



**EL TRATAMIENTO PENAL DEL
CONSUMO DE DROGAS EN ARGENTINA.**

Trabajo Final de Graduación.

Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera de Abogacía.

Alumno: Walter Gerardo GONZALEZ.

Nº Legajo: VABG28710.

Fecha de entrega: 15 de Marzo de 2019.

1.- Introducción.

Se enfatiza que el cuerpo legal normativo en la Argentina con relación al consumo de drogas es la Ley de Estupefacientes N° 23.737, que derogó la Ley N° 20.771 del año 1974 y sus modificaciones. Esta norma vigente fue sancionada el 21 de septiembre de 1989, promulgada de hecho el 10 de octubre de 1989 y publicada en el Boletín Oficial el 11 de octubre del mismo año.

El referido texto legal –entre otros artículos- cita ciertos delitos que atentan contra la salud pública de la población, que sienta su pilar como bien jurídico protegido.

Transcurriendo el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en el fallo “Arriola” despenalizando la tenencia para consumo personal, por entender que resultaba contrario al artículo 19 de la Constitución Nacional donde dispone: “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 exenta de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Estas acciones privadas, amparadas bajo el principio de la intimidad constitucional, que no afecten a terceras personas, sumado a que la tenencia para consumo debía establecerse por la “escasa cantidad y demás circunstancias” dejó una zona gris donde luego que el personal de seguridad efectuaran detenciones sobre consumidores de estupefacientes, los jueces resolvían adoptando distintos criterios de los casos que guardaban relación con el aludido fallo de la Suprema Corte.

El problema de investigación que se propone intentará ser profundo en su temática exponiendo como enfoque la despenalización de la tenencia para consumo personal, estableciéndose que este consumo no afecte a terceras personas, y que la tenencia para consumo debe establecerse por la escasa cantidad y demás circunstancias.

En el desarrollo del trabajo del TFG se trataran argumentos a favor y en contra de la despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Por último se elaborará conclusiones finales acerca si se debería modificar la actual legislación vigente que permitan adecuarse a los principios constitucionales.

2.- Argumento.

En nuestro país ha sido condicionada la disputa respecto a la sanción de la tenencia y el uso de drogas y por ello fue menester acudir ante la Corte Suprema para que por medio de su intervención dictaminara su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Fue así que en el ámbito legislativo la mayoría de los proyectos presentados proponen la despenalización de la tenencia para consumo personal, donde resulta tipificada en el artículo 14 en su segundo párrafo de la Ley 23.737.

Es por ello que nos permita augurar que esta investigación es relevante por la problemática “jurídica” planteada respecto al consumo de estupefacientes en nuestro territorio nacional, que nos permitirá formular situaciones problemáticas, como ser:

¿Cómo está regulado en Argentina el consumo de drogas y cuál es el criterio jurisprudencial al respecto?

¿Cuáles son los argumentos jurídicos en el marco del Derecho Penal de nuestro país que despenaliza el consumo de estupefacientes?

La misma nos permitirá plantear el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien en el año 2009, mediante el conocido fallo Arriola, reivindica el derecho a la privacidad de los usuarios de drogas, al declarar inconstitucional el artículo 14 de la ley de estupefacientes que penaliza la tenencia para consumo personal. El fallo menciona que el segundo párrafo, de dicho articulado de la ley 23737 debe ser invalidado, pues trasgrede el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Dado de que ningún fallo judicial puede derogar una ley, esta controversia siguió en manos de los legisladores en procura de la posibilidad de su derogación, cosa que no ocurrió, con lo que en el año 2012 quedó congelado el debate legislativo iniciado.

Fue así que en el año 2017, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), organismo fundado por la Organización de las Naciones Unidas, se sumo con su postura al solicitar al Gobierno Nacional un impulso que permita una discusión legislativa que reconozca la necesidad de una reforma de la ley de estupefacientes.

El debate del año 2012 en la Cámara de Diputados por la despenalización de la tenencia de drogas para el consumo personal no trató de legalizar los estupefacientes sino de evitar que aquellas personas que fueran privadas de su libertad con alguna escasa cantidad de sustancia se les inicie una causa penal. Los oponentes a la despenalización plantean que Argentina es el país en que más se consume marihuana y cocaína. Si se despenaliza, no será necesario consumir a escondidas y automáticamente se consumirá en mayor medida. Asimismo argumentan que existiría una mayor tolerancia social a sustancias que son muy dañinas que pueden derivar en la muerte y que cada vez consumen más los adolescentes a muy temprana edad. Asimismo existe el planteamiento que los delitos son perpetrados por personas que previamente consumió estupefacientes, lo que conllevaría a producirse un acrecentamiento de violencias. Los que bregan por la despenalización acotan que la actual ley solo persigue a los adictos y saturan el sistema judicial. Cabe destacar que la problemática de la adicción debe ser abordada desde la óptica de la salud de la población.

Esto permite plantear que la hipótesis del trabajo será que en el orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal del artículo 14, segundo párrafo de la Ley 23.737, la penalización es inconstitucional.

En ese orden, lo preceptuado en el artículo 19 de la Constitución Nacional señala que sólo pueden ser prohibidas aquellas conductas que afecten “al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero...” permanecen exentas del control de los magistrados. En este orden de ideas, existen una gran cantidad de casos donde las consecuencias de la conducta de un consumidor no permanecen encerradas en su intimidad, sino que se exteriorizan en acciones generando una tendencia a un contagio, afectando de algún modo con ello al orden, a la moral pública o a los derechos de un tercero.

La Corte Suprema de Justicia de la Nacional, a través del “Fallo Arriola” declara inconstitucional lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley 23.737 dejando un vacío legal donde los tribunales inferiores utilizan sus propios criterios que determinan la cantidad de estupefacientes que pesan en la tenencia para el consumo personal.

De lo relatado se llegaría al acuerdo que el bien jurídico que se estaría intentando proteger mediante la prohibición de la tenencia de droga para consumo personal es principalmente el de la salud pública, dado que la tenencia de estupefacientes por parte de los integrantes de la misma, afectaría el estado sanitario de la población.

En otro orden y más precisamente en el ámbito jurisprudencial existieron distintas posturas que la Suprema Corte fue el centro de profundos debates y de diversos criterios acerca de la privacidad y la tenencia de estupefacientes.

En este sentido, al transcurrir el año 1978, en el Fallo Colavini (1), la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que no resultaba inconstitucional la norma que sancionaba severamente el uso de estupefacientes por los comprometidos resultados que afectaban a la sociedad y califico de manera severa el uso de drogas por los graves efectos que la misma produce, prevaleciendo el bien jurídico tutelado por sobre lo estipulado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna. Ofrecido el sumario destaco “No es violatoria de la garantía establecida por el art. 19 de la Constitución Nacional la represión de la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal prevista en el art. 6º de la ley 20.771”.

En el año 1986, con el fallo “Bazterrica” (2), el alto Tribunal declara la inconstitucionalidad del artículo 6º de la Ley Nº 20.771 que penalizaba la tenencia de drogas para uso personal, por el cual se había detenido al ciudadano Gustavo Bazterrica. Fue así que con votos en disidencia de los Ministros José S. Caballero y Carlos S. Fayt, dictaron una supuesta despenalización del uso de drogas en Argentina. En el sumario estableció “El art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Tales limitaciones, genéricamente definidas en aquella norma, son precisadas por obra del legislador, en materia penal es éste el que crea los instrumentos adecuados par resguardo de los intereses que la sociedad estima relevante, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes”.

Fue así que en el año 1989 se sanciona la Ley Nº 23.737, con esta legislación incrimina el uso personal con prisión de un mes a dos años. Se quita al coqueo como acto punible.

1 C.S.J.N. “Colavini, Ariel Omar, s/Infracción a la Ley 20771 estupefacientes” sentencia del 28/03/1978. Fallos: 300:254 (1978). Magistrados: Gabrielli – Rosi – Frias – Daireaux. Publicado Id SAIJ: FA78000004.

2 C.S.J.N. “Bazterrica, Gustavo Mario s/Tenencia de estupefacientes”, sentencia del 29/08/1986. Fallos 308:1392 (1986). Magistrados Belluscio – Bacque – Petracchi – Caballero – Fayt. Publicado Id SAIJ: FA86000507.

Antes de finalizar el año 1990, con el fallo “Montalvo” (3), se retoma el criterio adoptado en “Colavini” al considerar que por tratarse de un delito abstracto, cualquier actividad relacionada con el consumo de estupefacientes, pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la población. Expresa en el sumario que “la garantía de igualdad ante la ley importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales condiciones”. En éste caso se discutió si la tenencia de estupefacientes para consumo personal puede ser una acción alcanzada por el principio de privacidad estatuido en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En el año 2009, con el Fallo Arriola (4), la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de sus integrantes, declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ley N° 23.737, que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, adoptando de esta manera la doctrina establecida en “Bazterrica”. En su sumario acota “el alcance que cabe otorgarle a las “acciones privadas” previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico “salud pública”, ha sido resuelto acertadamente en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) precedente que en los últimos veinte años, se fue transformado en un caso emblemático. Si bien con posterioridad a “Bazterrica”, la Corte dicto otro pronunciamiento in re “Montalvo” (Fallos: 313:1333), que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, el Tribunal, decide apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente y afianzar a respuesta constitucional del fallo “Bazterrica”. La jurisprudencia de la Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en “Colavini” (Fallos: 300:254) se pronuncio a favor de la criminalización; en “Bazterrica” y “Capalbo”, se apartó de tal doctrina (Fallos: 308:1392); y en 1990, en “Montalvo” vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333), y hoy el Tribunal decide volver a “Bazterrica”. En la actualidad, este Fallo fue trascendente dado que dos vendedores de drogas fueron condenados mientras que cinco consumidores quedaron absueltos.

3 C.S.J.N. “Montalvo, Ernesto Alfredo s/Inf. Ley 20.771” sentencia del 11/12/1990. Fallos: 313:1333 (1990) Magistrados Levene – Cavagna Martínez – Barra – Nazareno – Oyhanarte – Moline O’Connor – Fayt. Publicado Id SAIJ: FA90000412.

4 C.S.J.N. “Arriola, Sebastian y otros s/Recurso de hecho causa N° 9080”, sentencia del 25/08/2009. Fallos 332:1963 (2009). Magistrados. Highton de Nolasco – Maqueda – Lorenzetti – Fayt – Petracci – Zaffaroni – Argibay. Publicado Id SAIJ: FA09000059

Cabe mencionar que este pronunciamiento, sentó las bases sobre la imperiosa necesidad de una reforma legislativa ante la situación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, al igual de un cambio en la política de persecución estatal para combatir el flagelo.

En referencia al autor Gustavo A. Beade (5), quien refirió “el uso recreativo de drogas forma parte de nuestra autonomía personal, así como también otras tantas cuestiones que conforman nuestros planes de vida. Es por esto que la utilización de drogas es un asunto privado que bien puede llevarse a cabo en un lugar privado o en un lugar público”. Además agrega que el castigo de la tenencia y el uso de drogas siempre se ajustó a la decisión de la Corte Suprema que declarará su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.

A tal efecto, Federico A. Borzi Cirilli y Lucía Marini (6), refieren entre otras ideas que coinciden con lo sostenido con la Corte, donde ha quedado demostrado que la incriminación del tenedor de estupefacientes no permitió combatir más fácilmente el narcotráfico. Asimismo agrega que en virtud del principio de dignidad humana, este argumento desde siempre desconoció al hombre como fin en sí mismo. Asimismo refieren que Carlos Nino había afirmado que los ideales de excelencia humana no pueden, ni deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar librados a la elección de los individuos; dejando en claro que cada persona tiene derecho a elegir su propio plan de vida mientras no interfiera con el ejercicio de un derecho de otro. En otro orden, destacan que el pronunciamiento de la Corte, no hace más que retomar la línea jurisprudencial por el precedente “Bazterrica”, que fuera desoída por el precedente “Montalvo”, materializando la supremacía de la norma constitucional por sobre la inferior.

Autores como Santiago Inchausti y Juan Mercau (7), refieren que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso “Arriola” no dio muchas pistas de hasta dónde estaba dispuesta a extender los alcances de las acciones privadas protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional. Con el fallo “Raschini” volvió sobre el tema, aplicando la doctrina de “Arriola” al caso de dos hermanos que compartían la tenencia de estupefacientes para

5 Beade, G.A. (2012). *“La tenencia y el uso recreativo de drogas: acerca del interés público y los actos privados”* Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/3831/2012.

6 Borzi Cirilli, F.A. y Marini, L., (2009). *“Es novedoso el fallo? Arriola?? Sobre el nuevo pronunciamiento de la Corte en el tema drogas”*. SAJJ. Id: DACF100013

7 Inchausti, S. y Mercau, J. (2014). *El fallo “Raschini” de la Corte Suprema: un importante mensaje después de “Arriola” respecto de la tenencia compartida de estupefacientes* Thomson Reuters. Cita Online: AP/DOC/1201/2014.

consumo personal en su domicilio. Refieren que con el caso “Raschini” la Corte adopta una postura a la hora de establecer si hay trascendencia peligrosa a terceros cuando la tenencia de droga involucra a más de una persona.

3.- Contra argumento.

La tenencia de estupefacientes para consumo personal se encuentra entre las acciones que atentan el orden, la moral y la salud pública de la población, acciones estas que afectan derechos de terceros.

El principio de reserva destacado en lo estipulado en el artículo 19 de la Constitución Nacional no se encuentra vulnerado con lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley 23.737, dado que esta conducta potencialmente ofenden el orden, la moral y asimismo a la salud pública, demostrando con ello que dicho castigo sea ajustado a la razón, en las posturas existentes entre el bien jurídico protegido y la acción tipificada.

En consonancia con lo expuesto, se trata de una figura de peligro abstracto, dado que no necesita de una específica prueba de un efectivo daño, bastando solamente la existencia de una probable concreción de que ese acto ilícito se desarrolle, para que la misma resulte sancionado como una medida preventiva.

Es de mencionar que en forma paralela a la salud pública se custodia los principios morales dentro del ámbito familiar como también en el aspecto social, salvaguardando a la persona desde su niñez, como sostenimiento de la nación y en idéntico sentido de toda la humanidad.

Resulta necesario afirmar que la ley 23.737 no infringe derecho o garantía constitucional alguna; a la vez que hace hincapié de quienes incursionan dicha conducta tipificada que dentro de dicho cuerpo legal, pueden encontrarse amparados por mecanismos asistenciales que le permitan mediante un tratamiento adecuado, lograr adecuarse a normas sociales de convivencia.

El cuerpo legal instrumenta mecanismos que otorgan diversas facultades procedimentales al Estado, en las cuales permite a los magistrados judiciales enfrentar

diversas opciones que mediante una finalidad asistencial posee un alcance curativo o educativo. Es por lo tanto que el fin es netamente de tipo preventivo, procurando evitar diversos peligros que se presentan con el desenvolvimiento de dicha conducta delictiva.

Surge la imperiosa necesidad que el código de fondo sancione estas conductas, enfocado a la vez en la prevención, todo ello tendiente a evitar daños en forma paralela a la salud pública, a terceras personas y por otro aspecto el de asistir, curar y concientizar a la víctima de adicción en estupefacientes.

La punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal condiciona la posible situación de ingreso al padecimiento a la drogadicción, ya sea por instigación o facilitación de la sustancia ilegal. En idéntico aspecto previene la comisión de otros delitos que pudieran cometer los adictos posteriormente a la ingesta de estupefacientes.

Es sumamente relevante que de no existir interesados en consumir drogas, no cabe duda alguna que no habría el tráfico ilegítimo de drogas, lo que nos conduce a reflexionar que constituye un acto punible el tenedor de droga prohibida quien compone un eslabón necesario para el tráfico de dicha sustancia. Es por lo expuesto que toda legislación debe ir contra el toxicómano y el traficante dado que al complementarse generan un resultado necesario de convivencia entre el hábito vicioso y el negocio clandestino.

En función de lo aquí relatado resulta necesario reforzar toda prevención que se proyecte a individualizar a los adictos con el fin de lograr su recuperación, y de esta manera disminuir la inclusión de nuevas víctimas a la red del consumo.

No debe ser considerado únicamente desde la órbita individual, dado que para su tenencia fue producto de un conjunto de actos de adquisición que claramente se ubica dentro de una cadena de tráfico. Del mismo modo, y por resultar parte del último eslabón de dicha cadena, el accionar de la adquisición de una cosa proveniente de un delito arroja como resultado un hecho ilegal, dado que afectan bienes jurídicos legalmente amparados.

Resulta necesario señalar que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no resulta conducente a una solución pero se direcciona como alternativa viable a la resolución de la problemática jurídica, a pesar que distintas ideologías la consideran de inconstitucional. Considero que la presencia del Estado en el tratamiento del

adicto, significaría que la punibilidad operaría como conducta de prevención en toda la comunidad logrando paralizar la masividad del consumo.

La penalización de la tenencia para consumo personal no viola el principio constitucional de la intimidad, dado que la incriminación protege el bien jurídico de la salud pública que tiene preponderancia por sobre el beneficio particular del individuo.

Transcurriendo la reforma del año 1994 de nuestra Constitución Nacional, donde al elevar el rango de jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, dan por decaído toda interpretación factible que permite direccionar la constitucionalidad de la punición por la tenencia de estupefaciente para consumo personal.

4.- Conclusión.

En función de los datos reunidos y enunciados que guardan relación a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 23.737, el que al integrar el cuerpo legal, enuncia las acciones tendientes a desplegar por el sistema persecutorio y coercitivo del Estado Nacional. En concordancia con el precedente “Arriola”, la Corte Suprema de Justicia Nacional, ha resuelto que ciertas conductas tipificadas con el delito de tenencia para consumo personal que bajo las condiciones de escasa cantidad, contextualizadas dentro de un ámbito de privacidad y por el rasgo del consumidor de estupefacientes, guardan de inconstitucional la aplicación de lo preceptuado en el citado artículo, al resultar amparado por el principio de reserva estipulado en artículo 19 de la Constitución Nacional, en concordancia con la supremacía normativa establecida en el artículo 31 de nuestra Carta Magna.

Resulta digno mencionar que lo resuelto en el citado fallo por nuestro máximo Tribunal evoca que cada caso debe ser tratado de forma aislada para su debida interpretación y adecuación a similares situaciones, sin llegar a constituir una globalizada aplicación a los equivalentes contextos, lo que será objeto de estudio por cada A Quo para la aplicación de la plena vigencia de lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 23.737. Es por ello de la significativa implicancia que posee el fallo “Arriola” dado que representa un precedente ejemplificador de aplicación a seguir por los Jueces de Primera Instancia en el ámbito federal.

Es de imperiosa necesidad destacar que las acciones privadas se encuentran amparadas por la supremacía constitucional del artículo 19, resultando controvertido determinar específicamente que serie de conductas son las que se encuentran sobreprotegidas o desamparadas en cuanto a lo tipificado por el delito previsto en artículo 14 de la Ley 23.737.

Cabe mencionar que la tarea investigativa criminal debe direccionarse en la figura del adicto para consumo personal, para lo que debería enfocar la labor en la búsqueda de diversos tratamientos de rehabilitación en centros asistenciales, como así también a través de la confección de encuestas socio ambientales, de análisis toxicológicos, lo que permitirá establecer el parámetro por las cuales el sujeto adicto se halla inmerso dentro del contexto del consumo personal por la escasa cantidad de la sustancia.

Con el reconocimiento de la figura de la adicción resultará necesario articular los sistemas tendientes para obtener su inmediata rehabilitación, dado que el marco legal enmarca medidas de seguridad curativa consistente en tratamientos de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario.

En otro orden resulta imperiosa lograr adecuar los mecanismos tendientes a obtener una adecuada educación y concientización de los resultados que arroja el consumo de estupefacientes.

Párrafo aparte se vislumbra que en la actualidad existen grandes falencias orientadas en la aplicación de medidas curativas dado la carencia de políticas públicas de centros asistenciales tendientes a la rehabilitación y recuperación de las personas.

Se considera oportuna una conveniente reforma al cuerpo legal investigado a los fines de obtener una precisa focalización de la situación problemática que permita ejercer un eficaz ejercicio jurisdiccional.

5.- Bibliografía.

Beade, G.A. (2012) *“La tenencia y el uso recreativo de drogas: acerca del interés público y los actos privados”* Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/3831/2012.

Borzi Cirilli, F. A. y Marini, L. L., (2009) *“Es novedoso el fallo Arriola? Sobre el nuevo pronunciamiento de la Corte en el tema drogas”*. SAIJ. Id: DACF100013

Inchausti, S. y Mercáu, J. (2014). *El fallo “Raschini” de la Corte Suprema: un importante mensaje después de “Arriola” respecto de la tenencia compartida de estupefacientes”* Thompson Reuters. Cita Online: AP/DOC/1201/2014.

Jurisprudencia

- * C.S.J.N., “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”, Fallos 332:1963 (2009).
- * C.S.J.N., “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, Fallos 308:1392 (1986).
- * C.S.J.N., “Colavini, Ariel Omar s/infracción ley de estupefacientes”, Fallos 300:254 (1978).
- * C.S.J.N., "Montalvo, Ernesto Alfredo P.S.A. Infracción Ley 20771", Fallos 313:1333 (1990).

Legislación.

- * Constitución de la Nación Argentina.
- * Código Penal de la Nación Argentina.
- * Ley N° 23.737. Estupefacientes.