

Trabajo Final de Graduación

ANALISIS DE LA DESPENALIZACION DE LA TENENCIA PARA
CONSUMO DE ESTUPEFACIENTE

Alumno: Gabriel Alejandro Gutierrez

DNI: 30326830

Legajo: VABG46100

UNIVERSIDAD SIGLO 21

ABOGACIA

2019

Resumen.

En el presente trabajo se analizará el Régimen Penal de Estupefacientes en el derecho argentino. Para ello se tendrá en cuenta la Ley de Estupefacientes, N° 23.737 y el Código Penal Argentino. Asimismo, atento que la temática en cuestión, implica la puja entre el principio de reserva y el de legalidad, se analizarán los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Asimismo, se destacarán los precedentes más importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han sentado jurisprudencia tanto a favor de la constitucionalidad de la pena para el consumo personal, como en contra de la misma.

Palabras Claves: Régimen Penal- Estupefacientes- Consumo Personal- Principio de Legalidad- Principio de Reserva.

Abstract.

In the present work, the Criminal Narcotics Regime will be analyzed in Argentine law. For this purpose, the Narcotics Law, No. 23,737 and the Argentine Criminal Code will be taken into account. Also, mindful that the issue in question, involves the bid between the principle of reserve and legality, articles 18 and 19 of the National Constitution will be analyzed.

Likewise, the most important precedents of the Supreme Court of Justice of the Nation that have established jurisprudence both in favor of the constitutionality of the penalty for personal consumption and against it will be highlighted.

Keywords: Criminal Regime - Narcotics - Personal Consumption - Principle of Legality - Principle of Reservation.

Índice.

Introducción.	5
Capítulo 1: Ley de Estupefacientes	8
Introducción.	8
1.1 Reseña histórica de la legislación penal de estupefacientes.	9
1.2 Naturaleza jurídica y objeto protegido.	15
1.3 Finalidad perseguida.	17
1.4 Aspectos procesales: oportunidad de presentación y efectos.	18
Conclusión.	20
Capítulo 2: Jurisprudencia de la C.S.J.N.	22
Introducción	22
1.1 Fallo Colavini.	22
1.2 Fallo Bazterrica.	23
1.3 Fallo Montalvo.	28
1.4 Análisis de la evolución jurisprudencial	29
Conclusión.	31
Capítulo 3: La tenencia de estupefacientes y el artículo 19 constitucional.	33
Introducción.	33
2.1 Principales argumentos	33
2.2 Refutación de los argumentos de Montalvo y Colavini.	36
2.3 Objeto protegido.	38
2.4 Consecuencias jurídicas.	40
Conclusión.	41
Capítulo 4: Constitucionalidad de la Ley 23.727.	44
Introducción.	44
3.1 Política criminal y consumo problemático de sustancias estupefacientes	44
3.2 El principio de autonomía de la voluntad	48
3.3 Críticas al Fallo Arriola	51
Conclusión	53
Conclusiones Generales.	55
Bibliografía.	58
Doctrina.	58
Legislación.	59

Introducción.

En el presente trabajo de investigación se abordará el Régimen Penal de Estupefacientes en el derecho argentino. Para ello, primero, se hará un análisis histórico que vinculará normativa internacional con la nacional. A tales fines, se debe tener en cuenta que el consumo de drogas es una acción que se remonta a los inicios mismos de la humanidad, relacionándose en algunos casos a fines médicos. La positivización del tema en estudio tuvo sus orígenes en E.E.U.U., en el año 1919 con la sanción de la llamada Ley Seca ó Volstead Act.

En consecuencia, en el Estado argentino en aras de penar la tenencia de estupefacientes, comenzó un proceso de reformas que agravaron paulatinamente las penas previstas para el comercio. Primero, se regularon las sustancias de efectos nocivos y, posteriormente, los estupefacientes. Así, hasta llegar a la penalización de la tenencia simple y la tenencia con fines de consumo personal.

Es y ha sido a lo largo de la historia un tema de debate, doctrinario y jurisprudencial, lo relativo a la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Este supuesto, se encuentra actualmente regulado en nuestra legislación por el art. 14 de la Ley Nacional N° 23.737, que regula la tenencia y tráfico de estupefacientes, artículo que contempla pena privativa de la libertad para quien tuviera estupefacientes para consumo personal.

Es menester resaltar que la importancia del tema en investigación radica en que se encuentran en pugna dos principios de raigambre constitucional. Por un lado, el principio de reserva resguardado en el art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina, el cual reza que ningún habitante de este país puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por otro lado, el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la C.N., el cual actúa como una garantía para el individuo, ante el órgano de la legislación penal, según la cual no puede asignar una pena a una conducta que se encuentre permitida por el ordenamiento jurídico. Asimismo, un tercer factor que se tendrá en cuenta en el análisis es lo

relativo a los daños que se causan a terceros, a raíz de la tenencia de estupefacientes, lo que se vincula con la Salud Pública.

La pregunta de investigación apuntará a responder si la finalidad de la legislación es controlar, disminuir o suprimir el proceso que llevan los estupefacientes a su disponibilidad en la sociedad. Y si posible separar ese proceso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

La hipótesis por confirmar o refutar refiere a que el Régimen Penal de Estupefacientes, no puede estar separado, en ninguna forma, del bien jurídico protegido, por cuanto se justifican mutuamente. En este sentido, es posible observar una evolución de la finalidad perseguida por la legislación inherente a los estupefacientes, en conjunto con la misma.

El objetivo general del presente trabajo será analizar la legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada con el régimen de estupefacientes para consumo personal.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en analizar los argumentos que esbozan las posturas a favor de la despenalización y quienes están en contra; abordar la evolución legislativa de nuestro ordenamiento jurídico siguiendo tendencias hacia la penalización o despenalización del consumo; analizar los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con argumentos a favor de la constitucionalidad del art. 14 de la Ley 23.737 y otros que sostienen de la inconstitucionalidad del mismo.

Para este trabajo el tipo de estudio que se utilizará es el descriptivo, el cual consiste en elegir una cuestión o problemática, recoger información sobre el tema y luego realizar una descripción del mismo. El estudio descriptivo será útil a los fines de lograr un análisis, que permita esclarecer las cuestiones planteadas sobre el tema elegido. Además será necesario, aplicar el estudio explicativo, también con motivo de comprender a fondo la temática y lograr un análisis completo y enriquecedor.

La estrategia metodológica elegida para este trabajo es la cualitativa, toda vez que la legislación que contempla la problemática referida a la tenencia de estupefacientes, es bastante reciente, por eso será necesaria la comprensión de las cuestiones planteadas, profundizando en la regulación de la problemática y su limitación.

El mismo se desarrollará en cuatro capítulos. En el Capítulo I se profundizará sobre la Ley de Estupefacientes vigente en nuestro país, se hará una reseña histórica legislativa, se

profundizará sobre la finalidad perseguida y aspectos procesales. El Capítulo II, adentrará en el análisis de precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los que se esbozaron argumentos a favor de la constitucionalidad de la pena al consumo y otros en contra.

En el Capítulo III se pondrá de sobresalto el Fallo Arriola. En este precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió la inconstitucionalidad del art 14 de la Ley de 23.737, con lo cual abrió la puerta para el debate de reformas a la ley, tendientes a la despenalización de la tenencia para consumo personal. Finalmente, en el Capítulo IV se analizarán las críticas al fallo citado anteriormente.

Capítulo 1: Ley de Estupefacientes

Introducción.

El consumo de drogas es una acción que se remonta a los inicios mismos de la humanidad, relacionándose en algunos casos a fines médicos, en otros a religiosos e incluso recreativos. De igual forma, las declaraciones de voluntades contrarias a la utilización de estas sustancias han acompañado a los patrones de consumo desde sus orígenes, remontándose incluso a descubrimientos ubicados en los siglos de vigencia de los faraones egipcios (Gomez, 2013).

Pese a ello, la positivización de estas declaraciones de voluntades no cobró fuerza sino fue hasta el siglo XX, con un matiz claramente moral-religioso que el Estado buscaba tomar para sí. En este sentido, con la llegada el siglo XX los Estados tendieron hacia la implementación de políticas de corte prohibicionista, siendo abanderado de estas iniciativas los Estados Unidos de América, donde encontraron legislaciones como la Volstead Act. Esta ley durante el tiempo de su vigencia, buscó mitigar la producción del alcohol a través de su tipificación en la legislación penal (Alegre, 2011).

Siguiendo ese mismo orden, la comunidad internacional fue celebrando diversas convenciones con el fin de establecer agendas comunes en el marco de la materia, logrando acordar la creación de una lista de sustancias ilícitas. Así como nuevos compromisos que declaraban la voluntad de los Estados de hacer frente a esta situación con un ordenamiento jurídico más severo.

El Estado argentino, ratificando esa tendencia comenzó un proceso de reformas que agravaron paulatinamente las penas previstas para el comercio. Primero, se regularon las sustancias de efectos nocivos y, posteriormente, los estupefacientes. Así, hasta llegar a la penalización de la tenencia simple y la tenencia con fines de consumo personal. Este último aspecto es el punto más controvertido de la legislación penal, pues dio lugar a un debate de cuatro décadas durante las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue variando su postura acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma. Configurando así el Régimen Penal de Estupefacientes con iniciativas legislativas que fueron modificando lo preceptuado en esta ley en cuanto a sus aspectos procesales.

1.1 Reseña histórica de la legislación penal de estupefacientes.

Mientras es posible encontrar patrones de consumo de drogas desde las civilizaciones más antiguas que han dejado su huella en la historia de la humanidad, la regulación positiva de esta conducta se remonta a centurias más recientes. De igual modo, ello ocurre con la legislación argentina pues recién a inicios del siglo XX se comenzó a hacer alusión a la posesión y consumo de estupefacientes.

La inclusión de esta conducta, como objeto de la normativa jurídica argentina, se encuentra enmarcada por la pauta prohibicionista que tuvo auge a mediados del siglo pasado, durante el apogeo de la doctrina de Seguridad Nacional (Gómez, 2013). Dicha prohibición sostiene el fundamento que esgrimían desde el principio las civilizaciones, quienes se oponían al consumo de las mismas por razones de carácter moral. En este sentido, durante el siglo XX comienza a agravarse la regulación tendiendo a la penalización del consumo de drogas, aunque en un principio el enfoque estuvo puesto exclusivamente en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Ello puede observarse, de acuerdo con Baumann, Canelo y Vigne (2013), en la Reunión Internacional organizada por Estados Unidos en 1909 y celebrada en Shanghái con la finalidad de abordar el tema de la comercialización del opio, donde el resultado de la misma no tuvo el tono punitivo que han gozado algunos de sus sucesores instrumentos internacionales. Debido a que en ella solo se instaba a la supresión gradual del consumo y a la cesación de las exportaciones hacia países donde las leyes de los mismos prohibieran dicha exportación.

Dicha iniciativa no significó otra cosa, sino el incremento de la actividad de los Estados en aras de controlar la actividad relacionada a la mercadería y el consumo de los distintos tipos de droga. Lo cual, consecuentemente, pudo observarse en lo sucesivo, con las Convenciones celebradas en la Haya durante 1911 y 1914 que resultaron en la inclusión del Convenio, alcanzado como resultado de ellas, en el Tratado de Versalles firmado en 1919¹ tras la finalización de la I Guerra Mundial (Baumann, Canelo y Vigne, 2013).

¹ Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919.

Al mismo tiempo, en los Estados Unidos se instauraba el régimen promovido por la Ley Seca (o Volstead Act)² que manteniéndose vigente desde 1919 hasta 1933 prohibió la producción, venta y transporte de las bebidas alcohólicas (Gómez, 2013) lo que trajo, a su vez, el auge de un mercado ilícito que continuó con todas las actividades prohibidas por la ley. Se convirtió, entonces, este efecto en uno de los puntos de discusión más recurrente en el abordaje de la legislación atinente a las drogas. Por otra parte, durante ese plazo, entró en vigencia el Código Penal argentino de 1921, el cual no hacía alusión alguna a la tenencia o consumo de drogas, sino a la venta o distribución, prevista en su artículo 201³, de medicamentos nocivos disimulando su carácter dañino (Baumann, Canelo y Vigne, 2013).

Posteriormente a la entrada en vigencia del Código Penal, se celebró en Viena durante 1925 la Segunda Convención Internacional sobre el opio, donde fue añadido al conjunto de preceptos contenidos por el instrumento de allí resultado, el cannabis como una sustancia de carácter ilícito (Baumann, Canelo y Vigne, 2013). Sin perjuicio a ello, en 1924 fue modificado el Código Penal⁴ tipificando la venta o suministro de alcaloides y narcóticos sin receta médica, siendo esta la primera referencia expresa a esta categoría de sustancias, continuando sin penalizar la tenencia o el consumo. Lo que cambia, sin embargo, en 1926, un año después de la mencionada Convención, cuando la ley 11.331, modifica el artículo 204 del Código Penal y penaliza a los que sin estar autorizado para la venta “tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia”⁵.

Esta ampliación del sujeto activo previsto por la legislación inherente a las drogas, pasando de observar solo al vendedor, suministrador o distribuidor, a observar también al consumidor que justifique de forma legítima la razón de su posesión, es cónsona con la tendencia internacional que incrementó su presión sobre la materia. De igual manera, en 1931 y 1936, según plantean Baumann, Canelo y Vigne (2013), acaecen convenciones en Ginebra

² Ley Volstead, Estados Unidos de America, 28 de octubre de 1919.

³ Artículo 201 de la Ley N° 11.179. Código Penal de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 3 de noviembre de 1921.

⁴ Ley N° 11.309. Modificatoria del Código Penal de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 4 de agosto de 1924.

⁵ Art. 1, Ley N° 11.331. Modificatoria del Código Penal de la República Argentina. Boletín oficial de la República Argentina, 13 de agosto de 1926.

que elevan el tono punitivo de las regulaciones añadiendo la solicitud de la aplicación de sanciones más severas para quienes trafican las drogas consideradas como ilícitas.

La tendencia que amplía el sujeto activo de la legislación atinente a las drogas, incluyendo a los consumidores dentro del objeto de la ley, es sustentada a nivel internacional, posteriormente, por la celebración de la Convención Única de Estupefacientes⁶, celebrada en Nueva York durante 1961. Se asume que la toxicomanía de los consumidores constituye un daño personal y resultan riesgosa para la sociedad, limitando, asimismo, el uso de las drogas a fines médicos y reconociendo, a su vez, como necesario, el deber de imponer restricciones más severas. En ese mismo orden, fue celebrado en 1972 un Protocolo⁷, a dicha Convención, que marco la tendencia sucesiva de las legislaciones penales para la materia de droga, pues, estableció la necesidad de ofrecer rehabilitación y tratamiento médico a los consumidores de las sustancias ilícitas en listadas en la Convención de 1961.

La llegada de la dictadura militar que gobernó de facto la República Argentina signada bajo la denominación de *Revolución Argentina* y encabezada por Juan Onganía, por su parte, tomó una senda distinta a la que había sido sostenida con anterioridad y que, en los años siguientes, continúa siendo foco de debate. En virtud que el Boletín Oficial de fecha 12 de enero de 1968 fue continente de la ley 17.567⁸, modificatoria del Código Penal. Esta modificación añadió un tercer párrafo al artículo 204 del Código Penal, donde se penalizaba a quien tuviera, sin estar autorizado, en su poder cantidades superiores a las correspondientes para el consumo personal.

No obstante, esta despenalización del consumo personal de dichas sustancias, enlistadas por la Convención Única de Estupefacientes de 1961⁹ y las señaladas por el Convenio de Sustancias Psicotrópicas celebrado en 1971¹⁰ en aras de ampliar la lista de sustancias ilícitas atendiendo también a las sintéticas, se vio también acompañada por otras reformas. Tales como las señaladas por Ascolani, Bertone, Canabal y Conrad (2014), que indican “endurecen drásticamente las estrategias en los tratamientos, posibilitando la

⁶ Convención Única de Estupefacientes. Conferencia de las Naciones Unidas, Nueva York, 30 de marzo de 1961.

⁷ Protocolo que emenda la Convención Única de Estupefacientes de 1961. Conferencia de las Naciones Unidas, Nueva York, 25 de abril de 1972.

⁸ Ley N° 17.567. Boletín Oficial de la República Argentina, 12 de enero de 1968.

⁹ Convención Única de Estupefacientes. Conferencia de las Naciones Unidas, Nueva York, 30 de marzo de 1961.

¹⁰ Convenio de Sustancias Psicotrópicas. Conferencia de las Naciones Unidas, Viena, 21 de febrero de 1971.

internación compulsiva y limitación de la capacidad legal del sujeto mientras transcurra la intervención” (p. 17).

Sin embargo, toda esta situación de despenalización que se separa de la tendencia internacional prohibicionista se desvaneció con la caída de la dictadura, pues, ya aspirando a la instauración de una democracia sólida, fue sancionada la ley 20.771 en 1974, por la cual se derogaba lo planteado por la ley 17.567. En esta Ley de 1974, además, se hace mayor enfoque que en las legislaciones precedentes, por cuanto previamente se penalizaba a quien no justificara en razón legítima su tenencia, y en el artículo 6 de esta ley se imputaba a “el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal”¹¹.

Esto da cabida al incremento de la actividad policial y judicial en el marco de la posesión de las sustancias consideradas ilícitas, sin importar que esta estuviese orientada hacia el uso personal. Esto trajo como resultado el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el Fallo “Colavini”¹² de 1978, donde se declaró la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771 de 1974¹³.

Ello cimentó las bases de la vinculación entre el consumo personal y la salud pública, puesto que en este fallo, entre otras cosas se señala al consumidor no como víctima, sino como último eslabón de la cadena de producción. La Corte entendió que si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse no habría tráfico ilegítimo de drogas (Ascolani, Bertone, *et al.*, 2014, p. 21).

Esta decisión fue la primera de varios fallos de la Corte Suprema que en atención a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del consumo personal, han sentado precedentes en sus décadas en el marco del Derecho Penal. En este sentido, en la década de los ochenta, la máxima instancia judicial de la República Argentina, volvió a pronunciarse respecto al caso, cambiando esta vez su postura de una forma radical.

El caso de “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de estupefacientes” (Fallo 308: 1392)¹⁴ constituye el segundo pronunciamiento que la Corte Suprema de Justicia había abordado hasta el momento referido al tema abordado, el mismo se ha consagrado como un

¹¹ Artículo 6 de la Ley N° 20.771, Boletín Oficial de la República Argentina, 9 de octubre de 1974.

¹² C.S.J.N., “Colavini, Ariel Omar”, Sentencia del 23 de marzo de 1978. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

¹³ Artículo 6 de la Ley N° 20.771, Boletín Oficial de la República Argentina, 9 de octubre de 1974.

¹⁴ C.S.J.N., “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”. Sentencia del 20 de agosto de 1986. Recuperado <http://www.laleyonline.com.ar>.

precedente elemental inherente a la regulación de estupefacientes en la República Argentina. Éste atendió a la imputación de tenencia de estupefacientes a Gustavo Bazterrica, quien fue hallado en posesión de 3,6 gramos de Marihuana y 0,6 gramos de Cocaína, y posterior a ser encontrado culpable por el tribunal correspondiente recurrió a un recurso extraordinario al que la Corte Suprema dio respuesta con el fallo ahora abordado.

En este último se declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 20.771 de 1974¹⁵, erigiendo como argumento principal lo preceptuado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, por cuanto “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”¹⁶.

Además, el fallo recoge la postura en la que no es suficiente motivo para la imputación la posibilidad potencial, sino que se requiere, necesariamente la existencia de un riesgo para el bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública. Siendo que, en ese sentido, se sanciona al autor por su peligrosidad y no por su hecho, lo cual es contrario a los principios del Derecho Penal (Ascolani, Bertone, *et al.*, 2014).

Sin embargo, la tendencia internacional era contraria a ese fallo, por lo que se celebra la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹⁷, en Viena durante 1988, resultando en la ampliación de la lista de sustancias ilícitas que ya se encontraba en vigencia como instrumento internacional. Así como la inclusión de aún más severas restricciones y la tipificación de conductas correspondientes a las sustancias precursoras y el blanqueo de capitales, implicando, además, que “los Estados partes se comprometen a eliminar o reducir la demanda de drogas” (Baumann, Cancel y Vigne, 2013, p. 28).

Al año siguiente de la celebración de esta Convención de las Naciones Unidas, fue sancionada la Ley 23.737¹⁸ que establecía el Régimen Penal de Estupefacientes donde se

¹⁵ Artículo 6 de la Ley N° 20.771, Boletín Oficial de la República Argentina, 9 de octubre de 1974.

¹⁶ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Conferencia de las Naciones Unidas, Viena, 20 de diciembre de 1988.

¹⁸ Ley N°23.737. Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

retomaba la postura del Fallo “Colavini”¹⁹. Se tipificaba, nuevamente, la tenencia para uso personal e, incluso, la tenencia *per se*, que sería categorizada por la doctrina como “tenencia simple”. Esta previsión fue ratificada seguidamente por el Poder Judicial cuando la Corte Suprema de Justicia emitió un tercer precedente en la materia, que desatendía lo establecido por el Fallo “Bazterrica”²⁰ y volvía a los argumentos del Fallo “Colavini”²¹.

El fallo al cual se alude es el “Fallo Montalvo” (Fallo 313: 1333)²², en éste se atendió el caso en el cual la Cámara Federal de Córdoba rechazó la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 20.771²³. Esta normativa fue invocada por la defensa del Ernesto Montalvo, quien tenía en su poder 2,7 gramos de Marihuana. En la fundamentación de su decisión la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró:

No hay “intimidad” o “privacidad”, en los términos del artículo 19 de la Constitución, cuando hay exteriorización, y si la misma puede afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero, la tenencia de estupefacientes, cualquiera fuera su cantidad, es conducta punible y tal punición no afecta ningún derecho reconocido en la Ley Fundamental (Ascolani, Bertone, *et al.*, 2014, p.26).

Este criterio fue el que más perduró, en comparación con los dos precedentes, por cuanto se vio reforzado por la actividad administrativa del Estado y la tendencia internacional, que además fue reflejada en la celebración en Nueva York de la Asamblea General Extraordinaria de las Naciones Unidas sobre Drogas durante 1998, extendiendo su vigencia hasta finales de la primera década del 2000.

No fue sino hasta 2009 que la Corte Suprema de Justicia vuelve a cambiar su postura, retomando esta vez, con el Fallo “Arriola”²⁴, la postura asentada por el Fallo “Bazterrica”²⁵ y despenalizando el consumo personal a la vez que se declaraba la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 23.737²⁶ por contrariar al artículo 19 de la Constitución Nacional²⁷. Para

¹⁹ C.S.J.N., “Colavini, Ariel Omar”, Sentencia del 23 de marzo de 1978. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

²⁰ C.S.J.N., “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”. Sentencia del 20 de agosto de 1986. Recuperado <http://www.laleyonline.com.ar>.

²¹ C.S.J.N., “Colavini, Ariel Omar”, Sentencia del 23 de marzo de 1978. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

²² C.S.J.N., “Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ Infracción de la Ley 20.771”, Sentencia del 11 de diciembre de 1990. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

²³ Artículo 6 de la Ley N° 20.771, Boletín Oficial de la República Argentina, 9 de octubre de 1974.

²⁴ C.S.J.N., “Arriola, Sebastián y otros. s/ Recurso de hecho Causa Nro. 9080”, Sentencia del 25 de agosto de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

²⁵ C.S.J.N., “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”. Sentencia del 20 de agosto de 1986. Recuperado <http://www.laleyonline.com.ar>.

²⁶ Artículo 14 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

ello, se basó en la premisa de que el asunto en cuestión ya había sido resuelto por el Fallo “Bazterrica” y que el procesamiento de quienes realizan consumo personal obstaculizaba la persecución del tráfico y el comercio de las sustancias ilícitas, además de que otorgaba beneficios procesales que resultaban contraproducentes²⁸.

1.2 Naturaleza jurídica y objeto protegido.

Lo concerniente a la naturaleza jurídica y al objeto o bien jurídico protegido por la legislación argentina inherente a los estupefacientes pasa necesariamente por el abordaje de diversos principios que rigen al Derecho y en específico, pero sin perjuicio a lo anterior, al Derecho Penal. Es por ello, que señalar que el bien jurídico protegido por la Ley 23.737²⁹ de 1989 es la Salud Pública y que al respecto de ello no existe ni en la jurisprudencia ni en la doctrina discrepancia alguna, es fundamental.

A tales fines, la doctrina entiende que el principal requisito de existencia de una norma penal es la presencia de un bien jurídico protegido, lo cual es entendido como aquella situación u objeto que la ley busca salvaguardar de cualquier conducta o situación que pueda lesionarlo. En este sentido, citan Bianco y Castro (2014) que “la Ley de Estupefacientes protege un bien jurídico puntual que es la salud pública [...] si lo que la Ley protege es la salud pública, el individuo debe —con su conducta de mera tenencia del elemento estupefaciente— afectar a terceros” (p. 20).

De tal modo que, lo anterior trae a colación tanto el principio de lesividad del bien jurídico protegido como la distinción entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto. Todo ello, por cuanto es un presupuesto del Derecho Penal que sea lesionado de forma total o parcial el bien jurídico protegido por la conducta que haya sido tipificada en el instrumento normativo.

No obstante, en lo inherente a esa lesión que debe ser causada, la doctrina ha elaborado dos categorías que atienden al tipo de delito, por cuanto se habla de delitos de peligro concreto cuando la conducta típica genera un riesgo determinado y específico sobre el

²⁷ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

²⁸ C.S.J.N., “Arriola, Sebastián y otros. s/ Recurso de hecho Causa Nro. 9080”, Sentencia del 25 de agosto de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

²⁹ Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

bien jurídico protegido. Mientras, respecto a los delitos de peligro abstracto, la doctrina se ha exployado en sostenidas discusiones que buscan determinar el fundamento jurídico que sustenta a este tipo delictivo. Lo que se debe a la concepción de esto como aquellos que, sin atender cándidamente al principio del Derecho que versa *nullum crimen nulla poena sine acto*, “presumen una punición de la mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma” (Baumann, Cancel y Vigne, 2013, p. 65). Esto genera una situación probatoria que será abordada en los apartados sucesivos.

Partiendo de lo precedente, es necesario, para determinar si se ha producido una lesión al bien jurídico protegido, comprender en que consiste el mismo. Por ello, señalar algunos caracteres de la Salud Pública es relevante para esbozar el marco jurídico que rige a los estupefacientes. Al respecto, Baumann, Cancel y Vigne (2013), identifican a la Salud Pública como un concepto amplio que comprende la salud de todos los individuos que integran a la sociedad, trascendiendo a la suma de la salud de cada uno de los individuos que la integran. Por lo que este concepto abstracto hace alusión a la situación de la salud de la sociedad en forma indeterminada.

Consecuentemente, el legislador, partiendo de ese concepto como bien jurídico protegido, determina protegerlo tipificando las conductas que se corresponden con el comercio, distribución y almacenamiento de las sustancias consideradas como nocivas para dicho bien jurídico. Asimismo, incluye, en principio, la simple tenencia de las sustancias, lo cual es definido, por análisis de la doctrina a la jurisprudencia argentina, como la sujeción del objeto ilícito, en este caso sustancias estupefacientes, a la voluntad de la persona referida. Significando, por lo tanto la omisión de la intención del agente, trayendo esta previsión del ordenamiento jurídico argentino un sostenido debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que quedó plasmado en los Fallos de Colvani, Bazterrica, Montalvo y Arriola.

En tal debate, que tiene como núcleo la tenencia de las sustancias ilícitas con fines de consumo personal, enmarcando tal posesión en lo previsto por el artículo 19 de la Constitución argentina³⁰, donde se excluye de la voluntad de los magistrados los actos meramente personales, se realiza un abordaje de si esta situación forma parte de la cadena productiva de las mismas. Dicho debate que busca ubicar o separar el consumo personal de la

³⁰ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

cadena productiva de las sustancias ilícitas se encuentra profundamente vinculado a la finalidad perseguida por el Régimen Penal de Estupefacientes, donde se vislumbra la función de control social que el Derecho Penal goza.

A tenor de lo expuesto en los apartados precedentes se exhibe la naturaleza jurídica del Régimen Penal de Estupefacientes en punitiva y busca salvaguardar a la Salud Pública como bien jurídico protegido, partiendo del entendido de que la cadena productiva de las sustancias ilícitas es la raíz del problema. Sin embargo, en cuanto al consumidor, la legislación otorga un carácter doble en el cual éste se constituye como enfermo y como criminal. Empero esta doble concepción ha tenido diversas variaciones en el curso de la historia de la legislación penal argentina, viéndose afectada por la postura de los magistrados como la vislumbrada en los Fallos Colvani y Montalvo, que penalizan la tenencia para consumo personal, y los Fallos Bazterrica y Arriola que la despenalizan.

1.3 Finalidad perseguida.

La finalidad perseguida por la ley que establece el Régimen Penal de Estupefacientes, es el resguardo de un bien jurídico que estima la sociedad importante, ahora bien en este caso corresponde determinar a qué bien le ofrece abrigo la normativa en vigor. En este sentido, es posible observar una evolución de la finalidad perseguida por la legislación inherente a los estupefacientes en conjunto con la misma.

Al ser así, es necesario, para develar esta finalidad, someter a evaluación las distintas formas en las cuales la legislación pretende salvaguardar al interés jurídico protegido por la misma. Comprendiendo, entonces, que el bien jurídico protegido por la Ley 23.737³¹ de 1989 es la Salud Pública, cabe señalar que el enunciado del artículo 5³² de esta ley, habiendo modificado disposiciones del Código Penal en los artículos anteriores, tiene como sujeto activo en sus incisos, básicamente a cinco agentes. Estos atienden al: a) el cultivo, b) la producción, c) los que comercian las materias primas necesarias para su producción, d) los que comercian la propia planta o semilla que sirva para su producción, y, e) el suministra el estupefaciente *per se* (Bianco y Castro, 2014).

³¹ Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

³² Artículo 5 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

De lo anterior puede obtenerse, entonces, una vista a priori de lo que la legislación observa como cadena productiva de los estupefacientes. De allí se deduce que parte de la finalidad de la legislación es controlar, disminuir o suprimir el proceso que lleva los estupefacientes a su disponibilidad en la sociedad, lo cual es posible de separar del consumo. Sin embargo, en lo que se refiere al punto del consumo, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado sendos debates que han derivado en una jurisprudencia zigzagueante.

Consecuentemente con todo ello, la legislación, además, en su desarrollo tipifica otra lista de conductas que contribuyen al suministro y funcionamiento de la cadena productiva de los estupefacientes a la cual esta pretende imponer control. Sin perjuicio a ello, la misma ley, dentro de la perspectiva que busca proteger a la Salud Pública desde la tipificación del consumo personal, sostiene una finalidad médica y de reinserción social. Por cuanto en su artículo 16 prevé el establecimiento de una medida de seguridad curativa por parte del juez “que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”³³. Lo cual permite observar que no solo se persigue la protección de la Salud Pública sino, también, la recuperación de los daños que esta pueda haber sufrido (Bianco y Castro, 2014).

1.4 Aspectos procesales: oportunidad de presentación y efectos.

Algunos de los aspectos procesales requeridos por esta ley expresados por la misma en su entramado normativo, aunque sí sus efectos, entiendo por ellos a la consecuencia jurídica derivada de la conducta tipificada por la norma jurídica. En este sentido, es requerido un abordaje del Régimen Penal de Estupefacientes, tomando como referencias planteamientos de la doctrina, la jurisprudencia y la misma ley, para construir de esa forma el presupuesto procesal de algunos de sus artículos.

En el artículo 5 de la Ley 23.737 de 1989³⁴, donde sus incisos tipifican diversas conductas que se corresponden con variados momentos y funciones dentro del proceso productivo de los estupefacientes, se vuelve menester aclarar los incisos c y e, por cuanto pueden inducir a alguna confusión atinente a la descripción del supuesto de hecho. De tal

³³ Artículo 16 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

³⁴ Artículo 5 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

forma, es aclarado por la jurisprudencia y la doctrina, que es requerido probar, en la acción estipulada por el inciso c, el ánimo de lucro; mientras, en la observada por el inciso e, el título oneroso de la entrega en ambos extremos (Bianco y Castro, 2014).

Sin embargo, ello admite varios matices, en tanto la incautación de una amplia cantidad de cocaína en conjunto con instrumentos para su posterior fraccionamiento, sugieren una actitud comercial que se califica en el inciso c y no en otro. Todo ello cobra relevancia procesal a causa de la distinción generada por los apartados siguiente a los incisos, donde se señala que, a diferencia de aquellos, que imputan penas de cuatro a quince años, los casos previsto por el inciso a, “cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo persona”³⁵ generaran una pena de un mes a dos años de prisión, y podrá contemplar las situaciones que prevén los artículos 17, 18 y 21³⁶.

Los mencionados artículos refieren a fallo judicial que dictamina una medida de seguridad curativa (artículos 17 y 18) o una medida de seguridad educativa (artículo 21). Las cuales se diferencia en que el artículo 17³⁷ contempla la acreditación del uso personal para facultar al juez de dictar la medida curativa, en caso de que exista dependencia del agente, que pondrá en suspenso la aplicación de la pena. De resultar exitosa la medida curativa resultará eximida, pero, en el caso contrario será dictada la pena y se aplicará nuevamente la medida curativa. Mientras, el artículo 18³⁸ atiende a la acreditación de la tenencia personal por prueba semiplena y de la dependencia del procesado, para poder aplicar una medida de seguridad curativa que, en caso positivo hará dictar el sobreseimiento definitivo, pero en el caso contrario se reanudará la causa pudiendo reestablecer la medida y/o aplicar la pena.

Ambos artículos se distancian del enunciado contenido en el artículo 21³⁹ al diferenciarse la naturaleza de la medida de seguridad, siendo la primera curativa y la abordada en esta disposición, una medida de seguridad, educativa. Para ello no debe ser probada la

³⁵ Art. 6, inciso a. Ley N° 23.737. Régimen Penal de Estupefacientes. . Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989

³⁶ Artículo 17, 18, 21 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

³⁷ Artículo 17 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

³⁸ Artículo 18 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

³⁹ Artículo 21 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

dependencia física o psicológica, sino, en su lugar, que se trata de un consumidor “principiante”, o “experimentador”, lo que facultará al juez de dictar esta medida de seguridad por una sola vez. Esta consiste en “el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses”⁴⁰.

Lo anterior, de igual forma, debe ser realizado a la luz del norma adjetiva prevista por el artículo 20⁴¹ de dicha ley, según la cual el juez debe, valiéndose del dictamen de peritos, distinguir entre el procesado que incurre en uso indebido y el procesado dependiente, con el fin de determinar la medida de seguridad correspondiente, “en función del nivel de patología y del delito cometido”. En consecuencia el legislador, estableció en el artículo 22⁴², además, la posibilidad de suprimir la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes, mediante oficio dirigido al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, siempre que se hayan obtenido resultados aceptables de la medida de seguridad.

Partiendo de lo anterior, se evidencia que los aspectos procesales del Régimen Penal de Estupefacientes contemplan una normativa jurídica que distingue entre la finalidad de la tenencia de las sustancias para la determinación de los instrumentos que aplicará el juez para dar solución a la controversia. Pese a ello, no ocurre lo mismo con los delitos inherentes al tráfico, desatendiendo el principio de la proporcionalidad de las penas (Lai, 2012). En este sentido, esta ley se vale de un sistema de medidas privativas de libertad y multas, las cuales alcanzan duraciones de hasta veinte años para delitos de tráfico con agravantes.

Conclusión.

La legislación y la jurisprudencia argentina pese a atender a una tendencia predominantemente prohibicionista han sostenido durante cuatro décadas debates sobre la eficacia de la penalización de la tenencia de estupefacientes para la protección de la Salud Pública como bien jurídico protegido por el Régimen Penal de Estupefacientes. Ello ha estado inmerso en el contexto de la tipificación del consumo personal, a la luz del artículo 19 de la

⁴⁰ Art. 21, apartado primero. Ley N° 23.737. Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

⁴¹ Artículo 20 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

⁴² Artículo 22 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

Constitución Nacional⁴³. Ha llevado a la inclusión de instrumentos como las medidas de seguridad curativas y las medidas de seguridad educativas, que no dejan de ser perfectibles, pero que apuntalan hacia la continuidad del consumidor personal en la sociedad sin signarse bajo la calificación de usuario y poseedor indebido de sustancias estupefacientes.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico argentino en su evolución ha estado sometido a diversas modificaciones que no han culminado y que persiguen la consolidación del Régimen Penal de Estupefacientes como una ley penal que persigue la salvaguarda de la Salud Pública, pero que aún se encuentra en la búsqueda del método más adecuado. Es por lo tanto, que la actividad legislativa han derogado y modificado diversos artículos de la ley 23.737⁴⁴ de 1989 con la finalidad de, comprendiendo la dimensión social, cultural y económica de la situación atendida, encontrar la solución más adecuada a la finalidad perseguida.

De forma que los aspectos procesales de ésta ley han tendido hacia la determinación, además de la culpabilidad en el delito imputado, que suele ser atinente a la finalidad de obtención de lucro o la celebración de acciones a título oneroso para acreditar la tipicidad del delito. Así como la gravedad de la pena, la finalidad personal de la tenencia como una circunstancia atenuante. Por lo que, en consecuencia, ha contemplado una serie de beneficios procesales que no resuelven la situación y que en los años de vigencia de la ley han arrojado rasgos de ineficacia. Pero que de alguna forma sirven de precedentes para iniciativas legislativas que sustentadas en una adecuada comprensión del problema puedan ofrecer soluciones acertadas.

Es necesario acotar que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, surgió con posterioridad a la promulgación del Código Penal de 1921⁴⁵. Puede decirse que el problema sobre este tema se ha visto reflejado hacia dos grandes vertientes. La primera de ellas son los que consideran que reprimiendo a los consumidores de estupefacientes se está también reprimiendo a los traficantes, de forma indirecta, puesto que si no hay consumo o dicha actividad se encuentra limitada, el tráfico también se vería limitado o reprimido. Por lo tanto esta teoría está basada en que los consumidores son el último eslabón de la cadena,

⁴³ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁴⁴ Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

⁴⁵ Código Penal Argentino de 1921. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

siendo los primeros el productor y el traficante. Por otro lado, están los que sostienen que reprimiendo a los consumidores, el Estado está violando la privacidad de los individuos, apoyados en lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional⁴⁶ (Capponcelli, 2011).

Capítulo 2: Jurisprudencia de la C.S.J.N.

Introducción

En el presente capítulo se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de tenencia de estupefacientes para el consumo personal, y se hará énfasis en los argumentos expuestos en cada caso. El primer caso al que se hará referencia es al Fallo Colavini⁴⁷ y la relación con el crecimiento de la toxicomanía en el mundo, y se señalará lo que establece la Ley 20.771⁴⁸ con respecto a este tema y lo dispuesto en la Ley 21.422⁴⁹.

Aunado a ello, se detallará lo dispuesto en el Fallo Bazterrica⁵⁰ y se hará referencia a las tesis que se han tratado la temática referida a cómo debe ser juzgada la persona que solo se le encuentra droga para su consumo, así como también, a lo establecido en la normativa

⁴⁶ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Colavani, Ariel" Sentencia del 28 de marzo de 1978. Recuperado de: <http://www.laley.online.com.ar>.

⁴⁸ Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁴⁹ Ley N° 21.422. Estupefacientes y psicotrópicos. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1976.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes" Sentencia del 29 de agosto de 1986. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

jurídica nacional al respecto. Asimismo, se examinará el caso Montalvo⁵¹ puntualizando el fundamento utilizado por los jueces, en este caso.

Finalmente, se llevará a cabo un análisis de la evolución jurisprudencial. En este punto, se destacará el caso Chazarreta⁵², cuya importancia radica en el tratamiento que realiza acerca de la constitucionalidad o no de incriminar la tenencia o el consumo de estupefacientes, y la causa Ashwort⁵³, referido a la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 23.737⁵⁴.

1.1 Fallo Colavini.

Con respecto a este caso en primer lugar se debe señalar la influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, la cual es una calamidad social que se compara con las guerras que se presentan en la humanidad, o las guerras que en tiempos inmemorables diezaban la habida cuenta de las consecuencias de esa plaga. Esta puede ser la aniquilación de los individuos, como en su gravitación moral y la economía de los pueblos, la cual se traduce en ocio, delincuencia común y subversiva, incapacidad de realizaciones que ameritan una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, la cual es la institución básica de la civilización.

De esta manera, si no existieran usuarios o consumidores, no se formaría interés económico de producir, elaborar y traficar los estupefacientes de manera que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas. En este sentido el uso particular de estupefacientes se constituye dentro de la órbita coercitiva del derecho, la cual está excluida, por lo cual, este es el ámbito de libertad que señala el artículo 19 de la Constitución Nacional⁵⁵.

Por su parte, la Ley 20.771⁵⁶ reprime el suministro de cualquiera de sus formas, de las

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Montalvo” Sentencia del 11 de diciembre de 1990. Recuperado de <http://www.laley.online.com.ar>.

⁵² Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. “Chazarreta” Sentencia del 18 de febrero del 2014. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

⁵³ Cámara Federal de la Plata. “Ashworth” Sentencia del 23 de julio de 2010. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

⁵⁴ Artículo 15. Ley N° 23.727. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de septiembre de 1989.

⁵⁵ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁵⁶ Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

sustancias que, aparte del empleo legítimo por la medicina, pueden ser transformadas en materia de comercio favorable del vicio con todas las secuelas y toda la operación comercial, sea esa legítima o ilegítima. Ello supone de forma inevitable que estén presentes dos o más partes contratantes, la o las que otorguen el objeto y la que lo adquiera. Todo ello sin perjuicio, de todas las etapas previas a la producción, elaboración, intermediación, entre otros, las cuales se encuentran establecidas en la ley.

En este sentido, la libertad esencial del hombre, establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁵⁷, hace referencia a la inmunidad de toda interferencia del Estado en el ámbito de la vida privada de los habitantes del país. Lo antes expuesto no le resta validez constitucional a la incriminación del delito de tenencia de estupefacientes aunque estos sean para uso personal, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 20.771⁵⁸.

1.2 Fallo Bazterrica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del recurso extraordinario de Bazterrica⁵⁹ el 29 de agosto de 1986, resolvió que la tenencia de estupefaciente para consumo personal, no es punible. Asimismo, la tenencia de estupefacientes se sanciona por el artículo 6 de la Ley 20.771⁶⁰, y se considera una conducta privada. De igual manera, el artículo 19 de la Constitución Nacional⁶¹ establece que el tenedor de droga es intocable en el plano jurídico. Estos juristas solo aceptan que los jueces establezcan medidas curativas a la persona consumidora.

Por otro lado, se asevera que la tenencia de estupefacientes para el uso personal se puede configurar como un delito potencial para la salud general de una región. Por ende, esa acción debe ser punible. Por lo cual, penar la tenencia por los potenciales de los daños que se pueden ocasionar, no posee un justificativo para los juristas de la Corte.

Lo anterior expuesto significa la negación de la posibilidad de existencia de delitos de

⁵⁷Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁵⁸Artículo 6. Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁵⁹Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes", Sentencia 29 de agosto de 1986. Recuperado de <http://www.laley.online.com.ar>.

⁶⁰Artículo 6. Ley N° 20.771. Tenencia de estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁶¹Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

peligro potencial. Esa tesis considera también la prevención penal de la tenencia, no se configura como un remedio eficiente para ese problema. Esto implica que se inserten las funciones de los otros poderes. De esta manera, la eficacia o la ineficacia de una pena, lo cual es una cuestión de política criminal, de decisión del Poder Legislativo, así como el error o el acierto no puede examinarse por los jueces de los casos específicos (Núñez, 1986).

Cabe destacar que, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional concedió el recurso extraordinario en contra de la sentencia que condena al inculpado como autor del delito establecido en el artículo 6 de la Ley 20.771⁶², debido a que se basa en la violación de las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de Constitución Nacional⁶³. Con respecto al agravio relativo al allanamiento ilegal del domicilio del acusado se considera que la presentación no tiene suficiente sustento, debido a que enuncia de forma breve el tema sin tener que rebatir la argumentación de la sentencia.

Con respecto a la invalidez constitucional del artículo 6 de la Ley 20.771⁶⁴, los argumentos del recurrente no son sino la repetición de los que fueron desestimados por esa Corte, y no adquieren la conmoción de los fundamentos otorgados. Por lo tanto, se considera que esa cuestión no puede ser resuelta solo con arreglo a la doctrina establecido, en esos precedentes y en otros que siguen una línea argumental.

En este sentido, la tenencia ilegítima de las drogas en el caso de marihuana y cocaína, debido a los antecedentes y los efectos que este supone, esta conducta va más allá de los límites del derecho a la intimidad, lo cual está protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional⁶⁵. Por lo tanto, es ilícita toda actividad del Estado que busca evitar las consecuencias que para la ética colectiva, el bienestar y la seguridad general puedan provenir de esa tenencia, a excepción del empleo legítimo justificado por la medicina.

A su vez, es importante resaltar que el daño establecido en el artículo 6 de la Ley 20.711⁶⁶ es de peligro abstracto, el cual es presumido por la norma, independientemente de la

⁶² Artículo 6. Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁶³ Artículos 18 y 19 de Constitución Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁶⁴ Artículo 6. Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁶⁵ Artículo 19, Constitución Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁶⁶ Artículo 6, Ley N° 20.771. Tenencia de estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

finalidad de la tenencia, que para su consumación necesita en el aspecto objetivo, de la acreditación de la relación física entre el autor y la droga. Por otro lado, en el subjetivo, la demostración de la voluntad de tenerla conociendo acerca de su calidad. En razón de ello, se puede aseverar que el precedente fallo de la Corte requiere de la prueba específica de que la tenencia sobrepasa el plano personal para castigarla, y se agrega un requisito inexistente que modifica el régimen de la ley.

Lo antes expuesto puede conformarse como un peligro al no interpretar la ineficacia de la consecución de los fines que persigue, como lo expuesto en el considerando 8 de la sentencia *in re* Colavani. Debido a ello, es totalmente razonable que en el dictamen se expresó que el límite de autorización para declarar de manera abstracta la punibilidad del comportamiento no se otorga por el hecho específico de la trascendencia de la esfera personal, sino por la posibilidad de que esto acontezca. De igual manera, se asevera que una vez que se formulen por los poderes políticos, los cuales son los responsables de representar la voluntad pública y expresarla por medio de la ley. Este instrumento conforma la estructura del orden público establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁶⁷.

Lo anterior expuesto trata lo relativo a la importancia del riesgo que para la salud pública representan las sustancias que se consideran susceptibles de ocasionar dependencia de carácter físico o psíquico. Por lo cual no existen razones valiosas para declarar la constitucionalidad inadmisibles de la presunción irrefragable acerca que la tenencia de esas sustancias trae consigo peligro de los bienes que se tutelan.

También, es importante computar la posibilidad implícita en la tenencia, de la extensión del hábito por medio de la imitación o del ejemplo, así como la hipótesis de que tráfico ilícito se lleve a cabo por medio de la portación de cantidades pequeñas que permiten que se invoquen al tenedor, la cual en caso de ser encubierto, que se trata de estupefacientes para el consumo personal. Ese último racionamiento fue uno de los que indujo al legislador de 1974 a modificar el texto de la ley que se encuentra hasta ese momento vigente.

Esas consideraciones, permiten que sea descartada la acción que motiva la condena del defendido del apelante, debido a que de ninguna otra forma ofende el orden público ni causan daño, por lo que queda excluido el ámbito de reserva protegido por las diversas citas de la cláusula constitucional. Finalmente, es necesario resaltar que es correcta la posición del

⁶⁷Artículo 19, Constitución Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

recurrente al afirmar que el consumo de drogas es una conducta esencialmente privada, pero ello no es materia controvertida, a excepción de si se trata de un uso público supuestamente receptado por la figura agravada del artículo 7 de la Ley⁶⁸.

Por lo tanto, a lo que se refiere es a la tenencia de la droga, la cual es una conducta que puede poner en peligro la salud pública de la misma forma que la tenencia de las armas de guerra o de los explosivos es susceptible de hacer lo correcto con la seguridad pública. En razón de ello, se considera que la sentencia dictada en todo cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario, y declarara infundada la presentación acerca del allanamiento ilegítimo del domicilio.

Es importante destacar que, existen diversos medios encargados de combatir el problema de los estupefacientes. De esta manera, un programa para la lucha en contra de la utilización de las drogas debe partir de algunas premisas fundamentales, las cuales son la dependencia de las drogas considerada fundamentalmente una enfermedad y de forma subsidiaria u problema social.

Asimismo, el Estado debe centrar sus problemas en los diversos campos de acción que se encuentran sincronizados y coordinados. Estos campos deben buscar la previsión social más allá de la sanción. La prevención debe ser educativa, psicología y rehabilitante, la cual se complementa por el control legal, administrativo y judicial de la producción, el suministro y el tráfico, ya sea legal o ilegal.

De esta manera, en el caso de una persona joven, la estigmatización con la posterior marginación y victimización que ocasiona una reacción punitiva puede llegar a convertirse en una tragedia, lo cual sería como una anécdota. Así como para la ley, el suicidio y la automutilación, son impunes. Por lo tanto, no debe considerarse punible el solo consumo personal de estupefacientes, debido a que esa actividad está dentro de la esfera privada del hombre, la cual está garantizada por la Constitución Nacional (López, 1986).

Es importante resaltar que, la Corte combina esas afirmaciones contundentes con la aplicación de algunos paños fríos. En el considerando 27 se establece que no se legaliza la droga, en mensaje que se dirige de forma especial a los jóvenes que en muchos casos protagonistas de los problemas relacionados con las drogas. Asimismo, se establece que la

⁶⁸Artículo 7. Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

conducta no punible solo es la que se da en algunas circunstancias que no ocasionan daños a un tercero. No resulta correcto argumentar la potestad de consumo público bajo el contenido del artículo 19⁶⁹. En este sentido, las conductas desarrolladas en lugares públicos que son generales, aunque no en todos los casos son aptas para afectar la salud pública quedan fuera de la protección de la Constitución.

Este fallo declara la inconstitucional del artículo 14 de la Ley 23.737⁷⁰ y exhorta a los poderes públicos a garantizar las políticas en contra el narcotráfico y la adopción de medidas de salud preventivas informativas y educativas que se enfocan en los grupos más susceptibles, en especial el de los menores. De esta manera, se deja para el final un pasaje clave en ese fallo. En este sentido, fue restaurada la doctrina Bazterrica, aunque se adhiere a las razones del voto de Petracchi, sobre las ilustradas consideraciones acerca de la intimidad y la autonomía personal que de esa manera se expone. De esta forma, al voto conjunto de Belluscio y Bacque, la Corte lo considera un complemento y no una condena, con el voto de Petracchi.

Asimismo, se ratifica que en la actualidad el Tribunal decide volver a Bazterrica⁷¹, el cual como primera consideración señala las cuestiones fundamentales en el debate en el *sub lite*, como el alcance que se le otorgan a las acciones privadas establecidas en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁷², al bien jurídico de la salud pública, el cual resolvió de forma correcta en Bazterrica. Ese fallo en los últimos veinte años, transformó en un caso emblemático, e incluso en uno de los más analizados en el ámbito académico, razón por la cual ese Tribunal no pretende emular sino sostener (Alegre, 2011).

1.3 Fallo Montalvo.

En el fallo Montalvo⁷³, se expresó que mientras existan más consumidores mayor será el desenvolvimiento del tráfico de estupefacientes. Por lo tanto, si la droga es clandestina es porque los consumidores incitan al tráfico de la misma. Este argumento fue refutado en el

⁶⁹Artículo 19. Ley N° 23.727. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de septiembre de 1989.

⁷⁰ Artículo 14 de la Ley N° 23.737. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, Sentencia del 27 de agosto del 2009. Recuperado de <http://www.laley.online.com.ar>.

⁷²Artículo 19. Constitución Nacional, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

fallo Arriola⁷⁴, en el entendido de que la tenencia de estupefacientes para uso personal si bien atenta contra un bien jurídico que es la salud pública, debe protegerse el interés general, es decir, el de la sociedad, y no el particular. (Baquela, 2014)

En cuanto al análisis de los fallos expuestos anteriormente puede decirse que el Fallo Montalvo⁷⁵ no cumplió con una de sus obligaciones primordiales que fue declarar la inconstitucionalidad de ambas leyes, ya que las mismas contradicen la Constitución. Con esta decisión podemos pensar que en el fallo Montalvo⁷⁶ se habla de un Estado más totalitario que penaliza una acción que en la mayoría de los casos no perjudica a nadie. En virtud de ello si se penaliza el consumo de estupefacientes el Estado se quita la difícil tarea de ser responsable de los actos que realicen las personas bajo el consumo de estupefacientes, así como de su atención y tratamiento.

En primera instancia fue condenado a un año de prisión y a una multa de mil australes por ser considerado autor del delito de tenencia de estupefacientes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 20.771⁷⁷. Este fue apelado por inconstitucionalidad de la ley que va en contra de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁷⁸.

Por su parte, en segunda instancia la Cámara de Apelaciones rechazó ese planteo de inconstitucionalidad aplicando el artículo 14 segunda parte de la Ley 23.737⁷⁹, la cual modifica la anterior y asevera que la pena será de 1 mes a 2 años de prisión, en los casos de que la poca cantidad y las otras circunstancias, sugiera de manera inequívoca la tenencia es para uso personal.

En razón de ello, Montalvo apeló por medio de un recurso extraordinario fundamentado en la doctrina arbitraria, la gravedad institucional y la inconstitucionalidad de la norma que se encarga de reprimir la tenencia de estupefacientes para el consumo personal y le otorga el recurso federal. La Corte le otorgó el recurso. Por su parte, el apelante aseveró que la resolución que era recurrida afectaba la garantía amparada por el artículo 19 de la

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

⁷⁷ Artículo 6. Ley N° 20.771. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁷⁸ Artículo 19. Constitución de la nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁷⁹ Ley N° 23.737. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de noviembre del 1989.

Constitución Nacional⁸⁰, debido a que la represión ataca la privacidad y la intimidad de las personas. Además de ello, solicita una pena más benigna considerando el cambio de ley al respecto (Alegre, 2011).

Cabe destacar que, la Corte recurrió a diversas razones para abonar en el fallo Montalvo, de 1990, el cual a su vez había ignorado el precedente liberal de Bazterrica de 1986. De esta manera, el tiempo que paso demostró el fracaso que traía consigo la estrategia punitiva. Asimismo, la reforma de 1994. La Corte centró su importancia en la incorporación de los tratados de carácter internacional. Estos consagran los principios primordiales como el de la privacidad, la dignidad y el acceso a la justicia, los cuales son transgredidos por la penalización, la cual es la dignidad por penar al consumidor como una forma de conseguir a los traficantes, y el acceso a la justicia por la re victimización del consumidor. Así como también el principio *pro homine*, según la Corte, es más beneficiosa que la solución otorgada por Bazterrica.

1.4 Análisis de la evolución jurisprudencial

En el caso Chazarreta⁸¹, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de la Capital Federal decidió resolver acerca de la constitucionalidad de incriminar la tenencia o el consumo de estupefacientes. Debido a que pondera las circunstancias que rodean el hecho para determinar si se afectó el bien jurídico de la salud pública.

Por su parte, el Tribunal expresó que el plenario Bernasconi de esa Cámara permitió que se examinaran los casos sometidos a su juicio al realizar algunas distinciones, considerando la punibilidad de la tenencia de estupefacientes a pesar de que la cantidad sea poca. Este asunto pudo llegar a tratar un asunto federal complejo, porque existió un conflicto entre la Constitución Nacional⁸², una ley y una sentencia judicial, la cual posteriormente podría reunir los requisitos que harían procedente, en su momento, el recurso extraordinario.

De esta manera, la Cámara entendió que la punición de esa tenencia de estupefacientes no excede un ejercicio razonable del poder punitivo del Estado, ni valora los derechos fundamentales de las personas. Ello no es así debido a que la norma que tipifica la tenencia de

⁸⁰Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁸¹Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “Chazarreta” Sentencia del 18 de febrero del 2014. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

⁸²Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

estupefacientes lesiona el principio de reserva establecido en la Constitución Nacional. En este sentido, la posibilidad de que pueda trascender la esfera privada para poder incriminar la tenencia o ese consumo, implica que sea aplicada la doctrina de la peligrosidad del autor. También significa colocar en vigencia el principio de responsabilidad penal objetiva, la cuales destierra por el principio de culpabilidad. Todo ello dentro del sistema liberal y democrático (Bolado, 1989).

La cuestión principal se fundamenta en el hecho de que la tenencia de estupefacientes en la intimidad y sin llegar a peligrar la salud y moral pública, si está o no amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional⁸³. En este sentido, al revertir esas características que forman parte de las acciones privadas allí tuteladas, además resulta difícil saber hasta qué punto llega la intimidad de la persona y donde termina esta, debido a que la libertad de intimidad permanece dentro del marco de licitud jurídica.

El derecho a la privacidad se justifica en el pensamiento de la moral autónoma fundada en la razón individual, la autonomía práctica de la conciencia se basa en la dignidad de la persona en torno a su responsabilidad ante sí mismo y hacia las otras personas. Por lo cual, la tutela estatal para poder impedir la autolesión se basa en que ninguna persona se encuentra completamente aislada, el daño se extiende al menor a la persona más cercana como familiares, amigos, entre otros. De esta manera, se concluye la expresión que a pesar de la dureza de la Ley de Estupefacientes y es lo que se discute en algunos artículos como el tráfico de droga no cede, por lo cual es momento de enfrentar el problema desde el ángulo quizás más primitivo (Mazzini y Perez, 1990).

Con relación a la sanción penal de la tenencia de los estupefacientes para el consumo personal, de manera que aparecen dos bienes enfrentados uno particular, el cual es el derecho a la privacidad o el derecho de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁸⁴. Por otro lado, está el orden colectivo que es de la defensa social, debido a que la tenencia de tóxicos nocivos que importa un peligro para la sociedad.

Es importante resaltar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha modificado su criterio jurisprudencial con el transcurso del tiempo sobre la sanción de esa figura, hasta

⁸³ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

⁸⁴ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

conseguir que la declaración constitucional de la Ley 23.737⁸⁵, la cual reprime la tenencia de estupefacientes para el uso personal. La tenencia de los estupefacientes para el uso personal no siempre se consideró como delito por el legislador que de forma originaria el Código Penal⁸⁶ no castigaba.

Por lo tanto, considerando el aumento de tráfico de drogas en el país, así como también el hecho que sean destinadas al consumo personal, la Ley 20.771⁸⁷ de forma total y autónoma al Código Penal, estableció el artículo 6, acerca de la represión de la tenencia. Esto fue corroborado por la sanción de la Ley 23.737, la cual en su artículo 14⁸⁸ sostuvo la punición de la tenencia de drogas, sancionando también los destinados al uso personal (Puricelli, 2000).

Conclusión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del recurso extraordinario de Bazterrica⁸⁹ el 29 de agosto de 1986, resolvió que la tenencia de estupefaciente para consumo personal, no es punible. Para esta tesis la tenencia de estupefacientes se sanciona por el artículo 6 de la Ley 20.771⁹⁰, es considerada una conducta privada. Por otro lado, la Corte recurrió a diversas razones para abonar en el fallo Montalvo, de 1990, el cual a su vez había ignorado el precedente liberal de Bazterrica de 1986.

De esta manera, el tiempo que paso demostró el fracaso que traía consigo la estrategia punitiva. Asimismo, la reforma de 1994. La Corte centró su importancia en la incorporación de los tratados de carácter internacional. Aunado a ello, en el caso Chazarreta⁹¹, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de la Capital Federal decidió resolver acerca de la constitucionalidad de incriminar la tenencia o el consumo de estupefacientes, debido a que pondera las circunstancias que rodean el hecho para determinar si se afectó el bien jurídico de la salud pública.

⁸⁵Ley N° 23.737. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de noviembre del 1989.

⁸⁶Ley N° 11.179. Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 3 de noviembre de 1921.

⁸⁷Ley N° 20.771. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁸⁸Artículo 14. Ley N° 23.737 de control de Adicciones. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de noviembre del 1989.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, Sentencia del 29 de agosto de 1986. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>.

⁹⁰ Artículo 6, Ley N° 20.771. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

⁹¹Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “Chazarreta”, Sentencia del 18 de febrero del 2014.

Capítulo 3: La tenencia de estupefacientes y el artículo 19 constitucional.

Introducción.

En el presente capítulo se analizará un caso sobre el fallo Arriola⁹² indagando los argumentos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y comparándolo con los fallos Montalvo⁹³ y Colavini⁹⁴. En especial se hará referencia a las consecuencias jurídicas en el plano de la política criminal.

Para ello en primer lugar se señalarán cuáles son los argumentos pronunciados en el caso Arriola, y cuáles son las variantes que se suscitaron en ese caso. Aunado a ello, se refutarán los argumentos de Montalvo y Colavini, analizando lo pronunciado en estos casos de forma minuciosa, para proceder así a compararlo con el fallo Arriola. De igual manera, se resaltarán cuál es el objeto protegido en el fallo Arriola, para ello se analizará como procedió este fallo en la Corte. Finalmente, cuáles son las consecuencias jurídicas en el plano de la política criminal que trajo consigo este fallo, para ello se señalarán algunos principios que influenciaron la decisión.

2.1 Principales argumentos

Se señala que el carácter más moderado del fallo Arriola que nace primero por la comparación de la descripción detallada de los hechos del caso con la omisión de Bazterrica y que en los votos de seis de los jueces se ve limitada la protección de la Constitución. Por ejemplo por medio de la frase “en condiciones que no traigan aparejado el peligro específico o un daño a los derechos o bienes de terceros”⁹⁵.

Por lo tanto, resulta que la regla de Arriola solo se aplica a algunos casos, sin que se pueda extender a las conductas en público. Asimismo, no se comparte ningún argumento porque todos los votos citados con excepción, se reafirma la concepción amplia de la autonomía que excede la mera privacidad, lo que implica que el carácter del consumo es

⁹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola”, Sentencia del 25 de agosto del 2009. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>

⁹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Montalvo”, Sentencia del 11 de diciembre de 1990. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Colavini, Ariel”, Sentencia del 28 de marzo de 1978. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola”, Sentencia del 25 de agosto del 2009. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>

intrascendente a excepción de que se trate de una imposición y el hostigamiento a los terceros (Alegre, 2011).

Empero, en condiciones que no aparejen el peligro específico o un daño a los derechos o bienes de terceros, y no califica ni limita el alcance completo de la protección establecida para Bazterrica y que, las características especiales del caso se referían a los votos remarcados que trataban de darle un trato fácil. Pero esas características no invalidan la protección completa para los casos menos fáciles.

En este sentido, se priva de protección constitucional la tenencia y el consumo en los lugares públicos, o con otras personas, invitación o la aceptación de todos los casos que no aparejan un peligro específico o un daño a los derechos o bienes de terceros y debe recordarse que Arriola fue detenido en la vía pública.

Otra clase de objeción a la lectura expansiva replica con mayor fuerza las prevenciones dirigidas con Arriola por las personas que están de acuerdo en que el fallo reinstaura la vigencia de Bazterrica, pero rechaza esa solución. Sin embargo, se han cuestionado dos argumentos de Arriola, que se centran en la penalización del consumo personal de estupefacientes que no disminuye su intensidad y el artículo 19 de la Constitución Nacional⁹⁶ que protege todas las conductas privadas que no afecten a terceros (Alegre, 2011).

Con respecto al primer argumento se debe tener claro que, a ese asunto algunas cuestiones se agregaron a la prohibición se produce debido a una restricción de los derechos individuales. Este argumento se ataca por el absurdo, debido a que se sostiene que si el fracaso de una prohibición debe invalidar la prohibición, eso debe ser extendido, como por ejemplo a las guerras. Su objeción deja sin responder la afirmación de que en el caso de las drogas la prohibición no sólo es ineficaz, sino que como el fallo critica específica que ayuda a agravar el problema y a ayudar otro tipo de violaciones de derechos y de abusos de poder.

Otro de los argumentos que debe señalarse es que no existen objeciones fundadas, que van más allá de preguntar si de forma retórica la Corte estaría dispuesta a resolver de la misma forma un caso de tenencia de 50 gramos de heroína, y a extender la protección de la autonomía y la privacidad de las mujeres que buscan abortar (Alegre, 2011).

⁹⁶ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

De esta manera se puede observar claramente como ese fallo aborda la cuestión, y asevera que debe primar la libertad personal y el principio de reserva, así como también la lucha constante en contra del narcotráfico. Por lo cual es evidente que quedaron de lado las cuestiones de gran alcance, como es que no se imparte desde los inicios de la educación de las personas el tema de las drogas, por lo cual se debe inculcar la educación de la salud en los diversos niveles de enseñanza.

Por lo cual, está comprobado que el fenómeno de la droga esta aceptado por el colectivo imaginario y que se llega a él por medio de la imitación, como también por la imitación, como también por la desinformación. En este sentido, no se enfatizan los centros de rehabilitación ni la cura del adicto. Asimismo, por medio de ese fallo el Tribunal al ser el más alto del país, puede hacer un señalamiento de los otros poderes del Estado.

Es importante resaltar que, no puede existir rehabilitación, ni la posibilidad de rehabilitar al dependiente de las drogas, si no se utilizan los fondos suficientes dirigidos a los centros que se encargan de esa tarea, y tampoco se organizan los mismos en toda la Nación. Con base a esa política de Estado debe existir una reforma fundamental que debe ser inexorable, la cual es la que dispone que todos los bienes que se incauten en los secuestros de las causas de narcotráfico se destinen a la rehabilitación (Borzi y Marini, 2016).

Por lo tanto, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 23.737⁹⁷, el cual había sido declarado inconstitucional la figura de cultivo de plantas que están destinadas a obtener estupefacientes para el consumo personal, establecido en el artículo 5 de la Ley 23.737⁹⁸. En primera instancia el defender del encartado interpuso un recurso de apelación, basándose en que la conducta de su asistido fue atípica porque no se vulnero el bien jurídico protegido por la norma, esto es, la salud pública.

Por su parte, los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en su mayoría, luego de que analizaran los alcances del fallo Arriola⁹⁹, basaron el voto refiriéndose que en el caso que se estudia tiene una idéntica trascendencia que el artículo 14 de la Ley 23.773¹⁰⁰, por lo cual se declaró inconstitucional la norma en conflicto. Por medio de los

⁹⁷ Artículo 14. Ley N° 23.737. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de Noviembre de 2018.

⁹⁸ Artículo 5. Ley N° 23.737. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de Noviembre de 2018.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola”, Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de agosto del 2009. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>.

¹⁰⁰ Artículo 14. Ley N° 23.737. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de Noviembre de 2018.

diversos casos que se analizan puede verse como la CSJN, ante las situaciones parecidas que ha fallado en sentidos diversos de acuerdo a la composición, asumiendo las visiones contrarias a la constitucionalidad de la figura de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal (Borzi y Marini, 2016).

Además de ello, se debe resaltar que después de la declaración de inconstitucionalidad formulada por la CSJN en el caso Arriola, continua la discusión adaptando cada tribunal a su criterio, de acuerdo al leal saber y a conocer que los jueces lo componen. Sin conseguir plasmar una hasta la actualidad, una postura que resuelva de forma definitiva ese problema en torno a la figura penal (Borzi y Marini, 2016).

2.2 Refutación de los argumentos de Montalvo y Colavini.

En general, el fallo Arriola¹⁰¹, deviene de una investigación que se inició por agentes policiales de la Policía Federal de Argentina de Rosario, quienes cumpliendo sus labores aprehendieron a varias personas debido a que portaban escasa cantidad de estupefacientes ocultas entre sus vestimentas. El procedimiento se llevó a cabo luego de que el cuerpo de seguridad realizaba tareas de inteligencia en un domicilio donde presuntamente se comercializaba este tipo de sustancias. Ante esta situación se condenó a Sebastián Arriola y Carlos Simotti, por el cargo de autores responsables del delito de tenencia de estupefacientes con el propósito de comercialización. También se condenó a Mónica Vásquez como autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en calidad de partícipe necesaria. Por otro lado se condenó a Gustavo Fares, Marcelo Acedo, Mario Villarreal, Gabriel Medina y Leandro Cortejarena, como autores responsables del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. (Baquela, 2014)

Ante este caso, la Corte Suprema de Justicia, ya renovada, declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14, de la Ley 23.737¹⁰² que regula el consumo de estupefacientes para uso personal, basándose en los siguientes argumentos:

De acuerdo al conflicto que presentan los artículos 19 de la Constitución Nacional¹⁰³ y el artículo 14 de la Ley 23.737¹⁰⁴, se llega a la conclusión que el artículo 19 de la

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

¹⁰² Artículo 14, de la Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina

¹⁰³ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁰⁴ Artículo 14 de la Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina

Constitución¹⁰⁵ es un pilar fundamental de nuestra legislación, ya que en el mismo se garantiza la libertad del individuo.

Por otro lado, se destaca que el artículo 14¹⁰⁶ se contradice, o dichas normas entran en colisión, puesto que conculca la privacidad que el artículo 19¹⁰⁷ *ut supra* garantiza. Ante esta decisión la Corte aclara es imperioso que ante un conflicto de normas debe priorizarse lo que establezca la Constitución, fundamentados en el principio de Supremacía Constitucional. Por lo tanto, se hace referencia a que todas las normas que se encuentren en un grado de inferioridad en la Escala de la Pirámide Normativa, deben respetar lo establecido por la Norma Supra Nacional que es la Constitución. En este sentido, la Corte argumenta que todas las normas que devengan del Congreso deben establecer y estar redactadas conforme a lo establecido en la Constitución. Por lo tanto no deben vulnerar su contenido, en virtud de ello si esto no sucede, se debe declarar la inconstitucionalidad de dicha norma (Alegre, 2011).

Otra de las argumentaciones en las que se basó la Corte, es en que el Derecho Penal tiene como objeto resguardar bienes en concreto y no en resguardar la moral, es decir, que nuestro sistema, de acuerdo a las bases de la constitución, es punitivo. Por lo tanto, solo se aplica cuando las acciones realizadas afecten a terceras personas. En virtud de ello, resulta contradictorio que se adhiera al derecho penal un derecho de autor, basado en perseguir a las personas por su personalidad o apariencia, esto estaría violando las bases fundamentales del Estado de Derecho que caracteriza la Nación. En otras palabras la Corte se refirió a que no es trabajo del Derecho Penal prevenir los daños que una persona pueda ocasionarse a sí misma, si no lo que esa persona pueda ocasionar a un tercero, es decir, cuando el hecho cause daño a una tercera persona.

Ante esta situación la Corte Suprema de Justicia también argumentó que para estos casos es necesario que el juez como director del proceso sea quien analice cada situación o caso en concreto, para determinar si de verdad se trata de tenencia de estupefacientes para consumo personal. En virtud de ello, la droga que resulte incautada debe ser escasa, y este elemento debe tomarlo en cuenta el juez. Asimismo, es necesario que se analice si tal tenencia no ocasiona daños a terceros, que desvirtúen el carácter de acción privada que defiende el artículo 19¹⁰⁸, es por ello que para cada caso en concreto es necesario que:

- En primer lugar la sustancia secuestrada debe sea escasa, y

¹⁰⁵ 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁰⁶ Artículo 14, de la Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina

¹⁰⁷ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁰⁸ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

- En segundo lugar debe tratarse de un acto que no dañe a terceros o ponga en peligro su integridad.

Con ello se quiere decir que tal decisión de declarar inconstitucional la mencionada norma, no significa que cualquier persona pueda llevar consigo estupefacientes alegando que sean de uso personal y por ende quedar librados de la justicia, es necesario analizar cada caso. Por ejemplo en el caso en cuestión las personas detenidas no llevaban consigo grandes cantidades de estupefacientes, y la sustancia en cuestión estaba escondida entre sus ropas. Por lo tanto la Corte consideró que se trataba de un acto que se realizó en forma privada, y que no dañó a terceros ni perjudicó el bien jurídico protegido que es la salud pública (Borzi y Marini, 2009).

Por último, y a modo conclusivo la Corte Suprema de Justicia insistió en que era necesario que los Poderes Públicos desarrollaran una Política de Estado, en contra del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, desarrollando medidas que vayan destinadas a proteger la salud pública, difundiendo información educativa acerca del consumo de sustancias y el daño que ocasionan. Por lo tanto, se considera que con el simple hecho de declarar inconstitucional el artículo 14 de la Ley 23.737¹⁰⁹ no es suficiente para que esta actividad sea efectivamente contenida, es necesario que el Estado desarrolle políticas que vayan dirigidas a luchar contra el narcotráfico.

De igual manera, la Ley 21.422¹¹⁰ no ha estipulado la licitud del uso personal de los estupefacientes pues debe mencionarse que entre las figuras que incorpora en las legislaciones nacionales represivas está la tenencia legítima de estupefaciente en una redacción similar a la dispuesta por el artículo 6 de la Ley 20.771¹¹¹.

Además de ello, este acuerdo solo contempla un carácter declarativo, en el cual los países signatarios se comprometen a adoptar las medidas que el sugiere con el fin de informar los instrumentos de la lucha en contra del tráfico y el uso indebido de estupefacientes. Empero, no es razonable sostener que el hecho de tener drogas en el poder, por los antecedentes y los efectos que supone esa conducta no trasciende de los límites del derecho a

¹⁰⁹ Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹¹⁰ Ley N° 21.422. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1976.

¹¹¹ Artículo 6. Ley N° 20.771. Tenencia de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

la intimidad, que está protegida por un mandato constitucional¹¹².

2.3 Objeto protegido.

En el fallo Arriola se afirma de manera menos ambiciosa y tajante sobre la autonomía, lo que se desprende es que tengan aparejado el peligro específico o un daño a los derechos o bienes de terceros. En este fallo se presentaron argumentos que favorecían la lectura expansiva de la protección autónoma, que incluso hace que sea una interpretación concluyente. El objetivo de la Corte se consiguió, se duda que ante la cautela, los medios tonos y la pluralidad de las opiniones que presenta el fallo sea posible que se extraiga una regla clara y eficaz. En razón de ello, se debe llamar la atención acerca de las consecuencias de considerar algunas afirmaciones del fallo, muy especialmente a la adhesión a la opinión minoritaria de Petracchi y Bazterrica.

En este punto se hace énfasis en la interpretación expansiva de Arriola que se encuentra en el considerando 10, que reivindica el fallo Bazterrica, aunque se adhiere a las razones del voto de Petracchi. En esa opinión Petracchi se basaba en una lectura amplia, del artículo 19 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, inspirado en este último voto, propondrá un argumento constitucional, basado en el ideal de la igualdad democrática, el cual sirve de apoyo para la lectura expansiva, libertaria de Arriola.

Esta igualdad democrática asevera que un objetivo de la interpretación constitucional a cargo de la justicia para fortalecer la convivencia entre iguales buscando a que el estado abandone sus hábitos represivos. Este ideal fortalece los argumentos más abstractos basados en el rechazo del perfeccionismo y del utilitarismo. La perspectiva de la igualdad democrática es sensible a la experiencia de la historia que hace referencia a la represión de la tenencia para el consumo en el país. Esa experiencia otorga diversas razones adicionales para ser suspicaz de la delegación al estado de la competencia tan riesgosa para la vigencia de los derechos como la considerada en así normas que penan la tenencia para el consumo.

Cabe destacar que, la guerra contra de las drogas es algo más que la consagración de la pauta perfeccionista y su carácter cuestionable que va más allá de los componentes utilitaristas. En este sentido, si el argumento de la igualdad democrática es aceptable, es muy

¹¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Colavini, Ariel”, Sentencia del 28 de marzo de 1978. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>.

útil debido a que Arriola encarna el ideal de la igualdad democrática, por lo cual se tiene una reivindicación de un nuevo Bazterrica, fortaleciendo los fundamentos expansivos de Petracchi.

De esta manera, dos series de precedentes deben abandonarse, primeramente, la progenie de Bazterrica que es una línea de decisiones emitidas antes de Montalvo por la Corte pre-menem, que redujo al mínimo la potencia liberal de Bazterrica, y fallos como los dictados por tribunales inferiores luego de Arriola. Por lo tanto, una reivindicación tibia de Bazterrica es compatible con las decisiones tomadas por la Corte entre 1987 y 1989 que limitó de forma dramática el alcance de Bazterrica, y es compatible con las decisiones restrictivas tomadas por la Cámara Penal Federal a poco de resuelto el caso que se comenta (Alegre, 2011).

2.4 Consecuencias jurídicas.

En este punto se debe resaltar el principio de reserva que complementa el principio de legalidad establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹³, el cual expresa que las acciones privadas de los hombres que no ofenda el orden y a moral pública, ni afecte a un tercero, se reservan solo a Dios y se encuentran exentas de la autoridad de los Magistrados. Por lo cual, ninguna persona que habita en el país puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de que ella no prohíbe.

Este principio configura la manifestación de la garantía de la legalidad, que responde al requerimiento de racionalidad, en el ejercicio del poder, que nace del principio republicano de gobierno. Esto en base a los artículos 18y 19 de la Constitución Nacional¹¹⁴, esto surge de la ley que es la única fuente de conocimiento de la Legislación Penal.

En este sentido, el principio de legalidad y el principio de reserva, son el anverso y el reverso de la misma moneda, pero es necesario hacer una distinción entre ellos, porque se enuncian con diversos destinatarios. Debido a que el principio de legalidad tiene vigencia en el ámbito penal, el principio de reserva solo se aplica a las disposiciones de autoridad que tenga facultad de obligar o de privar (Yacobucci, 2004).

Es importante resaltar que, el principio de reserva hace referencia la facultad del hombre dentro de lo aceptado, es decir, lo que no se encuentra prohibido por el ordenamiento

¹¹³ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

¹¹⁴ Artículos 18 y 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

jurídico, sin que la conducta acarree sanción. Esta es una garantía del individuo ante el órgano de la legislación penal, que no puede asignar una pena a una conducta que se encuentre permitida por el ordenamiento jurídico.

También se debe resaltar que, el artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹⁵ presenta dos principios el de reserva propiamente dicho, que asegura al no persecución de las acciones que estén dentro del margen permisivo de la ley que asegura la zona de libertad que no puede reducir la ley. El primero es una garantía frente al legislador penal y el segundo representa la garantía ante el legislador en cualquier materia que legisle.

De esta manera, se limita la potestad de punir y el segundo la de prohibir el legislador no puede prohibir las acciones comprendidas en el ámbito de la libertad que la constitución deja al individuo. Esto es consecuencia de los principios de legalidad y de reserva. El principio de legalidad y el de reservan le brindan características a la ley penal. Por lo cual, la ley tiene que ser escrita, debido a que es la única forma en que se permite conocer con certidumbre lo prohibido y lo permitido. Esto debe ser antes del hecho que se juzgue, es decir, al encontrar vigente cuando la persona haya realizado la conducta. Por su parte, es estricto porque se necesita de la descripción de la conducta con la pena establecida a ella y deben exponerse la ley sin ambigüedades que obstaculicen el conocimiento por parte de los destinatarios de ella (Marzano, 2004).

En razón de ello, se ha intentado colocar en manifiesto que el principio de la proporcionalidad que actúa como una regla de intimación de las diversas instancias de la configuración de la Política Criminal. En este sentido, cuando se hace referencia a la legitimación, se debe decir que la razonabilidad de las medidas adoptadas en el ejercicio de la potestad penal del estado es una exigencia básica para poder fundamentar cualquier avance sobre la esfera de las libertades personales.

A partir de allí, el principio de proporcionalidad ejerce esa consideración legítima de una gran tendencia crítica debido a que obliga a los funcionarios, legisladores y magistrados para ponderar con criterio prudencial al importancia de los bienes en la sociedad y los personales colocados en juego por los instrumentos penales.

Por lo tanto, desde esa perspectiva el poder judicial adquiere un rol importante a la hora de evaluar el sentido jurídico la actividad solo política de las diversas esferas del poder

¹¹⁵ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

asumiendo el objetivo de la adecuación entre los intereses comunitarios y el resguardo del ámbito de libre desarrollo de la persona (Yacobucci, 2004).

Conclusión.

La interpretación del caso Arriola¹¹⁶ debe estar acorde con dos clases de objeción. De acuerdo al primer tipo de cuestionamientos, Arriola aparte de ser una decisión más ambiciosa que Bazterrica es un fallo más restrictivo. Por lo tanto, resulta que la regla de Arriola solo se aplica a algunos casos, sin que se pueda extender a las conductas en público. Asimismo, no se comparte ningún argumento porque todos los votos citados con excepción, se reafirma la concepción amplia de la autonomía que excede la mera privacidad. Lo que implica que el carácter del consumo es intrascendente a excepción de que se trate de una imposición y el hostigamiento a los terceros.

Por otro lado, el fundamento de los jueces en este caso fue el hecho de que Ernesto Alfredo Montalvo¹¹⁷ tenía en su poder 2,7 gramos de marihuana en circunstancias en que era llevado detenido en un automóvil de alquiler en conjunto con Jorge Monteagudo como sospechoso del delito de hurto sustracción de dólares. En el fallo Arriola se afirma de manera menos ambiciosa y tajante sobre la autonomía, lo que se desprende es que tengan aparejado el peligro específico o un daño a los derechos o bienes de terceros. En este fallo se presentaron argumentos que favorecían la lectura expansiva de la protección autónoma, que incluso hace que sea una interpretación concluyente.

Cabe destacar que, el objetivo de la Corte en el caso Arriola ante la cautela, los medios tonos y la pluralidad de las opiniones que presenta el fallo sea posible que se extraiga una regla clara y eficaz. En razón de ello, se debe llamar la atención acerca de las consecuencias de considerar algunas afirmaciones del fallo, muy especialmente a la adhesión a la opinión minoritaria de Petracchi y Bazterrica. Por su parte, el principio de reserva que complementa el principio de legalidad establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹⁸, el cual

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola”, Sentencia del 25 de agosto del 2009. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Montalvo”, Sentencia del 11 de diciembre de 1990. Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>

¹¹⁸ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

expresa que las acciones privadas de los hombres que no ofenda el orden y a moral pública, ni afecte a un tercero. Además, el principio de reserva hace referencia la facultad del hombre dentro de lo aceptado, es decir, lo que no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico, sin que la conducta acarree sanción.

Asimismo, se destaca que el fallo Montalvo¹¹⁹ basó sus principales argumentos en analizar el artículo 19 de la Constitución¹²⁰, argumentando que la tenencia de drogas para consumo personal constituye un acto que supera los límites de privacidad establecido en el artículo 19¹²¹. En virtud de ello la Corte señaló que el precitado artículo no debe interpretarse de manera tal que este tipo de hechos encuadren como un acto de la vida privada. Por lo tanto, este tipo de actos (consumo de estupefacientes) queda excluido del ámbito de aplicación del artículo 19¹²², por constituir actos que ofenden la moral y de una manera u otra perjudica a terceros. Este argumento se basó en lo dispuesto en el fallo Colavini¹²³, quienes sostuvieron en términos generales que es imposible pensar en que el hecho de tener estupefacientes en su poder, debido a los efectos que ellos ocasionan a la conducta humana, no supera los límites de la privacidad previstos en el precitado artículo. Sin embargo este postulado fue desvirtuado totalmente por el fallo Arriola¹²⁴, en el cual se defendía la posición impuesta por el artículo 19 de la Constitución¹²⁵. Por lo tanto, se argumentaba que el juez debería analizar cada caso, para determinar si la conducta asumida por el ciudadano en cuestión constituía un acto de la vida privada, sin embargo este hecho estaba limitado a la circunstancia que no afectara a un tercero. Este argumento es muy discutido por la doctrina puesto que muchos autores consideran que resulta impensable que una persona drogada pueda mantenerse en sus cabales para no realizar actos que puedan afectar a terceros. Esta afirmación se sustenta en que está demostrado que las personas drogadictas asumen conductas en las que ellos mismos no tienen control de sus acciones. (Capponcelli 2011).

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

¹²⁰ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹²¹ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹²² Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Colavini Ariel Omar s/infracción Ley. 20.771 (estupefacientes). Sentencia del marzo 28 de 1978.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

¹²⁵ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Capítulo 4: Constitucionalidad de la Ley 23.727.

Introducción.

En el presente capítulo se analizará el caso Arriola, para lo cual se mencionará el debate de las posturas críticas de diversos autores acerca de los límites a ese fallo. En primer lugar, se mencionará cuál es la política criminal de la nación y las mejoras que deben llevarse a cabo al respecto, y lo relativo al consumo problemático de estupefacientes de acuerdo a distintas posturas.

Aunado a ello, se resaltarán todo lo relativo al principio de la autonomía de la voluntad, que es lo que abarca, cuáles son sus límites y su fundamento legal, en la Constitución Nacional y en la Ley 23.727¹²⁶. Asimismo, se mencionará lo relativo al principio de legalidad. En este punto, se analizará la causa Ashworth¹²⁷ y la determinación de la inconstitucionalidad de la Ley 23.727¹²⁸.

¹²⁶ Ley N° 23.727. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de septiembre de 1989.

¹²⁷ Cámara Federal de la Plata, “Ashworth”, Sentencia del 23 de julio de 2010. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

¹²⁸ Ley N° 23.727. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de septiembre de 1989.

Finalmente, se hará un análisis crítico sobre el caso Arriola. De acuerdo al primer tipo de cuestionamientos, Arriola aparte de ser una decisión más ambiciosa que Bazterrica es un fallo más restrictivo. Asimismo, se resaltaré que luego de la declaración de inconstitucionalidad formulada por la CSJN en el caso Arriola.

3.1 Política criminal y consumo problemático de sustancias estupefacientes

Es importante tener claro que el Estado argentino debe mejorar las políticas públicas que se encuentran vigentes y buscar ajustar sus esfuerzos a los estándares de las normas internacionales de los derechos humanos. Esta materia contempla la sistematización criminal de los usuarios de drogas de forma general.

Por su parte, en el Fallo Arriola, los consumidores de *cannabis* fueron absueltos, debido a que de acuerdo a lo expuesto en la Corte Suprema de Justicia, es considerado inconstitucional el penar la tenencia simple para el consumo personal. Una de las principales conclusiones de esa investigación es la necesidad de llevar a cabo un examen profundo de la experiencia y del intercambio con los representantes comunitarios, políticos, empresarios, científicos tanto en Argentina como de los otros países. En aras de señalar los límites y potenciales de la regulación del cannabis como una estrategia para disminuir el narcotráfico, debido a que se demostró que constituían el 75% de los usuarios de drogas (Sclani, 2016).

Además, es importante reconocer un área de vacancia en política pública y en las investigaciones científicas argentinas que consideren ese nuevo paradigma desde un punto de vista multidisciplinario, ya sea social, económico, psicológico, preventivo, político, y judicial. Por lo cual, debe reformularse la legislación y capacitarse desde la reducción de los daños a las personas que aplican procedimientos e intervenciones desde el Estado para poder garantizar el efectivo goce de los derechos para los ciudadanos y la accesibilidad para los usuarios de cannabis (Sclani, 2016).

Cabe destacar que, le compete al Estado investigar cuales son las estrategias posibles para disminuir el poder económico del narcotráfico del cannabis, como así también, la corrupción en los agentes estatales de control ya que es importante supervisarla en todos los niveles. También, le compete al Estado permitir demandas realizadas por las agrupaciones

que consumen *cannabis* nucleados por las ciudades que reclaman la vulneración de los derechos, de los riesgos de tener que comprar de manera ilegal, situación que agudiza si se contemplan jóvenes de los barrios pobres.

En este sentido, la mal denominada guerra contra las drogas se fundamenta en las prohibiciones en la que se apoya la Ley de Estupefacientes¹²⁹, que aún se encuentra vigente. Dicho texto legal criminaliza y discrimina a los usuarios, en los casos en que el Estado debe garantizar los derechos como ciudadanos y luchar en contra del crimen organizado y la corrupción de la producción ilegal a gran escala (Sclani, 2016).

Es importante resaltar que, el consumo de los tóxicos existe desde hace muchísimos años. Sin embargo, el gran incremento del mismo en el siglo XX, se constituye como un flagelo para el mundo. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud adopto la voz toxicómana como una forma comprensiva sobre las drogas o estupefacientes, y estos son especies de ella. En este sentido, la toxicomanía significa manía o adicción a los tóxicos, las drogas o los estupefacientes que son sustancias que pueden producirla.

Cabe destacar que, aparte de los daños que los tóxicos ocasionan en la salud del consumidos, ellos se consideran como un factor criminógeno *per se*, debido a que generalmente existe una tendencia al incremento de la dosis, ocasionando una dependencia psicofísica. Esto ocasiona que las personas ingieran a la consumación de los diversos ilícitos. Una prueba de esto son los tres efectos importantes de las drogas (Levene, 1985).

Por su parte, el efecto *flash back* se considera como la manifestación sintomática de la droga, hasta un límite de 4 o 5 meses luego del consumo. Esta sintomatología es causada de manera inesperada, lo cual puede producir diversos ilícitos. Por otro lado, el efecto paradójal se produce cuando el tóxico ocasiona un efecto contrario al deseado y el síndrome de abstinencia que se ocasiona por ausencia de toxico en el organismo.

En este sentido, la necesidad de consumir le ocasiona a la persona distintos estados, los cuales llevan a producir ilícitos para procurarse el tóxico. Además de ello, la toxicología existe entre la minoridad. Asimismo, algunos tóxicos convierten también al consumidor, en una víctima de muchos ilícito como el alcohol. Es necesario conocer que el toxicómano es un enfermo, su conducta esta revestida de peligrosidad delictiva (Levene, 1985).

¹²⁹ Ley N° 23.727. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de septiembre de 1989.

Sin embargo, aunque se han hecho esfuerzos y avances de gran trascendencia a lo largo de la última década, la heroína sigue considerándose como la droga que ocasiona mayores problemas sanitarios. No obstante, es difícil determinar si las cifras de prevalencia de consumo de esa sustancia ha incrementado o ha disminuido en los últimos diez años, pero resulta evidente que el uso ha perdido visibilidad en el plano social, y ha sido desplazado en algunos núcleos marginales en los cuales prevalece.

Por otro lado, en el año 2002 el 58,2% de todas las admisiones a tratamiento por los problemas relacionados con el consumo de las drogas que estaban relacionadas con la heroína. Esa sustancia y otros opioides son las drogas que son más frecuentes al encontrarse en los casos de muerte por reacción aguda a las drogas (Galligo, 2012).

En relación al diagnóstico de SIDA relacionados con la inyección, ese indicador descendió de manera importante entre los años 1994 y 2003. Luego del 2001 el ritmo iba en descenso. La infección del virus de la hepatitis B siempre ha estado muy extendida entre los inyectores de droga que prevalece del 20 al 40%. A nivel epidemiológico ese fenómeno puede ser controlado por medio de la vacunación.

La infección por el virus de la hepatitis C (prevalencia del 69%) es uno de los problemas sanitarios más graves en la actualidad para la población, debido a que un 20 % de las infecciones crónicas por VHC evoluciona a cirrosis hepática en 20 a 25 años, y un 1'4% puede desarrollar un carcinoma hepatocelular. Los problemas relacionados con el consumo de cocaína han pasado por un rápido crecimiento, el cual es paralelo al crecimiento de la utilización de esa sustancia en una población general. Las admisiones a tratamiento por esa droga disminuyeron un 25% el total en el 2002. Sin embargo, si se considera solo las nuevas admisiones los pacientes el porcentaje se incrementa a un 41%, especialmente en consumidores por la vía intranasal (Galligo, 2012, p. 22).

Cabe destacar que, actualmente uno de cada dos episodios de urgencia por el consumo de drogas ilegales se vincula con el consumo de la cocaína y la proporción de conductores fallecidos positivos a la cocaína que paso del 5,2% en el año 1999 al 6,8% en 2003. Los tratamientos por abuso o dependencia al cannabis que supone un 10,3% del total 21,3% si únicamente se consideran las nuevas admisiones.

Además, es probable que esa cifra se sobreestime, debido a que es una parte importante de esos tratamientos se relacionan con las sanciones administrativas por el consumo y tenencia de la sustancia en la vía pública. No obstante, en el caso del cannabis como el de las otras drogas del uso recreativo, el uso habitual para darle lugar a los diversos

problemas sanitarios. Se presentaron muchos de los problemas pasan desapercibidos y el ámbito de la atención primaria que se constituye como un marco idóneo para poder abordarse (Galligo, 2012).

Por su parte, el sentido común establece que el consumo problemático contempla las dos últimas categorías de esa clasificación, lo que no se considera en algunas estadísticas, en las que se busca acerca del último mes o el último año la persona consumió alguna clase de drogas, sin tener en cuenta que puede haber una sola vez. Sin embargo, no se puede olvidar que el consumo experimental u ocasional que puede ser problemático si se consume de manera excesiva, aunque sea una sola vez. Lo cual es problemático acerca del consumo como el hecho de perder el control de sí mismo o el incurrir en las practicas del riesgo para el o para los otros, ello bajo los efectos de la sustancia.

Con respecto a la prevención del consumo problemático de las drogas, existen diversas formas sobre la vinculación con las drogas. Cualquiera de ellas puede ocasionar daños a las personas, si se constituye como un uso problemático. Se extrae una definición del concepto del consumo problemático de las drogas, por lo cual se asevera que el uso de las drogas puede ser problemático para una persona cuando este afecta de manera negativa, de forma ocasional o crónica a una o más áreas de la persona. Estas son la salud física o mental, sus relaciones sociales primarias (familia, pareja, amigos) sus relaciones sociales secundarias (trabajo, estudio) y sus relaciones con la ley (Kornblit, Camarotti, Di Leo, 2016).

3.2 El principio de autonomía de la voluntad

El principio de autonomía de la voluntad se encuentra establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹³⁰. El texto establece que las acciones privadas de los hombres que de ninguna manera ofenda el orden y la moral pública, ni afecte a un tercero, se reservan a Dios y se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados. Este es un límite del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional¹³¹ ninguna persona de la Nación puede ser penarse sin un juicio previo basado en la ley anterior al hecho del proceso, y tampoco puede ser juzgado por las comisiones especiales o sacado de los

¹³⁰ Artículo 19, Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

¹³¹ Artículo 18, Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Es importante resaltar que, el Estado no puede imponer una moral y las penas no pueden recaer sobre las conductas de autonomía moral que la Constitución Nacional¹³² garantiza, sino sobre las que afectan el ejercicio de esa autonomía ética, debido a ello, se pena al que estafa o hurta, pero no al que lapida su fortuna, ya sea en obras de caridad o en un casino.

Lo antes mencionado se debe a que esa elección se reserva a la conciencia (moral o no), es esta la razón que impide la injerencia de los jueces a la conociendo, debido a que solo existen delitos cuando se afectan bienes jurídicos ajenos. Ello se vincula con el concepto del Derecho Penal, el cual es el conjunto de normas que se encargan de proteger los bienes jurídicos que se encuentran penalmente tutelados con sanciones graves que son de privación de libertad, multa, inhabilitación, entre otros.

Cabe destacar que, el Derecho Penal es fragmentario, y no contempla todas las situaciones, se encarga es de proteger los intereses valiosos de la sociedad, que se denominan bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son entes que las personas y la sociedad los considera indispensables para conseguir vivir en sociedad, y el derecho penal es el conjunto de normas que se encargan de proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados que tienen sanciones graves.

Esta libertad de conciencia estipulada en la primer parte del artículo 19 de la Constitución Nacional¹³³, se encuentra vinculada con la segunda parte de ese mismo artículo que establece que ninguna persona podrá ser obligada a hacer lo que no demande la ley, ni puede privarse de lo que ella prohíbe. Este principio se denomina principio de reserva del que fluyen dos consecuencias.

Una de las consecuencias es que, el único órgano que puede imponer obligaciones a las personas es el Congreso, por medio de una Ley. En este sentido, la ley se configura como la fuente del derecho penal. En razón de ello, será nula la pena sin ley. La otra consecuencia es, que la persona se faculta para hacer todo lo que la ley de manera expresa no prohíba. Es decir, la situación normal de la persona es la libertad, y esa libertad solo puede restringirse por

¹³² Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

¹³³ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

medio de una ley.

Por su parte, el principio de legalidad contempla la prohibición de la ley *ex post facto*, por lo cual no puede inculpar a una persona que no tenía miedo de conocer que su conducta estaba prohibida, debido a que de hecho no se prohibía su conducta, por lo cual, ninguna persona puede abstenerse de llevar a cabo lo que es prohibido cuando no lo está. En este sentido, el Derecho Penal prescribe el Principio de Legalidad se convierte en un derecho no.

No obstante, si se revierten esas características está conformada por las acciones privadas que se encuentran allí tuteladas. Sin embargo, es difícil conocer hasta donde llega la intimidad personal y donde termina esa, debido a que la libertad de intimidad personal y donde termina esa, debido a que la libertad de intimidad subsiste dentro del marco de ilícito jurídico. El derecho a la privacidad se encuentra justificado en el pensamiento Kantiano de la moral autónoma fundamentada en la razón personal, la autonomía práctica de la conciencia se basa en la dignidad del hombre y la responsabilidad frente a él y a los demás (Mazzini y Perez, 1991).

En este sentido, la tutela estatal para impedir la autolesión proviene del hecho de que ninguna persona se encuentra completamente aislado, el daño se extiende a las personas más cercanas como familiares, amigos, entre otros. Por lo tanto, se concluye expresando que a pesar de la dureza de la Ley de Estupefacientes¹³⁴ y a lo discutible de algunos de los artículos del tráfico de droga no cede, de esta manera se debe encarar el problema desde el ángulo quizás más permisivo (Mazzini y Perez, 1991).

Cabe destacar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los recursos extraordinarios de Bazterrica y Copalbo del 29 de agosto de 1986, y decidió sobre la tenencia de estupefacientes para el con el consumo propio, no es punible. Para esa tesis, la tenencia de estupefacientes, fue castigada por el artículo 6 de la Ley 20.771¹³⁵, es una conducta privada. De acuerdo a lo expuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹³⁶ está exenta de la autoridad de los magistrados, para los cuales, el tenedor de droga es considerado intocable jurídicamente. Esta acción se reserva al juicio de Dios. Esos juristas solo admiten que los jueces dispongan de medidas curativas para el tenedor consumidor (Nuñez, 1986).

¹³⁴ Ley N° 23.727. Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de septiembre de 1989.

¹³⁵ Artículo 6. Ley N° 20.771. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

¹³⁶ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

Por otro lado, una tesis opuesta estipula que la tenencia de estupefacientes para el uso personal, el cual puede configurar un delito en contra la salud pública. Estos como consecuencia del peligro potencial que implica la salud general de la región. Por lo tanto, esta acción debe ser punible. Por lo cual, penar la tenencia de los potenciales daños que puede ser ocasionados, porque no tiene justificado para los juristas de la Corte.

Esto significa que se debe negar la posibilidad de la existencia de delitos de peligro potencial. Esto significa que se debe negar la posibilidad de la existencia de delitos de peligro potencial. Esa tesis también considera que la prevención penal de la tenencia, no solo es un remedio eficiente para ese problema. Ello implica que se deben inmiscuirse en las funciones particulares de los otros poderes. La eficacia o ineficacia de una pena, es una cuestión de política criminal, de decisión del Poder Legislativo. Asimismo, el error o el acierto, no puede examinarse por los jueces al juzgar los casos concretos (Nuñez, 1986).

Por otro lado, el ámbito de intimidad deriva del derecho a la dignidad que tiene toda persona. De igual manera, se garantiza que el artículo 19 de la Constitución Nacional¹³⁷ y es un espacio de libertad individual frente a los avances del poder estatal. Los fallos antes mencionados incursionan en el plano de la intimidad, estableciendo la injerencia del Estado, en la actividad del individuo.

De esta manera, se determina un espacio de libertad que no puede ser invadido por el Estado. Por lo cual, se discute la constitucionalidad del artículo 6 de la Ley 20.771¹³⁸. De igual manera se reprime la tenencia de estupefaciente para el uso personal. Ese delito de peligro potencial, se fundamenta en el juicio de valor del Congreso. Por lo cual, ese juicio en principio es irrevisable, no le corresponde al Poder Judicial, pronunciar sobre la eficacia o ineficacia de las leyes (Ekmekdjian, 1986).

Empero, esa es una conducta privada, mientras no exista un peligro concreto para la salud pública, su incriminación resulta irrazonable. Debido a que el Estado se esta inmiscuyendo en el ámbito de la libertad individual, afectando esa garantía. También debe sancionarse la mera tenencia, no contribuye a luchar el consumo de las drogas ni la propagación. Esto es para que exista incriminación necesaria de la existencia concreta del

¹³⁷ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

¹³⁸ Artículo 6, Ley N° 20.771. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1974.

peligro para la salud pública. La medida del ámbito de la intimidad, depende de forma fundamental de las formas de vida aceptadas por la comunidad (Ekmekdjian, 1986).

3.3 Críticas al Fallo Arriola

Debemos tener en cuenta que durante la transición de los dos fallos (Arriola y Montalvo) se derogó la Ley 20.771¹³⁹ por la Ley 23.737¹⁴⁰ hoy en día vigente. En la derogada Ley 20.771¹⁴¹ analizada y aplicada en el Fallo Montalvo¹⁴², se contemplaba que la conducta no debía trascender a terceros. Su fundamento se encontraba en que una vez que los poderes públicos determinaran el daño que podría ocasionarse por sustancias estupefacientes, constituía una razón para considerar que la intimidad defendida por el artículo 19¹⁴³ era trascendida. Sin embargo este argumento es refutado en el fallo Arriola¹⁴⁴ puesto que la Corte argumenta que el juez como director del proceso es quien debe determinar si tal conducta trasciende o no los límites del artículo 19¹⁴⁵. Y alegando además que la norma constitucional nunca debe ponerse en segundo plano en relación a otra norma (Baquela, 2014).

Asimismo, se destaca que es el Estado quien debe intervenir para lograr una contención efectiva del consumo de estupefacientes, ya que desarrollando políticas destinadas a combatir la misma se estaría logrando que la persona no consumiera y por lo tanto no realizara actos antisociales, ni atentara contra su propia integridad

Este argumento fue seguido en el fallo Montalvo¹⁴⁶ y por consiguiente contradicho en el fallo Arriola¹⁴⁷, en el fallo Montalvo¹⁴⁸ se expresó que el Estado no podía ignorar el hecho de la drogadicción, es decir, no se le puede decir a un individuo que está bien que se drogue y que a la Ley en nada le interesa. En este sentido la Corte señaló que las drogas producían grandes daños tanto a la persona que la consume como a su familia, y las personas que lo rodean. Por lo tanto, todo acto que realice el Estado para combatir esta actividad y prevenir que la persona siga haciéndose daño no debe ser considerado como invasión a la privacidad

¹³⁹ Ley 20.771 de 1974. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁴⁰ Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁴¹ Ley 20.771 de 1974. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

¹⁴³ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

¹⁴⁵ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Montalvo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990.

del individuo. Mientras que en el fallo Arriola¹⁴⁹ se argumentaba que, cada ser humano tiene la libre convicción de hacer de su vida lo que quiera, por lo tanto el artículo 19 de la Constitución¹⁵⁰ garantiza esta libertad. Sin embargo, a pesar de esto, que una persona consuma estupefacientes no quiere decir que tal libertad se vea afectada, ya que ello no requiere la intervención punitiva del Estado. Aunado a ello el derecho de cada individuo a tener intimidad así como salud, están protegidos por la Constitución, y la Ley 23.737¹⁵¹ los violenta, ya que este problema no pertenece al ámbito del derecho penal sino que se trata de un problema de salud. Por lo tanto, no debe encarcelarse a las personas que consuman drogas sino más bien tratarse, desarrollando programas que ayuden a combatir más el narcotráfico y ayuden a los afectados quienes en realidad son víctimas.

Asimismo en el fallo Arriola¹⁵², se establece un punto muy importante, y es que la solución al consumo de estupefacientes no se encuentra enlazado al Derecho Penal ni a la potestad punitiva del Estado, al contrario se trata de un problema de salud pública que puede ser solucionado con medidas efectivas para la prevención y el tratamiento de las mismas. La solución está en lograr funciones coordinadas con los órganos del Estado teniendo en cuenta la política criminal para los narcotraficantes, y respetar el bien jurídico protegido (salud) para consumidores, esto significa que haya una política dirigida a educar a la sociedad acerca de este tema.

De esta manera se puede decir que la penalización hacia los consumidores de estupefacientes se convierte más en un obstáculo que una solución, puesto que con ello se estaría frenando la posibilidad de mejoría de una persona que acceda al tratamiento o recuperación. En este sentido prohibiendo el consumo de estupefacientes no quiere decir que ninguna persona consumirá, ni mucho menos legalizándolo. Empero si se habla de que el consumidor pueda decidir entre mejorar su vida o no, con las políticas y medidas necesarias para lograr combatir este mal puede que el objetivo sea logrado.

Además de ello, se debe resaltar que después de la declaración de inconstitucionalidad formulada por la CSJN en el caso Arriola, continúa la discusión adaptando cada tribunal a su criterio, de acuerdo al leal saber y a conocer que los jueces lo componen. Sin conseguir

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

¹⁵⁰ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁵¹ Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

plasmar hasta la actualidad, una postura que resuelva de forma definitiva ese problema en torno a la figura penal (Capponcelli, 2011).

Conclusión

En primer lugar, se debe resaltar que, el Estado argentino debe mejorar las políticas públicas que se encuentran vigentes y buscar ajustar sus esfuerzos a los estándares de las normas internacionales de los derechos humanos. Esta materia contempla la sistematización criminal de los usuarios de drogas de forma general. Cabe destacar que, le compete al Estado investigar cuales son las estrategias posible para disminuir el poder económico del narcotráfico del cannabis como la corrupción en los agentes estatales de control que es importante el supervisar en todos los niveles. Con respecto a la Prevención del consumo problemático de las drogas, existen diversas formas sobre la vinculación con las drogas. Cualquiera de ellas puede ocasionar daños a las personas, si se constituye como un uso problemático.

Por su parte, el principio de autonomía de la voluntad se encuentra establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁵³. El texto establece que las acciones privadas de los hombres que de ninguna manera ofenda el orden y la moral pública, ni afecte a un tercero, se reservan a Dios y se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados. Este es un límite al principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional¹⁵⁴ ninguna persona de la Nación puede ser penado sin un juicio previo basado en la ley anterior al hecho del proceso. Tampoco puede ser juzgado por las comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

La interpretación del caso Arriola debe estar acorde con dos clases de objeción. De acuerdo al primer tipo de cuestionamientos, Arriola aparte de ser una decisión más ambiciosa que Bazterrica es un fallo más restrictivo. El carácter más moderado de Arriola, que nace primero por la comparación de la descripción detallada de los hechos del caso con la omisión de Bazterrica, y que en los votos de seis de los jueces se ve limitada la protección de la Constitución. Por ejemplo por medio de la frase en condiciones que no traigan aparejado el peligro específico o un daño a los derechos o bienes de terceros. Por lo tanto, resulta que la

¹⁵³ Artículo 19. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

¹⁵⁴ Artículo 18. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.

regla de Arriola solo se aplica a algunos casos, sin que se pueda extender a las conductas en público.

Conclusiones Generales.

Se puede observar del desarrollo del presente trabajo como entran en juego libertad personal, el principio de reserva y el de legalidad, todos en puja ante la temática vinculada al consumo de estupefacientes, lo que trae aparejado un gran debate para la sociedad. Además,

se termina vinculando con una cuestión de fondo de radical importancia, como lo es la política estatal contra el narcotráfico. Es importante tener claro que el Estado argentino debe mejorar las políticas públicas que se encuentran vigentes y buscar ajustar sus esfuerzos a los estándares de las normas internacionales de los derechos humanos. Esta materia contempla la sistematización criminal de los usuarios de drogas de forma general

Además, es menester reconocer un área de vacancia en política pública y en las investigaciones científicas argentinas que consideren ese nuevo paradigma desde un punto de vista multidisciplinario, ya sea social, económico, psicológico, preventivo, político, y judicial. Por lo cual, debe reformularse la legislación y capacitarse desde la reducción de los daños a las personas que aplican procedimientos e intervenciones desde el Estado para poder garantizar el efectivo goce de los derechos para los ciudadanos

Por su parte, se concluye que el principio de autonomía de la voluntad se encuentra establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, cuyo texto establece que las acciones privadas de los hombres que de ninguna manera ofenda el orden y la moral pública, ni afecte a un tercero, se reservan a Dios y se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados. Estas implican un límite al principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, siendo el principal requisito de existencia de una norma penal la presencia de un bien jurídico protegido, lo cual es entendido como aquella situación u objeto que la ley busca salvaguardar de cualquier conducta o situación que pueda lesionarlo. Es por ello que, se sostiene que el bien jurídico protegido por la Ley 23.737 es la salud pública.

Como se ha señalado, a raíz del reciente Fallo Arriola se ha generado un debate, que tiene como núcleo la tenencia de las sustancias ilícitas con fines de consumo personal, enmarcando tal posesión en lo previsto por el artículo 19 de la Constitución argentina, donde se excluye de la voluntad de los magistrados los actos meramente personales. Se realiza un abordaje de si esta situación forma parte de la cadena productiva de las mismas. Dicho debate que busca ubicar o separar el consumo personal de la cadena productiva de las sustancias ilícitas se encuentra profundamente vinculado a la finalidad perseguida por el Régimen Penal de Estupefacientes,

La pregunta de investigación apuntó a responder si la finalidad de la legislación era controlar, disminuir o suprimir el proceso que llevan los estupefacientes a su disponibilidad en la sociedad. Y si posible separar ese proceso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Respecto a esta interrogante, se encontró que la legalización de la tenencia de estupefacientes constituía un camino difícil debido a los precedentes anteriormente publicados en esta materia. Sin embargo esto cambió con la promulgación del fallo Arriola¹⁵⁵, donde en términos generales se legalizó el consumo de estupefacientes para uso personal, pero con una limitación, que tal actividad no afectara a terceros. Con esta decisión la intención de la Corte fue proteger lo establecido en el artículo 19 de la Constitución relativo a la privacidad de los actos de cada persona, para darle primacía a lo establecido en la constitución en relación a las normas inferiores. Aunado a ello, en cuanto a la problemática del consumo de estupefacientes para uso personal sobre si es legal o no, quedó demostrado que nació desde la promulgación de las primeras normas. En esta materia la legislación ha sido muy variante con el pasar de los años, debido a las decisiones contradictorias unas de las otras que se fueron promulgando y que como hemos visto aún no han logrado afianzarse. Es por ello que puede decirse que el precedente Arriola constituye un punto de partida para la no judicialización de los consumidores, ya que el mismo determinó que la tenencia de estupefacientes no revestía carácter penal siempre y cuando tal acto no afectara a terceras personas.

Asimismo, se confirma la hipótesis la cual refiere a que el Régimen Penal de Estupefacientes, no puede estar separado, en ninguna forma, del bien jurídico protegido. Puesto que el ordenamiento jurídico argentino, en su desarrollo y evolución, ha estado sometido a diversas modificaciones que no han culminado y que persiguen la consolidación del Régimen Penal de Estupefacientes como una ley penal que persigue la salvaguarda de la Salud Pública. Sin embargo, aún se encuentra en la búsqueda del método más adecuado. Es por ello que la actividad legislativa han derogado y modificado diversos artículos de la ley 23.737, con la finalidad de encontrar la solución más adecuada a la finalidad perseguida, comprendiendo la dimensión social, cultural y económica de la situación atendida.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Fallo Arriola. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

En este orden de ideas no cabe duda que debe darse prioridad a lo establecido en la Constitución y no a lo previsto en el artículo 14¹⁵⁶. Sin embargo es necesario que se adopten medidas más eficaces que promuevan avances en la materia para que esto no sea solo letra escrita sino que se cumpla y se vean resultados, ya que no se ha logrado ver la disminución del consumo de estupefacientes, de lo contrario las cifras de consumo aumentarán. Por ende, tampoco se ha logrado que las organizaciones que se encargan del tráfico de estas sustancias sean desmanteladas. Es por ello que para lograr un avance significativo ante esta situación, es menester que se desarrollen las medidas preventivas necesarias que ayuden a combatir esta problemática. Por otro lado se debe reformar la Ley 23.737¹⁵⁷ y debe ser plasmada una norma clara que establezca una política precisa que no desvirtúe el carácter de los consumidores y que reprima de una manera u otra a quien se encargue del narcotráfico de este tipo de sustancias.

¹⁵⁶ Artículo 14 de la Ley 23.737 de 1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁵⁷ Ley 23.737. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Bibliografía.

Doctrina.

- Alegre, M. (2011). Arriola, Bazterrica y la igualdad democrática. Lecciones y Ensayos, Nro. 89: 121-139.
- Ascolani, P., Bertone, D., Canabal, I. y Conrad, C. (2014). “Marihuana en Argentina Historia, rendimiento, usos industriales y terapéuticos de la cannabis sativa”. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar>.
- Bianco, L. y Castro, R. (2014). “Ley N°23.737 Comentada y anotada”. Buenos Aires, Argentina: Edición Digital.
- Ekmekdjian, M. (1986). “Los límites del ámbito de la intimidad individual en dos trascendentes fallos de la Corte Suprema de Justicia dela Nación.” Recuperado de <http://www.lalelyonline.com.ar>.
- Gomez, R. (2013). “La legislación penal argentina sobre drogas. Una aproximación histórica”. Recuperado de: <http://www.aacademica.org>.
- Lai, Gloria (2012). Drogas, crimen y castigo. Proporcionalidad de las penas por delitos de drogas. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- López, J. (1986). “Desincriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal”. <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Mazzini, A y Pérez, M. (1991). “La tenencia de estupefacientes para consumo personal y la garantía de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Núñez, R. (1986). “Los magistrados, pueden intervenir en los casos de tenencia de estupefacientes para uso personal?”. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.
- Puricelli, J. (2000). “La tenencia de estupefacientes para uso personal” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Yacobucci, G. (2004). “Algunos aspectos del principio de dignidad humana en el derecho penal”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/458/2011>.

Legislación.

- Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Conferencia de las Naciones Unidas, Viena, 20 de diciembre de 1988.
- Convenio de Sustancias Psicotrópicas. Conferencia de las Naciones Unidas, Viena, 21 de febrero de 1971.
- Convención Única de Estupefacientes. Conferencia de las Naciones Unidas, Nueva York, 30 de marzo de 1961.
- Ley Volstead, Estados Unidos de America, 28 de octubre de 1919.
- Ley N° 11.179. Código Penal de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 3 de noviembre de 1921.
- Ley N° 11.309. Modificatoria del Código Penal de la República Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 4 de agosto de 1924.
- Ley N° 11.331. Modificatoria del Código Penal de la República Argentina. Boletín oficial de la República Argentina, 13 de agosto de 1926.
- Ley N° 17.567. Boletín Oficial de la República Argentina, 12 de enero de 1968.
- Ley N° 20.771. Régimen Penal de Estupefaciente. Boletín Oficial de la República Argentina, 9 de octubre de 1974.
- Ley N°23.737. Régimen Penal de Estupefacientes. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1989.
- Protocolo que emenda la Convención Única de Estupefacientes de 1961. Conferencia de las Naciones Unidas, Nueva York, 25 de abril de 1972.

- Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919.

Jurisprudencia.

- C.S.J.N., “Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ Infracción de la Ley 20.771”, Sentencia del 11 de diciembre de 1990. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- C.S.J.N., “Arriola, Sebastián y otros. s/ Recurso de hecho Causa Nro. 9080”, Sentencia del 25 de agosto de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- C.S.J.N., “Colavini, Ariel Omar”, Sentencia del 23 de marzo de 1978. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- C.S.J.N., “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”. Sentencia del 20 de agosto de 1986. Recuperado <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Cámara Federal de la Plata. “Ashworth” Sentencia del 23 de julio de 2010. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar>.
- C.S.J.N., “Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, Sentencia 29 de agosto de 1986. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “Chazarreta” Sentencia del 18 de febrero del 2014. <http://www.pensamientopenal.com.ar>.