegio de la libertad, a circular libremente y sin culpa alguna, como si nada hubiese hecho, incentivando así a que cada vez sean más las personas que delinquen, ya que de uno u otro modo permanecerán en absoluta libertad, por lo que aumentaría de manera notoria el porcentaje de reincidentes, lo que llevaría a un deterioro de la sociedad cada vez mayor.

Lo mismo ocurriría si nos posicionamos en el lado opuesto de las penas, es decir, si solo existiera la pena de prisión o reclusión. Con solo usar un poco la imaginación y crear una realidad paralela a la que tenemos en la actualidad, en la que ante cualquier delito que se cometa se privara de la libertad a la persona. En nuestro Código Penal como en muchísimas leyes de tipifican como delitos a acciones que no generan un peligro real y concreto para la sociedad, sus bienes y derechos pero que aun así siguen siendo considerados delitos (claro ejemplo es el de la tenencia de estupefacientes para consumo personal), y ante situaciones como estas la ley debe intervenir y actuar conforme lo establecen las normas.

En el ejemplo planteado del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal se actúa con la pena de privación de la libertad de la persona, cuando en realidad no solo que no genera potencialidad de daño alguna, sino que ni siquiera delinquirió.

Por eso, en situaciones como estas es conveniente aplicarle una multa o una medida de seguridad al sujeto y no la privación de la libertad como solución al problema, hasta que en un futuro y ojala no muy lejano, se elimine esta supuesta figura delictiva y deje de estar tipificada como delito, al igual que todas aquellas situaciones que sin llegar a ser un delito, se encuentran tipificadas como tales.

Esta realidad de la variedad de las penas con la que contamos, es muy efectiva y podría ser aun mucho más si solo se aplicara la pena de prisión o reclusión a aquellos sujetos que realmente merecen estar privados de la libertad, no solo por el delito cometido sino por la potencial dañosidad y peligrosidad que significa para toda la sociedad; y en los casos de delitos de menor gravedad aplicar multas o medidas de seguridad ya sean educativas o curativas que resultarían mucho más eficientes sobre la conducta y personalidad del individuo, antes que el encierro en un establecimientos penitenciario; obteniendo como uno de los resultados la disminución de la población carcelaria que habría de esta forma, generando mayores lugares de encierro para quienes realmente merecen estar privados de la libertad (Código Penal de la Nación Argentina 2015 / compilado por Fernando M. Zamora. Editorial Zavalia 2015, Bs.As.).

3.2.1 Relación de delitos y penas entre el Código Penal y la Ley 23.737

Si bien veníamos hablando en el punto anterior respecto las penas que regula el Código Penal, es importante recordar que el artículo 5 de dicho cuerpo normativo establece que las penas que este código regulan son: reclusión, prisión, multa e inhabilitación, dándoles un orden de mayor intensidad a menor intensidad.

Por lo tanto todos los delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal, como en las leyes y otros cuerpos normativos, deberán los jueces adecuarse a la hora de dictar sentencia en el caso en concreto, a la escala penal en abstracto que contemple e indique el cuerpo normativo donde se encuentra tipificada la conducta.

Como también mencionamos en el título anterior, esta diversidad de penas que tienen distintos niveles de intensidad en cuanto al castigo que aplican, es decir que la aplicación de la pena dependerá de la gravedad del ilícito que se cometió. Por ejemplo, en nuestro Código Penal de la Nación tenemos un amplio abanico de conductas que se encuentran tipificadas como delitos con sus respectivas escalas penales en abstracto.

Así, en el Libro Primero “Disposiciones Generales” Título 3 “Condena Condicional” artículo 26 establece que en los casos de primera condena de privación de la libertad que se le aplique al sujeto que no exceda de tres años, el tribunal podrá disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, fundamentando dicha resolución en

los motivos que llevaron al sujeto a delinquir y demás circunstancia que demuestre la falta de potencial gravedad para la sociedad la libertad del sujeto en caso de permanecer en libertad y la inconveniencia de aplicar la privación de la libertad. En el Título 6 “Tentativa”, así en referencia a la tentativa el artículo 42 indica que habrá tentativa en aquellos casos en los que con el fin de cometer un delito determinado, el agente comienza su ejecución pero por causas y circunstancias ajenas a la voluntad del mismo, no ha podido consumar el delito.

Y el artículo 44 respecto a la pena establece que la pena que le correspondería al agente en caso de que se hubiera consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad, por ejemplo si la pena fuera de reclusión perpetua la pena de tentativa será de reclusión de 15 a 20 años; se la pena fuera de prisión perpetua la pena de tentativa será de 10 a 15 años de prisión; y en el caso de delitos imposibles la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o bien eximirse de ella. En el Título 8 “Reincidencia”, el artículo 50 indica que habrá reincidencia cuando una persona que ya ha cumplido una condena de privación de la libertad, y comete un nuevo delito, estaría reincidiendo por lo que en este caso la pena a aplicar al agente debe ser severa y dura, a los fines de evitar que vuelva a reincidir.

Una sección del Código Penal de gran importancia para este trabajo, es la que se encuentra en el Libro Segundo Título 8 “Delitos contra la salud pública” Capítulo 4 “Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”, que en el artículo 200 establece que se le impondrá al agente una pena de reclusión o prisión de 3 a 10 años y multa que podrá ir desde los \$10.000 a los \$200.000; el artículo 201 en su apartado “a” indica que la misma pena se impondrá a quienes pusieren en venta, suministraren, almacene o de algún otro modo comercialice o distribuya estas aguas potables, alimentos, medicinas o cualquier otro producto nocivo para la salud, mientras que en el apartado “b” las penas se agudizan, mediando escalas penales mucho más severas, por ejemplo, en el caso de que falleciera una persona a causa de estos productos, la pena será de 10 a 25 años de reclusión o prisión, si resultaren lesiones gravísimas la pena será de 3 a 15 años y de 3 a 10 años de prisión en los casos de lesiones graves. En todos los casos también se impondrá multa de \$10.000 a \$200.000.

Haciendo referencia a este Título 8 de delitos contra la salud pública, es importante hacer mención también al artículo 204, que encuadra una de los vértices de la problemática que se desarrolla en este trabajo, que es la protección a la salud pública. Así, dicho artículo 204 en su primer apartado establece que se le impondrá una pena de 6 meses a 3 años de prisión a aquel que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a lo indicado en la receta médica, cuando directamente lo vendiere sin dicha pedido médico, y en el siguiente apartado del artículo 204 indica que si dicho error en la venta se produjere por negligencia se le sumara a la pena una multa que ira de \$5.000 a \$100.000. Y otro artículo importante de destacar es el que se refiere al encubrimiento, ya que en la mayoría de los delitos que son cometidos con estupefacientes se necesita del aporte de los encubridores para no levantar sospechas del acto que se realiza, ya sea el cultivo, almacenamiento, suministro, distribución, comercialización, etc. de estupefacientes en cualquiera de sus estados. Por lo que el artículo 277 en su primer apartado establece una pena de prisión de 6 meses a 3 años a todas aquellas personas que hayan participado como encubiertos de los delitos cometidos, ya sea ayudando a eludir las investigaciones; ocultare, alterare o hiciera desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito; no realizare la denuncia correspondientes o no individualizare al autor o partícipes del delito; o asegurare o ayudare al auto o partícipes.

Mientras que en la tercera parte del artículo 277 indica que la pena será aumentada al doble en su mínimo y en su máximo cuando el hecho fuera un delito grave, siendo tal aquel que la pena mínima fuera mayor de 3 años, también cuando el autor actuare con ánimos de lucro, o el autor fuere un funcionario público. Mientras que estarán exentos de responsabilidad criminal aquellos que hubieren obrado en favor de su conyugue, pariente dentro del 4 grado, amigo íntimo, entre otros.

Habiendo terminado este recorrido a lo largo del articulado de nuestro Código Penal de la Nación, y habiendo destacado alguno de los artículos los cuales tienen cierta conexión con el tema desarrollado en este trabajo, como es la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 23.737 Tenencia de Estupefacientes.

Tal como lo indica el artículo 26 del Código Penal ya mencionado anteriormente, trata respecto a la condena condicional, es decir que en aquellos casos en los que la pena

impuesta no exceda de 3 años de prisión, el tribunal podrá conceder el beneficio del cumplimiento en suspenso de la pena, por lo que el agente no sería privado de su libertad.

Casualmente gran parte de los delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal tiene en sus escalas penales en abstracto un mínimo de tres años o menos de prisión, (claro que esta que se dejan de lado los delitos de mayor gravedad los cuales les corresponde una pena mucho mayor), lo que llevaría a la excarcelación del sujeto que delinque dejando el cumplimiento de la condena sentenciada en suspenso por un plazo de 10 años sin que el individuo vuelva a delinquir, lo que terminaría en la caída de la pena que se le impuso.

Otros delitos que tienen el mínimo de 3 años o menos de prisión son lo que están regulados por el artículo 200 y siguientes del Código Penal, sobre los que ya hemos trabajado más arriba, así dicho artículo 200 establece una pena de 3 años a 10 años de prisión para quien envenenare o adulterare aguas potables, alimentos o sustancias medicinales; el artículo 201 en el apartado “a” indica la misma escala penal para quienes pusieran en venta, suministraren, distribuyeren o comercializaren con dichos productos; y el artículo 204 establece una pena de 6 meses a 3 años de prisión para quienes estando autorizado a la venta de sustancias medicinales no lo hicieran conforme lo indica el pedido médico ya sea en cuanto a su especie, cantidad, o calidad o quien directamente los vendiere sin la receta médica correspondiente.

Entonces, se puede afirmar que los artículos que tratan sobre la salud pública tienen un mínimo en la escala penal que permite otorgarles el beneficio de dejar en suspenso el cumplimiento de la condena impuesta al agente, beneficio que no es posible atribuir en los delitos que se regulan en el artículo 5 de Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes por ejemplo, ya que en dicho artículo 5 la escala penal va desde los 4 años a 15 años de reclusión o prisión respecto al delito de comercialización de estupefacientes, que como se puede observar el mínimo de la pena aquí es de 4 años por lo que no se permite aplicar lo que establece el artículo 26 del Código Penal.

Aquí la pregunta que nos hacemos es la siguiente, *¿Porque ambos delitos que protegen el mismo bien jurídico, como es la salud pública tiene un mínimo en la escala penal distinto?* Considero que no hay una respuesta que pueda ser lógica a tal pregunta. Es la misma Constitución la que establece que no debe haber diferencias ni

discriminaciones respecto a la aplicación de la ley, pero en este caso son el mismo Código Penal y la Ley 23.737 los que no están aplicando la ley para todos por igual.

Aumentar las escalas penales de los delitos que tipifica el Código sería engorroso y hasta ridículo, en primer lugar porque se tendría que modificar gran parte de dicho cuerpo normativo y segundo porque sería perjudicial para todos los ciudadanos el hecho de aumentar las penas y quitarles el beneficio que la misma ley les concede. Es por ello que considero que lo más adecuado sería la modificación a la Ley 23.737, disminuyendo los mínimos de las escalas penales, para que las mismas sean de 3 años de prisión en aquellos delitos en los que el mínimo es de 4 años, para poder así obtener aquí también el beneficio del cumplimiento en suspenso de la condena, es decir la libertad condicional tal como lo indica el Código Penal en su artículo 26, ya que de poder lograrse esto, estaríamos en presencia de una ley que es igual para todos.

Es por esto que considero pertinente la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5 de Ley 23.737, como también lo fundamentan numerosos fallos que se han dictado al efecto; ya que la pena de dicho artículo se opone a lo que establece el código penal, más precisamente a lo que establece en los artículos 200 y siguientes, ya que en dichos artículos se intenta proteger el bien jurídico de salud pública, que es el mismo bien jurídico que se protege en la ley 23.737 artículo 5 evitando la comercialización de estupefacientes en cualquiera de sus estados, materias primas, o a quienes cultivo o almacene drogas o semillas destinados a esos fines, etc., y pensando a quienes sean descubiertos en esa situación.

Por lo que si se redujera el mínimo de la escala penal de este artículo 5, se le podrá conceder al agente el beneficio de la libertad condicional a quienes si bien han cometido un delito, no generan una potencial peligrosidad para la sociedad en su conjunto.

Es por ello que es tan importante hacer esta vinculación entre los delitos y penas del Código Penal con la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, ya que nos permite observar sin inconvenientes alguno, la clara necesidad de declarar la constitucionalidad del artículo 5 de dicha Ley 23.737, y su posterior modificación. (Zamora, 2015)

3.3 Fallos sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal

Hay números fallos en cuales se establecen atenuantes y agravantes antes mencionados, uno de los más significativos es el fallo “Ibarra Ramírez y otros”.²⁰ En el que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12 procesó a integrantes de una banda de narcotraficantes que operaban en la Villa 15 en Buenos Aires. Se trata de 8 miembros que vendían marihuana y cocaína, también estaban acusados por tenencia de armas de guerra y acopio de municiones.

El fallo en cuestión les atribuye a Isidro Ramón Ibarra Ramírez, Julio Cesar Aguilera Cristaldo, Alicia Vigo Cantero y Arnaldo Cristóbal Robin Ortellado, el haber tomado parte el primero de los nombrados, Ibarra Ramírez como organizador de la banda, el resto de los miembros y demás personas que prestaron su cooperación a una asociación ilícita destinada primordialmente dentro de la Villa 15 de Bs. As. Como también fuera de los parámetros territoriales de la misma. Actos relacionados con el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas, incluyéndose también la introducción, fabricación, almacenamiento, fraccionamientos y distribución definitiva de los estupefacientes conformadas a base de marihuana y cocaína, ya fuera en grandes cantidades o en pequeñas fracciones destinadas al consumo individual, como así también la comisión de otras acciones de corte netamente delictivo con el mismo animus operandi, tal como el almacenamiento de armas y acopio de municiones.

También se procesó a Ariel Alberto Alfaro, Marcial Galeano, Felicio Aguirre y Alberto Ariel Cuevas, quienes eran el resto de los integrantes de dicha asociación junto a los que se mencionó anteriormente. A 7 de los acusados se les ordeno prisión preventiva [CITATION CIJ11 \l 11274].

Se le declaro prisión preventiva a Ramón Ibarra Ramírez y Julio Cesar Aguilera Cristaldo por considerarlos coautores penalmente responsables del delito previsto en el artículo 5 de la Ley 23.737²¹ de comercialización de estupefacientes y agravado por el artículo 11 inciso c²² del mismo cuerpo normativo, referente a la participación de 3 o más personas en forma de organización para consumir delitos, a Ibarra Ramírez se lo consideró como organizador de dicha asociación ilícita. También se los proceso por el delito de tenencia de armas de guerra y acopio de municiones como lo indica el artículo

20CSJN., "Ibarra Ramírez, Isidro Ramón y otros s/ Procesamiento, embargo y prisión preventiva – causa n° 45.858". (14/07/2011).

21 Artículo 5 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes

22 Artículo 11 inciso c de la Ley 23.737 d Tenencia de Estupefacientes.

182 bis párrafo 2 y 3 del CP²³, se ordenó el embargo y secuestro de las mismas y la prisión preventiva de gran parte de los integrantes, como se mencionó anteriormente.

Los sujetos involucrados realizaron su defensa exclamando que no se ha llegado a la probabilidad exigida respecto a los hechos para aplicarles dicha penas, estableciendo los procesados que no se ha acreditado la coautoría en el tráfico de estupefacientes de los nombrados, ni que tengan una organización ilícita. A ninguno de ellos se les secuestro armas de fuego, ni municiones, y con respecto a las drogas solo se encontró un envoltorio de marihuana en el domicilio de uno de los procesados.

Lo cual finalmente se confirmó el delito de coautoría penalmente responsable del artículo 5 de la Ley 23.737, agravado por el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, el delito de tenencias de armas de guerra y acopio de municiones, a su vez de revoco el delito de evasión y se decretó la falta de méritos con relación a los hechos del artículo 309 del C.P.P.N²⁴.

Considerando de los hechos ocurridos, se desprende de las circunstancias probatorias recolectadas, que los nombrados anteriormente integran una organización destinada al accionar ilícito mencionada (comercialización y tráfico ilícito de sustancias de estupefacientes y tenencias de armas de guerra y acopio de municiones), contando para ello con todos los elementos necesarios para llevar adelante dichas acciones, como son los medios económicos, importante cantidad de estupefacientes, elementos para su comercialización, utilización de armas de guerra, municiones, contar con la ayuda de cómplices, etc.

De la lectura de los hechos se desprenden también algunas de las maniobras ilícitas realizadas por esta banda, y fueron por ejemplo la comercialización de sustancias estupefacientes a base de cocaína en forma de panes (14) con un peso de 15.280,52 gramos; tenencia a su disposición con fines de comercialización de marihuana con un peso de 18.993,34 gramos y sustancias conformadas a base de cocaína con un peso de 9,44 gramos; la tenencia conjunta, de manera ilegal y sin su autorización legal correspondiente, de un revolver de color negro con cachas de madera y seis (6) alveolos encontrándose utilizados cada uno de ellos en cartuchos de balas y gran cantidad de cartuchos de diferentes calibres.

23 Artículo 182 bis párrafos 2 y 3 del Código Penal de la Nación

24 “Artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina”

En cuanto a la consideración de las pruebas, se puede establecer a partir de la recolección de las mismas se obtuvieron pruebas testimoniales, actas de detención y notificación de derechos correspondientes, actas de secuestros, actas de declaración de los testigos actuantes, actas de aperturas labradas por personal de la División laboratorio químico de la Policía Federal, constancia de pericias, información de la firma Movistar sobre los abonados telefónicos intervenidos, información de la firma Telecom Personal S.A sobre los abonados telefónicos intervenidos, también de la firma Nextel, croquis, impresiones, imágenes fotográficas de los domicilios correspondientes, de los kioscos vinculados al accionar de la organización ilícita, informes médicos y general muchísimas pruebas más.

Es cuanto al descargo de los imputados, por encontrarse los causantes en estado de sospecha, al tiempo de sus detenciones se les recibió declaraciones indagatorias en pos de garantizar el derecho de debida defensa en juicio. En ocasión de tomar conocimiento de los hechos esbozados, gran parte de los involucrados manifestaron su voluntad de hacer uso del derecho constitucional de negarse a prestar declaraciones, mientras otros de optaron por si dar su declaración de los hechos.

Respecto a las calificaciones legales y de acuerdo a los términos de cada una de las intimaciones formales concretadas respecto de los imputados, el juzgador entendió que Isidro Ramón Ibarra Ramírez respondiera como organizador de una cadena destinada al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en el que intervienen más de tres (3) personas y coautor del delito de tenencia de armas de guerra y acopio de municiones, en concurso real entre sí. Paralelamente los causantes Julio Cesar Aguilera Cristaldo, Alicia Vigo Cantero, Arnaldo Cristóbal Robin Ortellado, Alberto Ariel Cuevas, Ariel Alberto Alfaro y Marcial Galeano, respondan en principio como coautores del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por la intervención de tres (3) o más personas y coautores en la tenencia ilegal de armas de guerra y acopio de municiones. Julio cesar Aguilera Cristaldo como autor penalmente responsable del delito de evasión en grado de tentativa.

Finalmente y algunos de los puntos que se trabajó en la resolución final del fallo fue decretar el procesamiento y prisión preventiva de Ibarra Ramírez por considerarlo organizador de una cadena destinada al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en el

que interviene más de tres (3) personas y coautor del delito de tenencia de armas de guerra y acopio de municione en concurso real entre sí. Decretar el procesamiento y prisión preventiva de Julio cesar Aguilera Cristaldo, por considerarlo responsable de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por la intervención de tres (3) o más personas en forma organizada, tenencia ilegal de armas de guerra y acopio de municiones, y autor del delito de evasión. Decretar el procesamiento y prisión preventiva de Alicia Vigo Cantero y Arnaldo Cristóbal Robin Ortellado en carácter de la causa *up supra*, como así también Ariel albero Alfaro, Marcial Galeano, Felicio Aguirre, Alberto Ariel Cuevas.

Otra de las cuestiones que se trató en la resolución final fue la de trabar embargo sobre los bienes y dinero de Isidro Ramón Ibarra Ramírez por la suma de quinientos cuarenta mil pesos (\$540.000); Julio cesar Aguilera Cristaldo por trescientos diez mil pesos (\$310.000), Alicia Vigo Cantero y Arnaldo Cristóbal Robin Ortellado por el total de doscientos sesenta mil pesos (\$260.000), Alberto Ariel Cuevas, Ariel Alberto Alfaro y Marcial Galeano por la suma de ciento noventa mil pesos (\$190.000) y Felicio Aguirre por cincuenta mil pesos (\$50.000)²⁵.

En tanto, algunos de los fallos históricos de mayor trascendencia jurídica y público conocimientos son:

- **CSJN., “Colavini Ariel O. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (28/03/1978)²⁶:** En este fallo de la causa ““Colavini Ariel O. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”, Ariel Colavini fue detenido por encontrarle en su ropa 2 cigarrillos de marihuana, el mismo fue condenado en primera y segunda instancia a una pena de 2 años de prisión en suspenso y multa de \$5.000.

Colavini interpuso recurso extraordinario impugnando la constitucionalidad de la ley ya que el consumo de drogas en una acción privada ajena a terceros, y al penalizarla se está violando el artículo 19 de la CN. En este caso la Corte Suprema confirmó la sentencia impuesta por los tribunales inferiores, basándose en que el consumo de drogas

²⁵CSJN., "Ibarra Ramírez, Isidro Ramón y otros s/ Procesamiento, embargo y prisión preventiva – causa n° 45.858". (14/07/2011).

²⁶CSJN., “Colavini Ariel O. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (28/03/1978)

lleva a la destrucción de familias, la moral de los pueblos y genera delincuencia, y se indicó que el consumidor es indispensable para seguir fomentando la existencia de narcotraficantes, ya que si no existieran compradores lógicamente tampoco habría vendedores, es por eso que se considera que el consumo de estupefacientes excede de las acciones privadas de los hombres.

En la resolución se confirmó la sentencia apelada, en la condena de Colavini de 2 años de prisión en suspenso y multa de \$5.000 por violar dicho artículo 6 de la Ley 20.771. La corte estableció como argumentos a la resolución, la prohibición de tenencia de drogas para consumo personal y que la mismo es violatoria al artículo 19 de la CN”[CITATION LuB19 \l 11274] .

- **CSJN., “Bazterrica, Gustavo. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (29/08/1986)²⁷:** En este fallo se condenó a Gustavo Bazterrica a la pena de un año de prisión en suspenso, multa y costas, por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes. Este pronunciamiento fue pronunciado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, y contra esta sentencia se impuso recurso extraordinario, sosteniendo la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 20.771 que por reprimir la tenencia de estupefacientes para consumo personal se está violando el principio de libertad que es regulado por el artículo 19 de la CN.

La Corte Suprema hace lugar al recurso y revoca el fallo de la cámara, ya que entiende que el artículo 6 de la Ley 20.771 es inconstitucional por evadir la esfera de la libertad personal exenta de la violación de los magistrados.

No basta la sola potencial posibilidad de que una conducta trascienda de la esfera privada para incriminarla, sino que es necesaria la existencia de un peligro en concreto para la salud pública. La Corte manifiesta que no está probado que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes pueda evitar consecuencias negativas y concretas para el bienestar y seguridad de la comunidad. Se sostuvo además, que el adicto al consumo de drogas es una persona enferma que debe estar tratada como tal imponiéndoles otras medidas que no sea la privación de la liberta.

La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 que penalizaba la tenencia de drogas para uso personal en el fallo “Bazterrica

²⁷ CSJN., “Bazterrica, Gustavo. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (29/08/1986).

Gustavo, la Corte se basa en el artículo 19 de la Constitución Nacional, tal como se lo menciono anteriormente [CITATION LuB19 \l 11274] .

- **CSJN., “Arriola, Sebastián y otros s/ Tenencia de Estupeficientes para consumo personal”. (25/08/2009)²⁸:** En esta sentencia la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma que sanciona penalmente la tenencia de estupeficientes para consumo personal por ser incompatible con el principio de reserva del artículo 19 de la CN que protege las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la moral y el orden público, ni perjudique a terceros.

En cuanto a los hechos se considera que en el marco de una investigación por tráfico y comercialización de estupeficientes se realizó un allanamiento durante el cual resultaron detenidas 8 personas con marihuana en su poder, que por su escasa cantidad denotaba ser para consumo personal.

La defensa de los acusados sostuvo que el artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupeficientes, el cual dicho artículo reprime la tenencia de estupeficientes para consumo personal, es incompatible con el contenido del artículo 19 de la CN, y señaló que la intervención del Estado cuando no media conflicto jurídico, entendido como la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, no es legítimo.

Con respecto a la decisión de la Corte en este caso “Arriola”, la misma retomo y dijo sostener principios establecidos en el caso “Bazterrica”. Indico que el artículo 19 de la CN sienta el principio de que el estado debe tratar a todas las personas con igual consideración y respeto. La Corte agrego que el comercio de drogas aumento notablemente pese a que por más de 18 años se castigó la tenencia de drogas. Añadió también que la reforma de la Constitución en 1994 y los tratados internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados refuerzan la protección a la privacidad, la autonomía personal y el principio de dignidad humana. Explico que la idea de penar al consumidor para poder combatir el comercio de las drogas difícilmente se ajuste a dicho principio, además recordó que el consumidor es una vística de los criminales que trafican drogas y que castigarlos produce su revictimización.

²⁸ CSJN., “Arriola, Sebastián y otros s/ Tenencia de Estupeficientes para consumo personal”. (25/08/2009).

Tanto en su fallo como al difundirlo, la Corte sostuvo que su decisión no implica “legalizar la droga” y que todas las instituciones deban comprometerse a combatir el narcotráfico, y exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política contra el narcotráfico y a adoptar medidas preventivas para la salud y educación de las víctimas del consumo. [CITATION Res10 \l 11274]

También se atacó en este caso la forma que venía teniendo la justicia de desenvolverse, la cual consideraba que para combatir el narcotráfico se debía atacar al consumidor como se mencionó anteriormente, lo cual implicaba un alto número de causas que no contaban con gravedad significativa, y que a la vez atrasaban el normal desarrollo de la justicia. El juez de la Corte Eugenio Zaffaroni sostuvo que imputar al consumidor se vuelve contraproducente para combatir el narcotráfico, y por su parte el presidente de la Corte Ricardo Lorezenti, afirmó que no se trata solo del respeto a la privacidad, sino también al respeto a que todo adulto pueda tomar libremente sus decisiones [CITATION Wik191 \l 11274] .

Respecto a todo lo mencionado, se puede finalizar afirmando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en el fallo “Arriola”, por unanimidad de sus integrantes, declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley de estupefacientes (Nº 23.737) que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Surge la inconstitucionalidad del artículo para los ilícitos que no afecten derechos o bienes de terceras personas.

De esta manera, los fallos mencionados, resultan los más significantes en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal, delito que se encuentra regulado en el artículo 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, exponiendo claramente la inconstitucionalidad de dicho artículo 14. Dichos fallos de gran trascendencia son los fallos de “Arriola” (2009), “Montalvo” (1990), “Bazterrica” (1986) y “Colavini” (1978). Como se puede observar, la problemática de la mala interpretación de la Ley 23.737 y a la mala aplicación del artículo 14 de la misma viene desde mucho años atrás, sin haber aun en la actualidad una reforma que establezca que ya no puede considerarse delito la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no solo porque se está violando principios fundamentales de los Derechos Humanos que amparan a las personas, regulados no solo en la Constitución Nacional sino también en el Código Penal lo cual

genera un gran choque normativo y una irregularidad de la Ley 23.737, además, como si fuera poco, la mismísima Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha fallado en números casos sobre la inconstitucionalidad de dicho artículo 14, los fallos que hemos mencionados anteriormente son solo los más clásicos y relevantes, pero claro está que no son los únicos en mención a la problemática en cuestión.

Haciendo un breve análisis a los fallos mencionados anteriormente y en referencia a lo que la corte ha fallado al respecto, podemos afirmar que la Corte ha manifestado en todos los fallos en los que se encuentra vinculado el artículo 14 de Tenencia de Estupefacientes para consumo personal, se debe declarar la invalidez e inconstitucionalidad de dicho artículo, por contradecir severamente al artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, ya que invade de manera abrupta la esfera de la privacidad de la persona. Siempre y cuando esta tenencia para consumo personal no produzca ni traiga aparejado ningún peligro ni daños a la sociedad en general, por lo tanto dicho de otra manera en estos casos no se la puede considerar como ilícita a dicha actividad, porque no ofendieron de ninguna manera la moral pública, ya que mediante el consumo de drogas se está llevando adelante una acción privada que no puede ser violada por ninguno de los organismos estatales, debiendo de esta manera, primar el derecho a la íntima de las personas.

Ninguna de las convenciones que han sido subscriptas por el estado nacional en la temática de drogas, como son la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, establecen que no se debe criminalizar a un sujeto por la tenencia de estupefacientes para consumo personal, siempre y cuando, como se dijo anteriormente, no derive de dicho acto una real puesta en peligro de terceros. Lo que se busca mediante esta no criminalización es proteger la dignidad humana de la persona adicta, evitando dentro de las posibilidades su cancelación y suplantarla por medidas de seguridad curativas y educativas.

3.4 Violación de los principios constitucionales

Para empezar a tratar sobre este tema, es importante poder analizar el artículo 19 de la Constitución de la Nación, así impone ciertos límites a la intervención del Estado en las conductas privadas de los hombres. Se protege el ámbito de autonomía personal, son derechos personales del sujeto, los cuales son mucho más anteriores que el estado mismo, razón por la cual éste debe respetarlos y no sobrepasarlos. El hombre posee una libertad que le permite actuar de manera libre, motivado por sus intereses, convicciones, conciencia.

Lo regulado en este artículo genera en la práctica grandes complicaciones a la hora de hacerlo efectivo, una de las cuestiones es porque se trata de una conducta que no produce un efecto dañoso en sí, sino que se trata de un potencial daño, lo cual no genera certeza alguna de que tal daño vaya a concretarse, por la tanto se puede decir que estamos ante una conducta de peligro abstracto.

Respecto a lo que se viene diciendo en este punto se puede hacer una vinculación en referencia también a lo expresado en títulos anteriores referido también a los principios constitucionales y su vinculación con lo establecido en el texto del artículo 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes.

Entonces, de manera breve, podemos afirmar que la penalización de la conducta regulada en el artículo 14 de la Ley 23.737 sobre tenencia de estupefacientes para consumo personal lleva inevitablemente a que se violen los principios de derechos humanos que le corresponden a todo ser humano, ya que la tenencia de estupefacientes en cualquiera de sus estados para consumo personal es una acción privada de los hombres en la que trasciende la esfera de lo personal del sujeto, produciendo daños y/o consecuencias a terceros, por la tanto no puede ser sancionada porque en este caso se estaría violando gravemente lo indicado en el artículo 19 de la Constitución Argentina, se estarían violando derechos y principios de privacidad, libertad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros del ser humano, es decir que en situaciones como estas el estado de estaría entrometiendo en la esfera personal de las personal lo cual está prohibida, porque como dijimos anteriormente se trata de conductas de peligro abstracto.

Con ellos queremos decir que la tenencia de drogas para consumo personal no genera peligro alguno para la sociedad, la moral y la salud pública, ya que como se expresó también más arriba, es una conducta personal, en la que la persona que la lleva a

cabo a la acción de consumo es la única perjudicada, pero aun así no puede considerarse dicha conducta como un delito, ni ser sancionada o penada porque no está infringiendo ninguna ley, ni causando daños, ni delinquiendo ni nada por estilo que pueda llegar a dar la iniciativa de que a esa persona hay que aplicarle una sanción por delinque y con ello una pena.

Por lo tanto conforme a lo expresado, podemos deducir que resulta ilógico penar un accionar que no es un delito, una acción que no debería estar tipificada como delito porque no lo es, y más ilógico aún resulta que dicha acción que no es un delito, sea sancionada y se le aplique una pena, como ocurre en el caso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal

Aplicando una sanción o una pena a esta acción de tenencia de drogas de drogas para consumo personal, se están violando derechos y principios fundamentales del hombre, que le pertenecen por el solo hecho de habitar suelo argentino. Son derechos humanos que no solo se encuentran amparados por el artículo 19 de la Constitución de la Nación, sino también por tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que la misma constitución ratifico y agrego al texto de la Constitución dentro del artículo 75 inciso 22.

Por esta cuestión y otras más que han sido tratadas a lo largo de todo el trabajo y de investigaciones que se ha realizado es que se llega a la inevitable conclusión de que el contenido del artículo 14 de la Ley 23.737 debe ser declarado inconstitucional en su totalidad (Brandone, 2016)

3.5 Conclusiones parciales

De la lectura de este tercer capítulo referido a la aplicación de las penas tanto en el Código Penal como en la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefaciente, podemos observar que en el Código Penal se regulan gran cantidad de delitos con bienes jurídicos protegidos como la libertad, la privacidad, la integridad sexual, el orden público, entre muchos otros.

A todos esos delitos se les puede aplicar distintos tipos de penas, de diversas complejidades como son la reclusión, la prisión, multa e inhabilitación.

Pero aquí la problemática surge cuando a la hora de aplicar esas penas no se aplican en todos los ordenamientos jurídicos por igual y se comienzan a producir diferencias, falencias e irregularidades, como ocurre en los delitos que protegen la salud pública como es por ejemplo en los delitos regulados en el artículo 200 en adelante del Código Penal, que son los delitos contra la salud pública como son el envenenamiento o adulteramiento de aguas potables, alimentos o sustancias medicinales; y en el delito de comercialización de estupefacientes que se encuentra regulado en el artículo 5 de la Ley 23.7373.

Por lo que resulta injusto que para distintos delitos pero que a su vez protegen el mismo bien jurídico, los mismos tengan escalas penales distintas, sobre todo en los mínimos de esas escalas penales. Tal es así, que los delitos en los que sus escalas penales tiene un mínimo de años o menos se les puede conceder el beneficio de la libertad condicional y el cumplimiento en suspenso de la condena como ocurre en los delitos regulados en los ya mencionados artículo 200 y siguientes del Código Penal, lo cual no ocurre esto en los delitos que su mínimo de escala penal es de 4 años o más por ejemplo, como ocurre en el delito de comercialización de estupefacientes regulados en el artículo 5 de la Ley 23.7373 de Tenencia de Estupefacientes.

Esto lleva a la violación de principios constitucionales como son la proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, privacidad, libertad, etc., como ocurre no solo en el delito del artículo 5 de la Ley 23.737 sino también en el delito del artículo 14 de dicha ley, la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Al respecto hay numerosas posturas que se encuentran a favor de la penalización de dicho delito por considerarlo una conducta peligrosa para la salud pública y genera vulnerabilidad en la sociedad en general. Y están quienes sostienen que no se puede penalizar la conducta del artículo 14 de la Ley 23.737 por sostener que es una conducta personal del sujeto consumidor la cual no genera peligro alguno para terceros. Y a su vez consideran que su castigo es inconstitucional porque penalizar una conducta privada que no trasciende a terceros, se está violando el principio de privacidad del sujeto, lo cual es inconstitucional tal como lo indica el artículo 19 de Nuestra Carta Magna.

Conclusiones finales

Al comienzo de la investigación, se había planteado como pregunta de investigación si existían contradicciones entre el contenido de los artículos 5 y 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes y los principios rectores de nuestra Constitución Nacional. Finalmente y a lo largo de toda una investigación para llegar a la redacción correcta de este trabajo, se confirma la hipótesis de que efectivamente existen una serie de irregularidades entre en el contenido de ambos cuerpos normativos, dejando a la vista una clara falencia en la redacción de la actual ley que regula y penaliza las acciones vinculadas a estupefacientes, ya que la misma al establecer las penas para las conductas que se encuentran tipificadas como delitos, gran parte de dichas conductas son contrarias a lo que contempla la Constitución en su artículo 19, violando los principios de privacidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y otros subprincipios que se encuentran vinculados a los mencionados.

En la Ley 23.737 se encuentran numerosas lagunas, fallas legislativas al momento de la redacción de la misma, ya que no establece especificidad alguna al diferenciar la tentativa de un delito de comercialización de estupefacientes a la concreción del mismo, o la posesión de estupefacientes para consumo personal y que sea considerada para venta y/o comercialización cuando en realidad no es; así como también al establecer escalas penales diferentes para delitos que no tiene el mismo nivel de gravedad. Lo cual genera una contradicción con en el artículo 19 de la CN y con los principios fundamentales de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad. Además de todos aquellos artículos que se encuentran dispersos a lo largo de todo el cuerpo normativo y hacen referencia a estos principios, ya que son un derecho inherente a toda persona y más aún cuando se trata del cometido de un delito.

Lo mismo ocurre en los artículos 200 y siguientes del Código Penal, los cuales tratan sobre delitos que atentan contra la salud pública y que tienen escalas penales que van de los 3 años a 10 años con aplicación de multa y/o inhabilitación también en algunos casos. En esta escala penal en la que el mínimo es de 3 años, el tribunal puede fallar a favor del imputado para que el mismo obtenga el beneficio de la libertad condicional, es

decir que quede en suspenso el cumplimiento de la condena que se le ha aplicado, tal como lo indica el artículo 26 del Código Penal.

Esta cuestión de los mínimos de las escalas penales generan ciertos conflictos a la hora de aplicar dichas penas en los casos en concreto, y teniendo en cuenta la gran cantidad de delitos que se encuentran tipificados en todos los ordenamientos jurídicos del país. Un claro ejemplo de esta problemática surge del artículo 5 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, en el cual se regulan los delitos de comercialización de sustancias psicotrópicas en cualquiera de sus estados, como pueden ser semillas, plantación en cultivo, cigarrillos de marihuana, cocaína, pasta basta de cocaína (PACO), etc., en el dicho artículo 5 tiene una escala penal que va desde los 4 años a 15 años, por lo tanto lo que aquí ocurre es que el contenido del artículo mencionado busca proteger la salud pública de toda la sociedad, evitando el negocio clandestino de venta de drogas y de su comercialización sancionando y penando al sujeto que realice dichos actos.

Pero el conflicto aparece cuando se realiza una lectura de los artículos 200 y siguientes del Código Penal y el artículo 5 de la Ley 23.737 y si se los compara se puede observar que en escalas penales correspondientes a cada delito surge una contradicción en cuanto a los mínimos de las escalas penales de cada artículo.

Las contradicciones y las confusiones aparece cuando no se encuentra una explicación lógica de porque delitos en los que se protege el mismo bien jurídico como es la salud pública tienen penas distintas. Si bien son delitos diferentes, los afectados a causa de la comisión de los mismos son la sociedad en general y la salud pública.

Además resulta injusto que para los delitos de los artículos 200 y siguientes del Código Penal se pueda conceder el beneficio de la libertad condicional y del cumplimiento en suspenso de la pena, lo cual ello no es posible en el delito regulado por el artículo 5 de la Ley 23.737 ya que el mínimo de su escala penal es de 4 años, por lo que no se le puede conceder dicho beneficio regulado por el artículo 26 del Código Penal.

Esto lleva a una necesaria modificación del artículo 5 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes modificando su escala penal y reduciendo su mínimo de 4 años a 3 años para poder así acceder al beneficio de la suspensión de la condena y la libertad condicional y en el caso de no ocurrir esto, declarar la inconstitucionalidad del contenido de dicho artículo. Porque como ya sabemos, los ordenamientos jurídicos no

pueden contradecirse entre sí, y en caso de que ello ocurra y un ordenamiento inferior como es la Ley 23.737 de contraponga a un ordenamiento superior como es el Código Penal, se debe proceder a la modificación del ordenamiento inferior o declarar su inconstitucionalidad por contradecirse a uno superior, tal como se peticiono recientemente.

Algo similar sucede con el artículo 14 de la misma Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, pero aquí el conflicto no surge en cuanto a las penas del mismo, sino sobre su contenido en si, por la conducta que se regula y tipifica como delito. Mas precisamente lo que ocurre con el delito regulado en el artículo 14 de la mencionada luz es que se cuestiona sumamente que se considere delito a una conducta que se da en el ámbito privado de la persona, y que no trasciende de la esfera personal, por lo tanto no se produce ningún tipo de daño a terceros.

Una de las cuestiones que se trata en este trabajo es la penalización de la conducta de tenencia de estupefacientes para consumo personal, porque a pesar de las diversas posturas que hay al respecto y que ya han sido tratadas, aquí particularmente se considera que dicha conducta no perjudica a terceros ni a la salud pública por lo tanto no habría motivo por el cual considerarla un delito y mucho menos sancionarla.

Ya que como se ha podido observar, al penalizar la conducta del artículo 14 de la Ley 23.737 se están violando principios y derechos fundamentales de los hombres como son el derecho a la privacidad, la libertad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, al honor, entre otros, y tal como lo menciona el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, las conductas privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública quedan exentas de la autoridad de los magistrados, por lo que se puede concluir que al penalizar la conducta de tenencia de estupefacientes para consumo personal se están violando no solo principios y derechos humanos que son amparados por la Constitución Nacional y por tratados internacionales que han sido incorporados a la misma en la reforma de 1994, sino que también se viola lo establecido en el artículo 19 de la misma Carta Magna, y como ya se explicó más arriba, en este caso se procede a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes por contradecirse su contenido con lo establecido y regulado por la mismísima Constitución de la Nación Argentina, y la misma al ser un ordenamiento

superior a cualquier otro, inclusive la Ley 23.737 se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 por tener un contenido contrario a lo establecido en el artículo 19 de la Constitución y al resto de todo el ordenamiento.

Finalmente, una propuesta interesante para arribar a una posible solución de la problemática que se ha expuesto a lo largo de todo el trabajo, sería la modificación a la Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes, principalmente en sus artículos 5 y 14, agregando la especificación de los delitos que se pena, la cantidad de estupefacientes que se debe poseer para ser considerada una conducta delito, y a su vez, a la hora de especificar los atenuantes, también hacer la aclaración de a partir de cuanta cantidad de drogas un delito se encuentra agravado, ya que resulto claramente expuesto que no se puede penar el delito de comercialización de drogas por ejemplo con la misma pena, ya que no se estaría haciendo diferenciación alguna entre el sujeto que vende una cantidad mínima de cigarrillos de marihuana de quien trafica y comercializa con un cargamento de cocaína, PACO, etc. Y otra modificación importante que cambiaría mucho la manera de aplicar justicia y sancionar ciertas conductas, sería la despenalización de la tenencia de marihuana para consumo personal, en cantidades mínimas y siempre y cuando no se desprenda del accionar que el sujeto se dedica a la comercialización. En caso de que realmente la tenencia de estupefacientes sea para consumo personal (en cantidades mínimas como se expresó anteriormente, como sería por ejemplo 2 cigarrillos de marihuana) y no afecte de manera alguno a terceros, ni perjudique ni altere la moral y la salud pública no se estaría en presencia de ningún delito, por cual haciendo justificación en el artículo 19 de la CN, no se podría juzgar a un sujeto que no afecta a terceros con su conducta, ya que no trasciende de la esfera personal.

Pero, por eso es de gran importancia hacer especificaciones respecto a partir de cuantas cantidades de estupefacientes una conducta se considera delito, en el caso de la tenencia de drogas para consumo personal, también especificar y diferenciar las penas de comercialización de estupefacientes e ir aumentando la pena a medida que se trafique con mayores cantidades de drogas, indicar a partir de exceder cuanta cantidad de drogas se convierte en un agravante a la vena, etc. es decir, hacer una gran modificación de la Ley 23.737 para evitar todo este tipo de irregularidades y contradicciones a futuro como ha

ocurrido en cantidades de fallos anteriores, principalmente en los que se ha investigado en el trabajo, que han sido los fallos de mayor trascendencia jurídica y social.

Bibliografía

1. Doctrina

- Atilio, F. R. (2007). Tenencia de Estupefacientes en el Código Pneal. *En Revista pensamiento penal*
- Bidart Campos, G. J. (1999). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*.
- Fernando M. Zamora (2015). Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires: Editorial Zavalía.
- Fusero, M. (2018). Poyecto de Ley sobre la despenalización de personas que usan sustancias prohibidas. *Revista Pensamiento Penal* .
- Gelli, M. A. (2003). Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. Buenos Aires: La Ley.
- Gómez, R. A. (2013). *Legislación Penal Argentina sobre Drogas*.
- Lascano, C. J. (2002). *Derecho Penal: Parte General: Libro de estudio*. Buenos Aires: Advocatus.
- Juan. (2009). Inconstitucionalidad del castigo de Tenencia de Estupefacientes para consumo personal. *Aula Virtual derecho Penal*.
- Suarez, S. Z. (2012). *opiniones sobre prohibición o no de las drogas*. SAIJ.
- Torres, A. H. (2015) La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. En Revista Pensamiento Penal, agosto 2015. Recuperado el 2/7/2019 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>

II-Legislación

- Constitución de la Nación Argentina

- Código Penal de la Nación Argentina
- Ley 20.771 Estupefacientes
- Ley 26.052 de Estupefacientes
- Ley 23.737 de Tenencia de Estupefacientes

III-Jurisprudencia

- CSJN., “Arriola, Sebastián y otros s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (25/08/2009).
- CSJN., “Bazterrica, Gustavo. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (29/08/1986).
- CSJN., "Ibarra Ramírez, Isidro Ramón y otros s/ Procesamiento, embargo y prisión preventiva – causa n° 45.858”. (14/07/2011).
- CSJN., “Colavini Ariel O. s/ Tenencia de Estupefacientes para consumo personal”. (28/03/1978)
- CSJN. “Giroldi, Horacio David y otros / recurso de casación - causa n° 32/93”. (7/4/1995)
- CSJN. “Quiroga, Edgardo Oscar / recurso de hecho – causa n° 4302”. (23/12/2004)
- CSJN. “Santillán, Francisco Agustín / recurso de casación – s/ causa.” (13/8/1998)
- CSJN. “Mazzeo, Julio Lilo y otros / recurso de casación e inconstitucionalidad - s/ causa”. (13/07/2007)
- CSJN. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro / homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa n° 259”. (24/08/2004)
- CSJN. “Simón, Héctor Julio y otros / privación ilegítima de la libertad – recurso de hecho – causa n° 17.768”. (14/06/2005)

