

Universidad Nacional de La Pampa

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y  
JURÍDICAS

Seminario Sobre Aportaciones teóricas y Técnicas  
Recientes

**Título: “El problema de las drogas y  
los límites del derecho penal: el  
camino hacia una legislación  
integral”**

Alumnos:

- Baumann Coronel, Carlos Alejandro.
- Cancelo, Rafael Joaquin.
- Vigne, Fabricio Eugenio.

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo:  
Adaptación profesional de Procedimientos  
Penales.

Encargado del Curso: Dr. Eduardo Aguirre.

Año en que se realiza el trabajo: 2013.

# INDICE

Introducción.....> 5

## **Capítulo 1: ¿Qué se considera “droga”?**

Definición jurídica.....> 8

Etimología de la palabra “estupefaciente”.

– Definición de la OMS.....> 9

– Definición de la Convención Única de 1961 sobre  
estupefacientes.....> 11

– Definición de la Convención de las Naciones

Unidas contra el Tráfico ilícito de 1988.....> 12

## **Capítulo 2: Aspectos históricos**

Historia del consumo de drogas.....> 13

Historia de la prohibición en el mundo.....> 23

Evolución histórica de la legislación específica en  
Argentina.....> 29

**Actualidad**.....> 32

– Síntesis de los proyectos de reforma de la

Ley de Estupefacientes.....> 32

– Coincidencias y diferencias entre los 7  
proyectos similares.....> 33

– Jurisprudencia.....> 38

### **Capítulo 3: Legislación contemporánea comparada**

Reseña del Derecho comparado.....>	49
– Coffe Shops.....>	55
– Autocultivo.....>	56
– Clubes de cultivo.....>	58

### **Capítulo 4: Análisis de diversos aspectos jurídicos**

Límites constitucionales a la construcción de un tipo penal.....>	60
-Principio del acto.....>	61
-Libertad (Art. 19 CN).....>	62
-Delitos de peligro abstracto y delitos sin víctima.....>	65
-Principio de Lesividad del bien jurídico protegido y la ley 23.737.....>	67
Salud Pública.....>	69
Paradoja de la legalidad de algunas drogas.....>	71
La situación carcelaria.....>	76

### **Capítulo 5: Conclusiones**

– Derecho a la Información.....>	79
– Clubes de cultivo.....>	81
– Des-penalización / Legalización.....>	82
– Comercio: control sobre precios y aspectos tributarios.....>	87
– Salud Pública.....>	89
– Programa Nacional de Atención Integral para Usuarios de Drogas.....>	92

– Medidas de seguridad coactivas.....> 95

**BIBLIOGRAFIA.....> 98**

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se aboca a hacer un análisis de la legislación actual sobre drogas en nuestro país y en el mundo, centrándose en proponer temas de relevancia que podrían ser tenidos en cuenta a la hora de modificar la legislación, más precisamente la de nuestro país, dado que en nuestros días es un tema que está teniendo tratamiento en el Congreso de la Nación, con nutridos debates y muy diversas posturas.

Intentaremos contextualizar al lector sobre la situación contemporánea, haciendo primero un recorrido histórico sobre el uso de éstas sustancias por parte del humano, y las diversas reglamentaciones jurídicas que se han ido desarrollando en consecuencia para regular la gran cantidad de aspectos que la temática ofrece.

Iremos desarrollando nuestra postura, que lejos se encuentra de fomentar el consumo de éstas sustancias, sino que nos centraremos en la libertad personal de decidir sobre el propio cuerpo, sin afectación a terceros como se desprende del artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>1</sup>, partiendo para ello también de principios ampliamente aceptados por la doctrina jurídica y de otros campos, como es la de reducción de daños, la que reza sobre la no criminalización del consumidor de drogas, y la que impulsa un mayor protagonismo del aparato de salud del Estado, en detrimento del sistema penal que pareciera no poder hacer frente a este fenómeno,

---

1 Con respecto a la afectación de terceros, Stuart Mill, liberalista, considera que cuando una conducta no afecta los intereses de terceros debe haber perfecta libertad jurídica y social para realizar la acción, y atenerse a sus consecuencias. De acuerdo con Mill: *“Una acción es inmoral si y sólo si sus consecuencias implican más frustración que satisfacción de los intereses y deseos del mayor número de gente”*.

y hasta ser perjudicial a la hora de dar respuestas que beneficien a la salud de la población.

Habiendo dicho eso, queremos agregar que no nos quedaremos con la simple postura de despenalizar el consumo, sino que iremos más allá, proponiendo además una legalización regulada por el Estado, y explicaremos por qué es necesario ir más profundamente en la legislación y de qué manera.

El tema adquiere una relevancia superlativa luego de la década del 70' como veremos luego, donde la cantidad de consumidores de sustancias psicoactivas ha aumentado en grandes proporciones, dejando en descubierto el fracaso de la criminalización de los usuarios, y convirtiendo a ésta temática en un área donde los afectados por las políticas estatales ya no son sujetos aislados, sino un número relativamente amplio de la población.

Todo esto sin desconocer que los cambios normalmente son progresivos y se dan por consenso entre diferentes actores de la sociedad. Por lo tanto antes de llegar a la legalización que se plantea en la presente tesis, es altamente probable que se deba pasar por una legislación meramente “despenalizadora”.

Más allá de eso, muchas de las alternativas que propondremos pueden ser utilizadas tanto en una legislación despenalizadora, como en una que permita no solo el consumo sino también la venta regulada y otras cuestiones relacionadas.

Por eso no podríamos decir en principio que estamos a favor de una u otra postura definitivamente, sino que ambas son diferentes pasos a dar en la legislación y en otros ámbitos para un tratamiento integral y que sirva realmente a la sociedad.

Es nuestro deseo que el lector pueda adquirir un conocimiento un poco más acabado sobre todo lo jurídicamente relevante sobre el fondo de la cuestión, dándole nuevas ideas que hagan que pueda sacar sus propias conclusiones.

Para finalizar ésta introducción, queremos decir que estamos convencidos de que el cambio cultural-educativo de comprensión del fenómeno es igual o más importante que el cambio legislativo por si solo.

Hemos puesto nuestro esfuerzo entonces en que este aporte pueda servir para ambos fines.

# Capítulo 1: ¿Qué se considera “droga”?

Para adentrarnos primeramente en la lectura de la presente tesis, es imprescindible tener en claro qué es una “droga”. O al menos qué es a los efectos de la ley 23.737 y el resto del ordenamiento que involucra esta temática.

## **Definición jurídica de droga:**

Podemos observar que la ley 23.737 (Ley de Estupefacientes) no habla de “drogas”, sino que utiliza en su cuerpo normativo el concepto de “estupefacientes”.<sup>2</sup> No dando algún concepto de estupefaciente tampoco, pero remite inmediatamente a las convenciones de 1961 reformada y 1988 de las Naciones Unidas que haremos mención seguidamente, por el hecho que esas convenciones han elaborado listas de sustancias prohibidas y esa legislación en general es la que el Estado Argentino se compromete a cumplir por haber firmado los pactos y ser parte de las Naciones Unidas.

Cualquier disposición en contrario por parte de nuestro Estado podría tener consecuencias internacionales hoy por hoy.

## **Etimología de la palabra “estupefaciente”:**

La palabra estupefaciente, que se aplica a drogas ilegales no es más que el participio de presente del verbo latino stupefacere

---

<sup>2</sup> Concepto que ha sido definido en el art. 77 del Código Penal Argentino el cual prescribe “...El término "estupefacientes", comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”.

(aturdir, paralizar), compuesto de las raíces del verbo stupere (estar aturcido, paralizado, asombrado) y del verbo facere (hacer, producir).

Del verbo stupere derivan otras palabras como estupor, estúpido, o estupendo (lo que te deja maravillado de asombro, sorprendente).

Del verbo facere proceden infinitos derivados, prefijados y compuestos, como fación, factura, infección, confección, refección, beneficio, etc.

### **Definición de la OMS:**

En conformidad con la CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS los gobiernos de los Estados Miembros tienen la responsabilidad, entre otras, de velar por la salud de sus pueblos. Para contribuir con este propósito y promover la cooperación entre ellos mismos y con otros y proteger la salud de todas las personas, los Estados reunidos establecieron que la Organización Mundial de la Salud es la agencia especializada en la materia.

Una definición clásica dada por la Organización Mundial de la Salud puede servirnos de guía para intentar comprender qué son esas sustancias que llamamos drogas, así como para saber qué actuaciones preventivas podemos realizar:

Dice la OMS: "Droga es toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas."<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Organización Mundial de la Salud, Serie de Informes Técnicos. 1969, N° 407, pág 6. (Sección 1.1).

Entender correctamente esta definición nos dice muchas cosas sobre las drogas:

**Sustancias.** Las drogas son sustancias, lo que excluye de las "drogodependencias" conductas tales como ludopatía, ver en exceso la televisión, videojuegos, etc. Estas conductas de dependencia o adicciones no se establecen con una sustancia o droga.

**Todas:** Tanto las legales como las ilegales: el criterio legal no es válido de cara a la prevención. De hecho, las drogas más consumidas en nuestra sociedad y que causan un mayor número de problemas son el tabaco y el alcohol cuyo uso está permitido.

Por tanto, la prevención, cuando se ocupa de las sustancias insiste principalmente en el tabaco y en el alcohol no minusvalorando los riesgos de su consumo.

**Cualquier vía de administración.** No especifica la vía, pues las drogas pueden ingerirse como por ejemplo el alcohol y los medicamentos, o bien se fuman como el tabaco y la marihuana, otras pueden administrarse por la vía endovenosa (inyectada), y algunas también pueden ser aspiradas por la nariz, etc.

**Puede alterar de algún modo el sistema nervioso central.** Las alteraciones que las drogas pueden causar son muy variadas: excitar (como lo hacen las drogas clasificadas como estimulantes); tranquilizar, eliminar el dolor o aplacar (como lo hacen las drogas clasificadas como depresoras); ocasionar trastornos perceptivos de diversa intensidad (como las drogas denominadas alucinógenas).

**Son susceptibles de crear dependencia ya sea psicológica, física o ambas.**

Todas las drogas pueden generar dependencia psicológica y/o física. De acuerdo con el tipo de sustancia, la frecuencia del consumo y la permanencia en el tiempo.

Ésta es a entender nuestro, la definición más correcta sobre "droga", ya que es la más científica dentro de las que hemos

encontrado de leyes u organismos de trascendencia mundial. Pero no descartamos que pueda existir una mejor definición, que explique cuándo una droga, además de el hecho de “ser droga”, debe estar o no prohibida.

### **Definición de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes<sup>4</sup>:**

Fue la primera convención dictada sobre el tema por las Naciones Unidas.

En su artículo 1, punto 1, inciso j) indica: “Por "estupefaciente" se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas.”

Lo que se podría entender como que alguna sustancia no es estupefaciente por si misma, sino que es cualquier sustancia o cosa que la Convención diga que lo es. No se exige fundamentos científicos para determinar por qué está la sustancia en la ley que la prohíbe, ni tampoco claramente para realizar las clasificaciones en consecuencia.

También agrega un concepto muy interesante sobre qué entiende por consumo en el punto 2 del artículo 1: “A los fines de esta Convención, se considerará que un estupefaciente ha sido "consumido" cuando haya sido entregado a una persona o empresa para su distribución al por menor, para uso médico o para la investigación científica; y la palabra "consumo" se entenderá en consecuencia.

---

4 Firmada en la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York (E.E.U.U.), el 30 de marzo de 1961 (entrada en vigor: 31/05/1967), es el tratado internacional contra la manufactura y el tráfico ilícito de drogas estupefacientes que conforma el fundamento del régimen global de control de drogas.  
[http://www.unodc.org/pdf/convention\\_1961\\_es.pdf](http://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf)

Se puede deducir que lo que se llama “consumo personal” ordinariamente, ni siquiera entra en este concepto de consumo según la Convención, ya que el primero no incluye una entrega a ninguna otra persona, del estupefaciente. Sobre éste punto haremos referencia en las conclusiones de la presente tesis y es fundamental tenerlo en cuenta a la hora de elaborar una política no solo despenalizadora, sino también legalizadora sin violar los tratados internacionales.

**Definición de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de 1988<sup>5</sup>:**

Es la última convención sobre la materia.

En el inciso n) del artículo 1ro dice: Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes;

Y agrega el concepto de “sustancia psicotrópica” en el inciso r) del mismo artículo: “Por “sustancia sicotrópica” se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

---

5 Adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas en Viena (Austria), 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988. (Fecha de entrada en vigor: 11 de noviembre de 1990).  
[http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Normas20Internacionales/convencion%20de%20viena\\_1988\\_es.pdf](http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Normas20Internacionales/convencion%20de%20viena_1988_es.pdf)

## Capítulo 2: Aspectos históricos.

Vamos a hablar en éste capítulo de cuestiones históricas que tienen que ver con las tradiciones, culturas, religiones, etc. porque estamos convencidos que el derecho no tiene que ser algo abstracto, sino que tiene que estar íntimamente relacionado con estas cuestiones de la sociedad, siendo la ley en definitiva una expresión de la voluntad de la sociedad y sus costumbres. Esto es algo que algunas leyes adolecen, lo que genera un descreimiento por parte de la población sobre la fuerza imperativa de la ley, ya que no se cumple, y escasa o defectuosamente se hace cumplir.

Después pasaremos a analizar, para no hacer demasiado extensa la tesis, rápidamente la historia de la legislación mundial.

Una vez que tengamos este panorama veremos la situación legal y jurisprudencial histórica y actual de nuestro país.

### **Historia del consumo de drogas:**

La costumbre de drogarse no es nueva en realidad. Históricamente, el hombre siempre ha consumido sustancias que alteran el funcionamiento normal del sistema nervioso central. El alcohol y los opiáceos fueron los primeros psicoativos empleados con esta finalidad ya alrededor de año 5.000 a.C. Se estima que el cáñamo (*cannabis sativa*) se cultiva en China desde hace 4.000 años. En América, el imperio incaico (andino) sacaba tres cosechas anuales de hoja de coca (*erythroxylum coca lam*) las cuales se utilizaban como analgésico y energizante de uso diario, especialmente, en virtud de la fatiga producida por la altura. En la

sociedad Azteca, igualmente se empleaba la ingestión del hongo llamado teonanacati y el consumo de peyote con fines religiosos<sup>6</sup>

Con fines mágico-religiosos, para huir de la realidad, para hacer frente a los problemas o por la incapacidad para ello, por simple placer o con fines médicos el hombre ha hecho uso de plantas y productos químicos hoy incluidos en el concepto de drogas<sup>7</sup>. Han sido muchas las sustancias psicoactivas empleadas, pero las más difundidas son la cafeína, el tabaco, el alcohol, el cannabis, la cocaína y los opiáceos. Probablemente, el alcohol sea el más antiguo de todos. Las pesquisas históricas no son concluyentes, pero indican que la fermentación de algún fruto o de la miel es el origen remoto del primer psicoactivo.

De hecho, los descubrimientos arqueológicos revelan que las vasijas ya existían en 8.000 a.C. y que, por lo menos, en 5.000 a.C. eran empleadas para almacenar miel<sup>8</sup>. De ahí se deduce que la miel fermentada y diluida en agua (aguamiel o hidromiel) haya sido el primer vino para consumo humano<sup>9</sup>. Desde entonces el alcohol ha formado parte de la vida humana: Las bebidas fermentadas eran muy frecuentes en todas las comunidades y las bebidas fermentadas se convirtieron en artículos importantes de comercio colonial, después de las grandes navegaciones. Por último, durante el siglo XX se ha producido el fenómeno de la globalización de los patrones de consumo, especialmente después de la segunda Guerra mundial,

---

6 GANZENMÜLLER, C. y otros, *Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, Barcelona, 1997, p. 14.

7 ESCUDERO MORATALLA J. F. y FRIGOLLA VALLINA J., *Enfoque criminológico de la drogodependencia*, cuadernos jurídicos n. 42, junio 1996, p. 19.

8 Eso se debe a la descubierta de pinturas rupestres encontradas en la cueva de la Araña, en Valencia, España, donde se ve unas mujeres recogiendo miel y almacenándole.

9 PASCUAL ARRIAZU, J. y RUBIO VALLADOLID, Gabriel (dir.), *Historia General de las drogas*, in *Manual de drogodependencias para enfermería*, Díaz de Santos, Madrid, 2002, p. 7.

cuando la bebida alcohólica deja de estar asociada a las comidas y la nueva pauta de consumo pasa a ser la ingesta de grandes cantidades en breve espacio de tiempo, asociada a actividades de ocio.

Los opiáceos también poseen una larga historia. El opio, jugo de un tipo de amapola, es una de las drogas más versátiles conocidas. Gracias a su ingrediente activo, la morfina, el opio adormece el dolor, produce júbilo, induce el sueño y reduce las aflicciones.

El intento de frenar el comercio de opio generó dos guerras sucesivas (1839-1842 y 1856-1858), entre Inglaterra y China, culminando con la derrota china y la obtención de una serie de privilegios por parte de Inglaterra, como la completa legalización del comercio de opio indio y la pérdida de la administración de Hong Kong<sup>10</sup>.

Hasta finales del siglo XIX el consumo de opiáceos no constituyó un verdadero problema sanitario en Occidente. Sólo con la popularización de la cultura de consumir opio recreativamente y con el rápido incremento de los casos de adicción, sonó la alarma social para este problema.

La morfina, en honor al dios del sueño Morfeo, fue aislada del opio a principios del siglo XIX por el alemán Friedrich William Sertüner y pasó a sustituir (junto con la codeína) al opio en los tratamientos médicos<sup>11</sup>, especialmente después que se introdujera la inyección hipodérmica como procedimiento terapéutico, en 1855. Posteriormente, en 1874, fue creado el primer opiáceo semisintético,

---

10 PASCUAL ARRIAZU, J. y RUBIO VALLADOLID, Gabriel (dir.), *Opiáceos – Historia, concepto y clasificación*, in *Manual de drogodependencias para enfermería*, Díaz de Santos, Madrid, 2002, p. 106.

11 PASCUAL ARRIAZU, J. y RUBIO VALLADOLID, Gabriel (dir.), *Opiáceos – Historia, concepto y clasificación*, in *Manual de drogodependencias para enfermería*, Díaz de Santos, Madrid, 2002, p. 107.

la diacetilmorfina, también conocida como heroína. Unos años más tarde fue comercializada por Bayer como sustancia antitusígena y como sustituto del opio y de la morfina en los tratamientos de deshabituación. La heroína alcanzó gran éxito comercial en todos los continentes, por su alto efecto antiálgico y estimulante. Sólo muchos años después dejó de ser comercializada para este fin. La heroína empezó a popularizarse como droga recreativa en Estados Unidos y en Inglaterra primero y, después, en casi todo el mundo, generando algunas olas de comportamiento heroínómano, que culminaron con la muerte de por lo menos una generación de adictos de heroína inyectable (yonquis). Después de los 70 se ha convertido en el símbolo por excelencia de los efectos perniciosos de las drogas<sup>12</sup>.

El uso y el consumo de los derivados cannabicos también es muy antiguo. Originario del Asia Central, la planta cannabis pudo haber sido cultivada desde hace 10.000 años. Registros arqueológicos permiten constatar que el cannabis ya era empleado como fuente de fibras textiles (el cáñamo), en el 4.000 a.C. Posteriormente, fue muy utilizado para hacer alpargatas, cuerdas, sacos, ropas y velas de barcos. Sus propiedades alucinógenas fueron descubiertas por primera vez en el Oriente. Algunos escritos chinos que se remontan al año 3.000 a.C. ya indicaban que “el cáñamo tomado en exceso hace ver monstruos, pero si se usa largo tiempo puede comunicar con los espíritus y aligerar el cuerpo”.

En Europa medieval su uso por las hechiceras estaba muy difundido y, tiempo después, los médicos pasaron a adoptarla como remedio. Hildegard von Binger (1150) recomendaba en Alemania el cáñamo para problemas de estómago y para heridas. Afirmaba que “quien tenga una mente confusa y sufra dolores de cabeza puede comerlo y éstos disminuirán” y alertaba que “para las personas de

---

<sup>12</sup> GAMELLA, Juan, *Drogas: la lógica de lo endovenoso*, Revista Claves de la razón práctica, n. 18, 1991, p 75 (72-80).

mente débil será perjudicial abandonarse al cáñamo". Durante todo el siglo XIX fue empleada con fines recreativos y médicos, hasta que su utilidad terapéutica se vio reducida por su inestabilidad farmacológica y por el surgimiento de nuevas medicinas más eficaces. El problema del abuso del cannabis siempre estuvo restringido a determinados y pequeños grupos, hasta que en los años 60 del siglo pasado, la cultura hippie y de las músicas rock y reggae extendieron su uso recreativo a todos los niveles y capas sociales, cuando pasó a ser asociado a la rebeldía de la juventud.

En la actualidad los cannabinoides son consumidos en gran escala en occidente en tres principales presentaciones distintas, la marihuana, el hachís y el aceite de hachís. La primera se presenta como hojas y flores secas de la planta y su concentración de THC varía de 0,5 a 5%. Hay sin embargo algunas modalidades de plantas modificadas genéticamente que ya presentan concentración de THC entre 7 y 34%. El hachís, por su parte, se obtiene de la resina extraída de las plantas y flores desecadas. Su concentración en los procesos actuales de fabricación varía de 10 a 20%. Por último, el aceite de hachís se obtiene de la destilación de la planta por solventes orgánicos y su concentración de THC varía de 15 a 50%, pero hay muestras que llegan a presentar 85% de THC.<sup>13</sup>

El uso de la coca como estimulante en América es tan antiguo como el uso del alcohol, del opio y del cannabis en el viejo continente y Asia. Se estima que las hojas de coca ya eran mascadas en la región andina desde aproximadamente 5.000 a.C.

La planta de la coca (*Erythroxylum coca*) crecía al principio de manera silvestre pero empezó a ser cultivada, en el siglo X a.C., por los indios Chibcha de Colombia, que después la difundieron hacia el sur. En la cultura Inca era usada como planta sagrada en rituales,

---

13 ROSA MONTAÑO, Blanca, *La marihuana (cannabis sativa)*, in *Las adicciones: dimensión, impacto y perspectivas*, Manual Moderno, México, 2001, p. 253.

para hacer regalos especiales o como medicamento. Como poderoso estimulante que era, la hoja de coca era mascada por los trabajadores para mitigar los efectos derivados de la altitud, el hambre y la fatiga. También la empleaban como medicina para las molestias gastrointestinales, los catarros y las contusiones. Antes de las grandes navegaciones del siglo XVI la coca no era conocida en otros lugares del mundo. Cuando llegaron los españoles, se sorprendieron con los efectos de las hojas mascadas por los obreros. En un primer momento, por motivos religiosos, intentaron prohibirla pero después la utilizaron como estimulante en la explotación de las minas de plata.

Hasta 1859, cuando Albert Niemann aisló la cocaína de la hoja de coca, el consumo no era notable fuera de América, pues el complicado transporte de las hojas generaba la pérdida de los principios activos. Con la mejora del embalaje del producto y con el aislamiento de su principio activo, la cocaína empezó a ganar espacio entre los consumidores europeos. Los laboratorios (Merck y Parke Davis) aislaban la cocaína en América y transportaban el producto en bruto. En 1863, un farmacéutico francés, Angelo Mariani, creó un preparado de extracto de coca y vino (Vino Mariano) que tuvo gran éxito comercial como bebida tonificante.

Una imitación del vino Mariano, creada por el americano John Styth Pemberton, resultó en la mismísima Coca-cola. Su fórmula original contenía vino, cocaína y cola (una nuez africana que contiene cafeína). Con el pasar del tiempo, fue extraído el vino, después la cocaína y, en la actualidad, la cola ha sido sustituida por cafeína sintética. Se puede, incluso, comprar la bebida sin cafeína y sin azúcar.

El uso médico de la cocaína tuvo un gran desarrollo a finales del siglo XIX. Paolo Mantegazza escribió un tratado sobre la coca, describiendo sobre todo sus efectos estimulantes y euforizantes,

aconsejándola para el tratamiento de las enfermedades nerviosas. Muchos experimentos fueron realizados y Sigmund Freud fue uno de los entusiastas de su aplicación para combatir la debilidad nerviosa, la indigestión, la malnutrición, la impotencia, el asma, el alcoholismo y la adicción a la morfina. En su artículo "Uber Coca" (1884) afirmaba que la cocaína era eficaz en el tratamiento de la adicción a la morfina y que no generaba ningún otro problema. Algunos años después intentó, sin éxito, justificar sus errores en lo relativo a este tema. Después de que las fábricas alemanas y holandesas aumentaran la oferta del producto, su precio descendió de 280 dólares por onza (28,7 gramos) en 1885 a 3 dólares en 1914, lo que favoreció una epidemia de adicción desde Estados Unidos hasta India. En esas fechas varias normas restringieron y prohibieron la comercialización libre del producto.

A partir de los 70 del siglo pasado, Colombia y Bolivia volvieron a dominar el comercio mundial de cocaína, con exportaciones en gran escala a Europa occidental y, principalmente, a Estados Unidos, generando una epidemia de consumo nunca vista anteriormente. En algunos países se crearon peligrosas mezclas de la pasta base de la cocaína con productos químicos (crack, basuco, base libre y merla), todas ellas con elevado contenido tóxico y bajo coste económico<sup>14</sup>.

Hoy la adicción a la cocaína sigue siendo la más preocupante en los países occidentales, con miles de millones en inversiones destinadas al tratamiento de desintoxicación y a la prevención al consumo. En cuanto al tabaco, a pesar de que algunos hayan afirmado que ya estaba presente en las antiguas organizaciones del oriente, su origen más conocido es el americano. Se acepta que la primera cultura en utilizar las hojas de tabaco para fumarlas fue la

---

<sup>14</sup> ESCOHOTADO, Antonio, *Historia elemental de las drogas*, Anagrama, Barcelona, 1996, p. 79.

maya, desde 2.000 a.C. Cuando los conquistadores españoles llegaron al nuevo mundo en 1492, liderados por Colón, encontraron en la Isla de Haití (que se denominaba Tabago) un indígena que se dedicaba a “chupar con deleite el humo producido por unas hojas arrolladas en forma de cilindros y encendida por uno de sus extremos”<sup>15</sup>. Sus posibles virtudes terapéuticas, llevaron a los conquistadores de la América hispánica a trasladar las semillas para su cultivo al viejo continente a principios del siglo XVI. Los españoles también llevaron su cultivo hacia Prusia y Filipinas (de donde se desplazó hacia China) y los portugueses la diseminaron por Italia, África, Java, India, Japón e Irán.

A pesar de algunas medidas restrictivas en algunos países, su uso se extendió rápidamente, especialmente en Europa. Después, los gobiernos cambiaron su actitud prohibicionista por medidas de control y tasación. Con la invención de la máquina de liar cigarrillos, en 1855, el consumo de tabaco creció de forma alarmante y la industrialización llevó a las empresas tabaqueras a detentar un enorme poder comercial, especialmente en Estados Unidos, Europa, Turquía y China. Actualmente se tiene plena conciencia de los muchísimos problemas de salud generados por el consumo de tabaco, lo que ha llevado a la Organización Mundial de Salud (OMS) a definir el tabaquismo como la principal causa evitable de muerte precoz. Aún así, las nuevas generaciones se mantienen adictas a las costumbres de consumo. Como la nicotina es una de las sustancias que más adicción genera, sigue teniendo muchos adeptos. La cafeína, la droga más consumida en el mundo, es la más reciente entre las seis drogas analizadas históricamente. Aunque la planta ya existía hace miles de años en Etiopía, su difusión como estimulante empezó en Arabia en el siglo X de nuestra era.

---

15 ALFONSO SANJUAN, Mario e IBAÑEZ LOPEZ, Pilar, *Todo sobre las drogas legales e ilegales*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 398.

Aunque hay muchas otras sustancias psicotrópicas consumidas, merecen destacarse los alucinógenos y las anfetaminas, debido a la importancia actual de su consumo mundial.

En América, las antiguas civilizaciones indígenas también tenían la costumbre de utilizar las plantas alucinógenas en sus ceremonias. A partir del siglo X, a.C. hay piedras-hongo entre los monumentos de la cultura de Izapa, en la actual Guatemala. En la región de Perú también se encontraron pipas de cerámica del siglo IV a.C. con una figura del peyote, un cactus alucinógeno que contiene mescalina<sup>16</sup>.

En nuestros días, el alucinógeno blando más consumido sigue siendo el cannabis, pero ningún otro tuvo tanta importancia en el movimiento de la contracultura de los sesenta del siglo pasado como el ácido lisérgico, que es el nombre con el cual se denomina el núcleo común de todos los alcaloides presentes en el cornezuelo de centeno o *Claviceps purpurea*.

El LSD 25 fue descubierto accidentalmente por el químico suizo Albert Hoffman en el año 1938 cuando trataba de encontrar una sustancia análoga a un estimulante del sistema circulatorio. Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, la casa Sandoz se dedicó a difundir el descubrimiento, bajo el nombre comercial de Delycid. Era empleado experimentalmente para facilitar la psicoterapia y para combatir algún trastorno como el alcoholismo crónico, anomalías sexuales, etc, Después cuando se comprobó que los efectos producidos eran imprevisibles, terminó prohibiéndose.

El uso ilegal de esta droga se generalizó a partir de los años 60-70 asociado a la llamada "contracultura" siendo utilizado por universitarios, intelectuales, artistas y músicos en busca de otros estados de conciencia. En la actualidad, siguen siendo utilizados el

---

16 ESCOHOTADO, Antonio, *Historia Elemental de las drogas*, Barcelona, 2005, p. 18.

LSD, los hongos mágicos, la mezcalina, el peyote, pero están de moda otros alucinógenos de origen sintético, como el DOM, DOET, DOB, TMA, MDE, MBDB, TMT, MDA y el MDMA. En general tienen un efecto estimulante y alucinógeno y están vinculados a determinados grupos urbanos, como el movimiento *new age* y el rave.

Las drogas sintéticas o de diseño son el nuevo desafío para las autoridades de represión del mercado de drogas, pues en general son de fácil fabricación y circulación, lo que favorece su difusión ilegal. Además, están desvinculadas de rituales religiosos como ocurría en la antigüedad con los alucinógenos naturales.

Las anfetaminas, al contrario que los alucinógenos, son relativamente nuevas. Son estimulantes que aumentan los niveles de actividad motriz y cognitiva, refuerzan la vigilia, el estado de alerta y la atención y, a menudo, tienen potencial euforizante. La anfetamina es un derivado químico de la efedrina, sintetizado por primera vez en 1887 por el químico rumano L. Edeleano, quien llamó al compuesto fenilisopropilamina. El uso médico experimental de las anfetaminas comenzó en los años 1920. La droga sería utilizada desde entonces por los militares de varias naciones, especialmente de la fuerza aérea, para combatir la fatiga e incrementar la alerta entre las milicias<sup>17</sup>.

La Segunda Guerra Mundial propició su administración a los soldados de forma masiva, con el objetivo de combatir la fatiga y mantenerlos alertas. Casi todos los ejércitos las utilizaron. Para que se tenga una idea, el ejército estadounidense distribuyó más de 180 millones de pastillas a sus combatientes. La anfetamina también ha sido utilizada como agente para mejorar el rendimiento, tanto físico (inaugurando el dopping deportivo), como intelectual (dopping

---

17 [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)

cognitivo). La dispensación indiscriminada del producto, unida al desconocimiento público respecto de sus peligros potenciales y a la ausencia de un sistema idóneo de farmacovigilancia, desencadenó fenómenos de abuso y adicción. En 1971, la anfetamina fue sometida a control internacional en el marco de la Convención Internacional de Psicotrópicos.

Los primeros consumos ilegales se detectaron durante los años 60 y 70 en el oeste de EE.UU., lo que propició su prohibición en 1985 en aquel país y posteriormente en los demás<sup>18</sup>. Actualmente, se fabrica en laboratorios clandestinos usando procedimientos sencillos e ingredientes relativamente baratos, generalmente de fácil acceso. Estos factores se combinan para hacer de la metanfetamina una droga de gran circulación, cuyo abuso está muy extendido en Europa y Estados Unidos. La metanfetamina callejera también se conoce, incluso en países de habla hispana, como speed, meth o crank. La forma fumada de la droga suele llamarse ice, cristal o glass.

En este pequeño resumen de la difusión del consumo de las drogas se observa que son muchas las sustancias utilizadas y que también son grandes los problemas generados por el consumo masivo y abusivo.

### **Historia de la prohibición en el mundo.**

El consumo de drogas, aunque tuviera en sus comienzos una finalidad mágico-religiosa o médica, siempre fue observado como un fenómeno que podría convertirse en algo problemático si la sustancia era consumida con otros fines o de forma inadecuada<sup>19</sup>.

---

18 ESCOHOTADO, Antonio, *Historia Elemental de las drogas*, Barcelona, 2005, p. 184.

19 Historia de las drogas y sus usos. Lucia Rossi.  
[http://intersecciones.psi.uba.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=57:historia-de-las-drogas-y-sus-usos&catid=10:vigencia&Itemid=1](http://intersecciones.psi.uba.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=57:historia-de-las-drogas-y-sus-usos&catid=10:vigencia&Itemid=1)

En Egipto fue encontrado un papiro, datado de 2000 a.C., que decía “Yo, tu superior, te prohíbo acudir a tabernas. Estás degradado como las bestias”. En otro papiro un padre advierte a su hijo: “Me dicen que abandonas el estudio, que vagas de calleja en calleja. La cerveza es la perdición de tu alma”<sup>20</sup>

En la edad antigua en Europa, el empleo de sustancias curativas era considerado una afrenta a los poderes de Dios y la medicina no tenía el desarrollo suficiente para permitirse la experiencia con nuevos tratamientos. No era sin razón que la expectativa de vida no pasaba de los cuarenta.

En el Oriente próximo, alrededor del siglo VIII, Mahoma determinó azotar a un borracho por incumplir sus deberes, generando la prohibición futura del consumo de alcohol en todo el mundo islámico, pues su cuñado Alí forjó, después de su muerte, la sentencia de que: “El que bebe se emborracha, el que se emborracha hace disparates, el que hace disparates forja mentiras, y a quien forja mentiras debe aplicársele la pena”<sup>21</sup>. El Papa Inocencio VIII prohibió el uso de cannabis a los curadores en el año 1484, imponiendo que era un sacramento impío de rituales satánicos. El tabaco también tuvo sus momentos de prohibición absoluta. En Inglaterra, por ejemplo, fue prohibido en 1604 por el Rey Jacobo I, que lo definía como “espectáculo abominable para la vista, ofensa odiosa para el olfato, costumbre dañina para el cerebro y peligrosa para los pulmones”<sup>22</sup>. La situación del consumo de alcohol comenzó a considerarse alarmante por parte de los médicos a finales del siglo

---

20 ESCOHOTADO, Antonio, *Historia elemental de las drogas*, Anagrama, Barcelona, 1996, p. 20.

21 ESCOHOTADO, Antonio, *Historia elemental de las drogas*, Anagrama, Barcelona, 1996, p. 42.

22 ALFONSO SANJUAN, Mario e IBAÑEZ LOPEZ, Pilar, *Todo sobre las drogas legales e ilegales*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 400.

XVIII, debido a un cambio en las pautas de conducta hacia la bebida, de los sectores más populares de la población asociado al proceso de industrialización que surgía en Europa. El impacto negativo que el ambiente de las tabernas y el consumo abusivo de bebidas alcohólicas tuvo sobre las familias obreras y sobre la salud – asociaban elementos tan negativos como enfermedad, ruina, agresividad o delito – pronto convirtió a la taberna en escenario prototípico del vicio y la perversión de las costumbres.

El opio y sus derivados (morfina y heroína), así como la cocaína también pasaron a ser vistos como un problema de salud pública a finales del siglo XIX, cuando sus efectos dañinos ya eran de conocimiento general.

Como se observa, las primeras críticas y prohibiciones tenían carácter religioso o moral. Sólo después surgieron algunas normas punitivas relativas a las drogas basadas en criterios médicos.

Con el abuso indiscriminado de las drogas para fines hedonistas a fines del siglo XIX, y debido a sus negativas consecuencias, se inició a nivel mundial una persecución más intensa al nuevo fenómeno. Según Escotado la movilización internacional prohibicionista ganó fuerza en Estados Unidos también a principios del siglo pasado. Preocupado por el gran número de adictos a las preparaciones opiáceas y a la morfina, el Congreso americano creó un Comité para estudiar el problema. Sus conclusiones llevaron a los sectores conservadores y moralistas a encabezar una legislación represiva respecto al tema.

A principios del siglo XX (1909), Estados Unidos organizó en Shanghai una reunión internacional sobre el comercio de opio, con la finalidad de regular y dominar el mercado mundial de la sustancia. Sin embargo, las recomendaciones más importantes sólo pedían que “los gobiernos tomaran medidas para la gradual supresión del

opio fumado” y que “las naciones no exportaran opio a naciones cuyas leyes prohibieran la importación”<sup>23</sup>.

Entre 1911 y 1914 sucesivas Conferencias de La Haya, llevaron a 44 países a firmar el compromiso de “esforzarse” por controlar el tráfico interno de heroína y cocaína. Posteriormente, terminada la primera guerra mundial, se incorporó el Convenio de La Haya en el tratado de Versalles (1919), que fue firmado por casi todos los países.

Más tarde, durante el transcurso de la primera Asamblea de la Liga de las Naciones, en 19 de febrero de 1925, se suscribió la Segunda Convención Internacional sobre opio en Viena. En este convenio, además de restringir el tráfico del opio, morfina y cocaína, también se incluyó el cannabis como sustancia ilícita. El tabaco y el alcohol no entraron en la prohibición. Posteriores convenciones realizadas en Ginebra (1931 y 1936), introdujeron la petición de imponer severas penas para los traficantes de drogas ilícitas.

La creación de la Organización Mundial de Salud (OMS) en 1946 también contribuyó a la unificación de la visión del tema, Este período fue uno de los más tranquilos y la importancia del consumo de drogas se redujo a escala mundial.

Con el objetivo de modernizar y unificar los tratados internacionales sobre sustancias restringidas, fue firmada en Nueva York, la Convención Única sobre estupefacientes de 1961. En este convenio se reconoce la necesidad de la utilización de las drogas con fines médicos y también la necesidad de controlar el uso de estas sustancias, debido a la gravedad de las toxicomanías en el orden personal del consumidor y de su peligro social para la humanidad. Es la primera vez que son listadas las sustancias prohibidas y de uso restringido.

---

<sup>23</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Madrid, 2000, p. 849.

La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes estaba encaminada a limitar exclusivamente a fines médicos y científicos la producción, la distribución, la posesión, el uso y el comercio de drogas, y a obligar a los Estados partes a adoptar medidas especiales en relación con drogas concretas, como la heroína. En el Protocolo de 1972 de la Convención se hizo hincapié en la necesidad de que los toxicómanos recibieran tratamiento y rehabilitación. Hoy, son 183 los estados participantes de la convención.

Diez años después (1971), bajo los auspicios de Naciones Unidas y con el objetivo de actualizar las reglas al respecto y debido al nítido aumento del consumo mundial, fue celebrada en Viena la Conferencia sobre sustancias psicotrópicas. El convenio firmado en el encuentro dictaba normas tendentes a controlar y fiscalizar la producción y distribución de los fármacos. Además regulaba también el comercio internacional de las sustancias, establecía medidas de prevención al uso indebido, así como contra su tráfico ilícito, entre otras providencias. Igualmente, elaboraba las listas de sustancias prohibidas o sometidas a control especial.

El Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 1971 estableció un sistema de fiscalización internacional de las sustancias psicotrópicas. Este tratado, aprobado en respuesta a la diversificación y expansión de la gama de drogas, introdujo también controles sobre ciertas drogas sintéticas.

Por fin, en 1988, se realizó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Además de contener las listas de sustancias, nuevas y severas directrices con respecto del delito de tráfico de drogas, la nueva Convención innova al traer reglas con respecto del control de las sustancias precursoras y acerca del blanqueo de capitales.

Esa Convención es el marco principal de cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de drogas, pues prevé la localización, el embargo preventivo y la confiscación de ingresos y propiedades procedentes del tráfico de drogas, la extradición de traficantes de drogas y la ejecución en el extranjero de trámites procesales en materia penal. Los Estados partes se comprometen a eliminar o reducir la demanda de drogas.

La más reciente iniciativa internacional acerca del tema ha sido la Asamblea General Extraordinaria de la ONU, sobre drogas, de 1998, en Nueva York. En ese encuentro fueron tratados seis puntos principales: reducción de la demanda; eliminación de cultivos; lavado de dinero; precursores químicos; drogas de síntesis; y cooperación judicial. Lo más destacable surgió justamente en la iniciativa de destinar esfuerzos en frenar el aumento de la demanda por drogas centrando la actuación de los gobiernos también en la prevención al consumo.

Debido a las iniciativas internacionales, gran parte de los países actualizó sus legislaciones internas en los últimos años para modernizar sus sistemas legales y adecuarlos a las nuevas directrices.

Como se observa del relato presentado el consumo de drogas es algo muy antiguo, pero el contexto, la frecuencia, los motivos y formas en que son consumidas han cambiado mucho. Por otro lado, la lucha contra la droga no es tan antigua y los resultados de las estrategias empleadas son todavía dudosos.

## **Evolución histórica de la legislación específica en Argentina.<sup>24</sup>**

- **El Código Penal de 1921** no contenía ninguna disposición relativa a los estupefacientes.

El artículo 201 del referido cuerpo legal conminaba con pena al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

- Buscando suplir dicha deficiencia, el 25 de julio de 1924 se promulgó la **ley 11.309** sancionando al que estando autorizado para la venta, venda o entregare o suministre alcaloides o narcóticos sin receta médica.

Asimismo, se penalizaba la venta, entrega o suministro que fuera hecha por persona no autorizada para la venta de sustancias medicinales (art. 204 del Código Penal).

- A modo de parche, el 25 de julio de 1926 se sancionó la **ley 11.331** que agregó el tercer párrafo al art. 204, penalizando a los que no estando autorizados 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.

- En 1968 se dicta la **Ley (de facto) 17.567**, durante la dictadura militar encabezada por el General Juan Carlos Onganía, que introdujo al Código Penal el párrafo 3 del artículo 204 que sancionaba al “que sin estar autorizado, tuvieren en su poder cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal.

---

<sup>24</sup> En 1926 por primera vez la policía tuvo potestad para actuar sobre las personas que usan drogas. En 2010, el debate todavía se concentra en llevar al campo de la salud los problemas asociados al consumo de sustancias. En el medio, hubo breves períodos de despenalización del consumo y otros en los que se asimiló *adicto* con *guerrillero*.  
[www.conferenciadrogas2010.files.wordpress.com](http://www.conferenciadrogas2010.files.wordpress.com)

La exposición de motivos de la ley vinculaba a la tenencia de dosis para el consumo personal con las acciones privadas de los hombres concernientes a la esfera de la libertad individual, consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional y que por lo tanto se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados.

Por lo tanto, aún durante el transcurso de una dictadura militar que cercenó las garantías constitucionales, la tenencia de drogas para consumo personal se encontraba exenta de la autoridad de los magistrados.

Onganía despenaliza la tenencia de drogas para consumo personal, aconsejado por el liberal Sebastian Soler.

- En 1973 hay una reforma del Código Penal de 1968. Declarado ineficaz por la Ley 20.509.

- Octubre del 1974, Ley 20771

Richard Nixon plantea la “guerra contra las drogas”.

Entre el peronista López Rega y Robert Hill, embajador de EEUU, se firma en 1974 un convenio de ayuda a la lucha contra el narcotráfico. Ambos coincidieron en afirmar la relación entre Subversión y Consumo de Drogas.

- El 3 de octubre de 1974 se promulgó la ley 20.771 introduciendo en nuestro campo legislativo un instrumento específico penal en relación a las drogas.

El artículo 6 de la ley 20.771 imponía la pena de 1 a 6 años de prisión al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieren destinados a consumo personal.

La Ley de López Rega se da en el marco de la Doctrina de Seguridad Nacional, propia de la guerra fría: “Los propios ciudadanos de un país son posibles amenazas a la

Seguridad”. Según rezaba la exposición de motivos, el control penal de las drogas era necesario para tutelar la “Seguridad Nacional” y la “defensa nacional”: El tráfico ilegal de estupefacientes debe ser perseguido hasta su “Aniquilación”.

- El 11 de Octubre de 1989 se sanciona la Ley 23.737<sup>25</sup>, redactada por el radical Lorenzo Cortese, y con su bloque dividido por quienes se basaban en el caso Bazterrica. Alberto Lestelle, respaldó a Cortese, y la ley se aprobó por 118 a 20. Solo se quitó al Coqueo como acto punible. Penaliza la tenencia: Art 14. «cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para personal>>. En el inicio de las “relaciones carnales” con los EEUU y la política de Reagan, el gobierno de Menem crea la SEDRONAR en el marco de la propuesta del Dr. Duhalde de implementar un Programa Nacional de Prevención y Asistencia de la Droga.

Además esta ley establece la posibilidad de imponer una medida curativa si dependiera física o psíquicamente de la sustancia, o educativa si fuera principiante no adicto.

Es necesario también contextualizar la normativa de referencia, teniendo en cuenta que Argentina se constituyó en un país ya no sólo de tránsito sino también de consumo (altos niveles de consumo) lo que ha llevado a que el derecho penal se constituya (como ocurre las más de las veces) en la única respuesta que tiene el Estado ante situaciones que se traducen de alguna manera en un reclamo masivo para frenar determinadas actividades “ilícitas”, y poner en práctica determinadas políticas “preventivas”.

Todo ello, se traduce en la ampliación indiscriminada del derecho penal, tal como lo ha sostenido Mendoza Buergo “La

---

<sup>25</sup> Ley 23.737 [http://www.diputados.gob.ar/leyes/buscarNormasXNumLey.jsp?id\\_norma=37463](http://www.diputados.gob.ar/leyes/buscarNormasXNumLey.jsp?id_norma=37463)

demanda de protección, en ocasiones masiva, se canaliza, por tanto, a través de la ampliación del Derecho Penal, sin constatar siempre ni en suficiente medida, en primer lugar, si la respuesta obedece al principio de necesidad; en segundo lugar, si es la respuesta adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces a los problemas planteados y, en tercer lugar, pero no por ello de menor relieve, si es una respuesta que se mantiene dentro de los límites de una intervención legítima del Derecho penal. Por ello, se ha podido extraer la conclusión de que en este contexto parece problemático, tanto desde un punto de vista moral como de los presupuestos del Estado de Derecho, utilizar una reacción jurídica errónea o equivocada, especialmente en los casos de ausencia de peligros reales o de dificultades en la capacidad de conducción a través del ordenamiento penal de los comportamientos que los provocan. Por otra parte, no puede olvidarse que una reacción de estas características puede constituir mera legislación simbólica que haga peligrar su seriedad, pues se ha destacado que el efecto simbólico, una vez descubierto, conduce a la ineficacia<sup>26</sup>

## **ACTUALIDAD**

### **Síntesis de los proyectos de reforma de la Ley de Estupefacientes:**

Son ocho los proyectos en debate para reformar la Ley de Estupefacientes 23.737, siete con importantes similitudes entre sí. La mayoría apuntan a reducir el peso de la ley penal<sup>27</sup>,

26 MENDOZA BUERGO Blanca, "El derecho penal en la sociedad de riesgo", Ed. Civitas, Madrid, 2001

27 "...quien arroja un plátano en el suelo (si alguien lo pisa, se resbala, cae y se muere) ha sido un asesino por el sólo hecho de tirar un plátano", BERISTAIN A. y NEUMAN E., *Criminología y dignidad humana*, Ed. Depalma, Bs. AS 1991, p. 182.

principalmente respecto de los usuarios, y algunos incluso de los actores menores del tráfico.

### **Información clave:**

Existe un solo proyecto (Graciela Camaño) que propone una modificación en el sentido contrario, aumentando las penas. Este no es tomado en esta comparativa, ya que es el único con estas características.

La mayoría de los proyectos fueron presentados en la Cámara de Diputados y proponen modificaciones parciales, sólo el del senador Aníbal Fernández propone una reforma integral.

La mayoría de estos proyectos fueron presentados en el año 2010 y se volvieron a presentar este año, algunos con modificaciones.

### **Coincidencias y diferencias entre los 7 proyectos similares:**

**1.- Medidas de seguridad (tratamiento y educación):** En la ley actual (artículos 16 a 22) los condenados por tenencia y cultivo para consumo personal pueden, en lugar de ir a prisión, acceder a “medidas de seguridad” curativas y educativas. Es decir, los tratamientos se ofrecen como parte de la ley penal:

- Se separa la atención de la salud de la sanción penal. Este cambio va en sintonía con la Ley Nacional de Salud Mental sancionada en 2010, que incluye a las adicciones y reconoce el “derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo”. Es un cambio que contemplan la totalidad de los proyectos.

- Las personas en prisión con problemas de consumos de drogas tienen derecho al “acceso al tratamiento” sin importar el

motivo del delito por el cual están en prisión. Sólo algunos proyectos contemplan esto.

**2.- Tenencia simple y para consumo personal:** La mayoría de los proyectos proponen la despenalización de la tenencia para consumo personal (art. 14 –segundo párrafo de la ley 23.737), actualmente penada de 1 mes a 2 años de prisión (sustituibles por las medidas de seguridad); pero las distintas redacciones abren un abanico de posibilidades:

- Eliminar la tenencia para consumo y también la tenencia simple (actualmente penada de 1 a 6 años de prisión –art. 14, primer párrafo, de la Ley 23.737). Es la propuesta de la diputada del Frente Amplio Progresista (FAP) Victoria Donda, que sostiene que dejar la figura de “tenencia simple” permitiría seguir persiguiendo a consumidores, aún cuando se elimine la tenencia para consumo personal.

- Agregar requisitos para que la tenencia para consumo no sea punible, que deberá demostrar la persona usuaria de drogas. Los requisitos que van desde limitar la despenalización a “un consumo” o a la “escasa cantidad y demás circunstancias”, o a que “no se ponga en peligro la salud de terceros”. Tal es el caso del proyecto del senador Fernández –aunque bajando la pena de la tenencia simple de 1 a 3 años de prisión- y los de Ibarra, Conti, Puigross y Peralta. Desde Intercambios se sostiene que este tipo de redacción tiene los mismos problemas que dejó en su momento el fallo “Arriola” (2009) de la Corte Suprema. Ya que si bien despenalizó la tenencia para consumo personal, por entender que ello resultaba contrario a la constitución nacional, al establecer como requisito que no afecte a terceras personas, sumado a que la tenencia para consumo debía establecerse por la “escasa cantidad y demás circunstancias”, dejó

una zona gris. Ese margen permitió que la policía continuara desarrollando su práctica de detener consumidores (ya que era el juez quien terminaría decidiendo si en el caso se ajustaba al fallo de la Corte), y que los jueces adoptaran distintos criterios sobre los casos que eran alcanzados por el fallo de la Corte, variando en función de la cantidad y las circunstancias.

- Despenalizar la tenencia para consumo personal no será punible, pero mantener la tenencia simple. Es lo que hace la mayoría de los proyectos presentados.

- Eliminar la tenencia para consumo personal y mantener la tenencia simple pero con requisitos de probar que no era consumo a cargo de quien afirma el delito. Es el proyecto de Gil Lavedra, que establece que será tenencia simple “cuando de la cantidad y el tipo de sustancia poseída y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo” indiquen que no es para consumo personal.

**3.- Cultivo para consumo personal.** En la ley actual está reprimido con prisión de 1 mes a 2 años (art. 5 –penúltimo párrafo- de la Ley 23.737). Los proyectos presentan tres posturas:

- Despenalizar el cultivo para consumo personal con ciertas restricciones. La mayoría de los proyectos señalan “siempre que la escasa cantidad y demás circunstancias” así lo demuestren y/o el “carácter privado”, o mientras que “no se ponga en peligro la salud de terceros”. Con esta redacción se repiten los mismos problemas puntualizados en el título anterior, quedando los cultivadores (de cannabis, principalmente) a merced de la interpretación que de este texto hagan los policías y jueces, y debiendo probar la finalidad de cultivo para no ser alcanzados por la ley penal.

- Despenalizar el cultivo en general y no solo en aquellas circunstancias en que está destinado al consumo personal. Es la

propuesta del proyecto de la diputada del FAP, Victoria Donda. Es el más cercano a lo que esta tesis plantea.

- Despenalizar sustancias con fines terapéuticos o científicos. Uno de los proyectos de la diputada Conti considera autorizadas distintas conductas tipificadas en la ley de “variedades del compuesto químico tetrahidrocannabinol (THC)” con fines terapéuticos o científicos.

**4.-Delitos de tráfico y contrabando.** Los delitos de tráfico se encuentran reprimidos con pena de 4 a 15 años de prisión (Art. 5 de la Ley 23.737). Pero cuando se realizan a través de la frontera (contrabando) la pena va de 4 años y 6 meses a 16 años de prisión (Art. 866 del Código Aduanero). Esta última figura se suele aplicar a las llamadas “mulas”, que varios proyectos mencionan con preocupación. Los proyectos plantean diferencias sobre todo en los años de prisión:

- Mantener sin modificar los delitos de tráfico y contrabando. Es el caso de los proyectos de Ibarra, Conti y Peralta. Los restantes suelen incluir distintas propuestas, en general dando un tratamiento más leve para los actores menores.

- Distinguir los delitos desarrollados por un “grupo delictivo organizado” del resto. El proyecto de Fernández otorga a estos delitos de 8 a 20 años de prisión, y en caso de no ser parte de un grupo delictivo organizado, se reduce de 3 a 10 años la escala penal. Seguidamente, permite reducir a la mitad el mínimo y el máximo en caso que “el autor cometa el hecho como subordinado”. Respecto del contrabando de estupefacientes se mantiene la escala penal, aunque si se trata de una tenencia simple o para consumo se le da el tratamiento previsto como tal.

- Distinguir tráfico de contrabando. En el proyecto de Gil Lavedra los delitos de tráfico tienen una pena de 3 a 15 años de prisión, y el delito de contrabando de 3 a 16 años.

- Reducir las penas cuando hay situaciones de vulnerabilidad social. La diputada Puiggrós agrega la posibilidad de reducir el mínimo y el máximo a la mitad de ambas clases de delitos, e incluso eximir de pena, cuando “se comprobara su situación de vulnerabilidad socioeconómica, su participación como actores menores, y falta de antecedentes penales”. Además propone eximir de pena a aquellos casos de “madres de niños/as menores de edad” o en “estado de embarazo”.

Del recorrido hasta aquí parece haber cierto consenso entre los distintos partidos en modificar la actual ley de estupefacientes, aunque -por supuesto- hay quienes se oponen. Las propuestas en general tienden a despenalizar las conductas de los usuarios y a reducir las penas respecto de los actores menores del tráfico. Sin embargo las distintas redacciones dejan dudas sobre el grado que habrá de alcanzar la reforma.

El que más se acerca a la posición de legalización que planteamos en esta tesis, es el del FAP (Victoria Donda), frente presidido por el Partido Socialista.

El siguiente cuadro identifica los proyectos presentados<sup>28</sup>:

Proyecto	Firmantes	Antecedente
2464-D-2011	Ibarra, Vilma.	
0075-D-	Conti, Diana.	0061-D-2010

28 Síntesis de los proyectos de reforma de la Ley de Estupefacientes.  
<http://www.intercambios.org.ar/15-ideas/sintesis-de-los-proyectos-de-reforma-de-la-ley-de-estupefacientes/>

2012 0083-D- 2012		0060-D-2010
0175-D- 2012	Donda Perez, Victoria.	7258-D-2010
0396-D- 2012	Puiggros, Adriana; Segarra, Adela; Bianchi, María del Carmen.	3673-D-2010
0981-D- 2012	Gil Lavedra, Ricardo; Garrido, Manuel	6154-D-2010
1826-D- 2012	Peralta, Fabián; Milman, Gerardo; Linares, María; Duclos, Omar; Stolbizer, Margarita.	4346-D-2010
750/12 (senado)	Fernández, Aníbal. <sup>29</sup>	

### JURISPRUDENCIA<sup>30</sup>

Haremos mención de las principales posturas y etapas que ha recorrido la Suprema Corte en esta temática.

La cuestión de fondo sobre el cual se ha generado mayor debate hasta hoy con respecto a los estupefacientes en Argentina, es en torno a la constitucionalidad del tipo penal “tenencia para consumo” personal. Es una cuestión que no ha recibido una respuesta pacífica y homogénea, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia.

<sup>29</sup> Más información en: <http://www.lanacion.com.ar/1460648-anibal-fernandez-presento-un-proyecto-para-reformar-la-ley-de-estupefacientes>

<sup>30</sup> <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

La Corte no tuvo una respuesta única, ya que fue abordado de diversas maneras y con distintos criterios, dependiendo del momento histórico en el que se encontraban y la composición del Tribunal.

La problemática de la tenencia de estupefacientes para consumo, ha sido objeto de grandes debates.

La doctrina de la Corte, acerca de la privacidad y la tenencia recorrió cuatro etapas:

1. En la primera, el Tribunal entendió que no era inconstitucional la norma que penaba aquella conducta. En 1978, en el fallo “Colavini”, la Corte calificó severamente el uso de estupefacientes por los graves efectos que ello reportaba a la sociedad; al poner de manifiesto “la deletérea influencia de la creciente difusión (...) de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuela a la humanidad”<sup>31</sup>. Declaró que la ley (art.6 de la ley 20.771) que penaba aquella conducta no era inconstitucional. Dijo que no se puede sostener razonablemente que el hecho de tener drogas, por los antecedentes y efectos que produce tal conducta no trasciende los límites del derecho a la intimidad. Resultaría una irresponsabilidad inaceptable de los gobiernos que los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal, por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas.

También afirma que la tenencia personal integra la cadena de producción, comercialización y consumo, por lo que el tenedor es un eslabón necesario de esa serie, de modo que si no hubiera interesados en drogarse no habría tráfico ilegítimo de drogas. Señala, por último que la tenencia trasciende la intimidad personal ya que perturba la ética colectiva al degenerar los valores

---

31 Cons. 5°, “Colavini, Ariel O.” CS, marzo 28-978. - (Fallo 300: 254). Publicado en La Ley 1978 – B, 444.

espirituales esenciales a todo ser humano, y constituye por lo tanto esfera de intervención estatal ya que es este el que debe tutelar la moralidad pública

Es menester resaltar que cuando la Corte se pronuncia, por la constitucionalidad de la norma en cuestión, el país se encontraba en plena dictadura cívico militar.

También en coincidencia nada casual con la “doctrina de seguridad nacional”.

2. Más tarde, y con otra composición, la Corte volvió a analizar el problema y llegó a la conclusión contraria en “Bazterrica”<sup>32</sup> (año 1986), declarara la inconstitucionalidad de la norma, al estar amparada por la garantía de la privacidad del artículo 19 de la C.N. la tenencia por consumo personal.

En este fallo se condenó a Gustavo Bazterrica a la pena de un año de prisión en suspenso, multa y costas, por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes. Este pronunciamiento fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, y contra ésta se interpuso recurso extraordinario, sosteniendo la inconstitucionalidad del Art. 6 de la ley 20.771 que por reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal se viola el Art. 19 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema hace lugar al recurso y revoca el fallo de la Cámara, ya que entiende que el Art. 6 de la ley 20.771 es inconstitucional por invadir la esfera de la libertad personal exenta de la valoración de los magistrados.

En lo pertinente a la sentencia, la Corte (según la mayoría) expresa que no basta la sola posibilidad potencial de que una conducta trascienda la esfera privada para incriminarla, sino que es

---

32 “Bazterrica Gustavo Mario s/Tenencia de Estupefacientes” (Fallos 308:1392)

necesaria la existencia en concreto de un peligro para la salud pública. Debe distinguirse entre la ética privada reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva referida a bienes o intereses de terceros. Manifiesta que no está probado que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes pueda evitar consecuencias negativas y concretas para el bienestar y la seguridad de la comunidad.

Según el Art. 19 de la constitución nacional, las acciones privadas solo pueden ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto contra terceros.

El Art. 6 prevé una pena aplicable a un estado de cosas, castiga la mera creación de un riesgo (a perjuicios potenciales, peligros abstractos y no a daños concretos). La aplicación del mismo, sancionaría la peligrosidad del autor, lo cual importaría abandonar el principio de culpabilidad en el que se asienta el derecho penal vigente.

Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional.

No se encuentra probado que la prevención penal de la tenencia y aún de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas.

En fin, al Art. 6 de la ley 20.771 al reprimir la tenencia de estupefacientes para consumo personal, vulnera el principio de reserva consagrado por el Art. 19 de la Constitución Nacional.

El Dr. Petracchi puso énfasis (consid. 5) en dos circunstancias determinantes. La primera era que el país estaba (1986) en una etapa en la que “desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las

formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.” La segunda circunstancia es la enorme gravedad del problema de las drogas. Continuó (consid. 6) ratificando el criterio de “Ponzetti de Balbín” de que el derecho a la privacidad del Art. 19 es “fundamental para la existencia de una sociedad libre”. En el consid. 12 se aclara que la autonomía protegida por el art. 19 CN no se reduce a las acciones hechas “en privado” y en el consid. 22 que encarna el valor de autonomía. En el consid. 15 se impugna la razonabilidad de la punición de la tenencia, por su fracaso para prevenir el consumo de drogas, con extensa cita de informes internacionales. En el consid. 19 se rechaza el argumento de que quien consume genera el peligro de cometer delitos ulteriores. En el cons. 25 se reitera la necesidad de sujetarse a los límites de la Constitución, encarando los problemas “sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual”.<sup>33</sup>

Disidencia Dres. Fayt y Caballero:

Consideran que no es impugnabile el Art. 6 de la ley 20.771 en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal, ya que existe un área de defensa social que puede ser más o menos ampliada de acuerdo a la valoración de los bienes que se desea proteger, por lo tanto basta, para ellos, con la mera posibilidad, esto es el peligro de daño al bien resguardado, para justificar que dicha acción resulte incriminada.

También afirman inexplicablemente que la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda fuera del ámbito de inmunidad del art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar

---

<sup>33</sup> El Ministro Petracchi toma y sostiene esta posición en su disidencia en “Montalvo” y posteriormente en “Arriola”.

perjuicio. Cabe puntualizar aquí que la tenencia es un hecho, una acción; no se sanciona al poseedor por su adicción, sino por lo que hizo, por el peligro potencial que ha creado con la mera tenencia de la sustancia estupefaciente

En fin afirman, contrariamente a la mayoría, que el legislador es por la Constitución el competente para captar desde la moralidad pública cuando las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse amenazando u ofendiendo esa moral pública u otros bienes; y es así que parece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior, sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma.

3. Una tercera etapa la marca el fallo “Montalvo”<sup>34</sup>; en éste se retoma el criterio elaborado en “Colavini”, el cual guió hasta el 25/08/2009 las decisiones de los tribunales de grado sobre la materia.

Este fallo dictado a fines del año 1990 es volver a aquella doctrina conservadora de los años setenta, que en los hechos el 8 de junio de 1986 en Carlos Paz, Córdoba; Ernesto A. Montalvo fue llevado detenido junto con Jorge A. Monteagudo en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana, hecho que reconoció al prestar declaración indagatoria.

Es condenado a la pena de tres meses de prisión en suspenso, como autor del delito justificado por el art 6 de la ley 20.771.

En primer instancia Montalvo había sido condenado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional y un mil australes de

---

34 “Montalvo s/ tenencia de estupefacientes” (11 de diciembre de 1990, Fallos 313:1333)

multa, por considerárselo autor del delito de tenencia de estupefacientes, en los términos del art. 6° de la ley 20.771.

La cámara, ante la vigencia de la ley 23.737 pendiente la apelación del procesado, modificó la tipificación legal, por aplicación del art. 2° del Cód. Penal y la subsumió en el art. 14 la ley 23.737, al tiempo que disminuyó la pena, que fijó en tres meses de prisión de ejecución en suspenso.-

Estimó que el procesado tenía droga únicamente para consumo personal, sin que hubieran existido actos de ostentación o exhibición que pusieran en peligro bienes o derechos de terceros.

La Corte por su parte en el considerando 15° expresa un argumento que no iba a ser sostenido en el tiempo: “Que al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para uso personal, el legislador lo hizo sin distinciones en cuanto a la cantidad, dado que al tratarse de un delito de peligro abstracto, cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la Nación, cuyo potencial humano es quizá su mayor patrimonio. Del modo como se tipificó la conducta, se quisieron abarcar todos los casos no autorizados, con independencia de la finalidad de la tenencia, pues partiendo del presupuesto de que se trata de regular la tenencia de sustancias peligrosas para la salud pública, el legislador ha querido someter a conminación penal a todo aquel que se sustraiga al poder de policía de salubridad que ejerce el Estado”.<sup>35</sup>

Asimismo, señaló que no correspondía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, por haber sido desconocida por el Poder Legislativo, al incriminar la ley 23.737 la

---

<sup>35</sup> Es uno de los argumentos más que celoso de los principios consagrados sobre Derechos Humanos, consagrados en nuestra ley suprema y pactos que fueron incorporadas a ella.

tenencia de estupefacientes en general y para uso personal en el art.14.<sup>36</sup>

En fin, la corte sentenció un rechazo a la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y confirmó la sentencia apelada.

Doctrina Jurisprudencial que iba a ser mantenida por diecinueve años .

4. Finalmente, se puede observar una cuarta etapa a partir de la sentencia en el caso “Arriola”.

Antes de comentar este fallo, hay que decir que el 23 de abril de 2008 en el fallo “Acosta”<sup>37</sup>, la Corte revoca una sentencia en la cual se le había denegado al imputado de dicha causa una *probation* por la presunta comisión del delito previsto en el art.14, primer párrafo<sup>38</sup>, de la ley 23.737, otorgándole al art. 76 bis del Código Penal una interpretación amplia. Asimismo la Corte repite dicha postura en el fallo “Norverto”<sup>39</sup>.

Originariamente, la Corte planeaba pronunciarse en el caso “Villacampa”, pero los tiempos judiciales hicieron que prescribiera.

Como la tenencia está conminada con una pena de prisión de dos años y ése es el plazo que tiene el Estado para impulsar la acción penal, la Justicia se encuentra siempre con un problema que complica la punibilidad de estos hechos: el plazo es muy breve para los dilatados procedimientos judiciales.

---

36 Fundamento expresado en el consid. 27°.

37 "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 - causa N° 28/05" S.C.A. 2186, L.XL

38 Esta parte del artículo de la ley de estupefacientes se tipifica como Tenencia Simple de estupefacientes y tiene un máximo de pena de seis años.

39 "Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P. (N. 326. XLI. RECURSO DE HECHO)

En otras palabras, “Villacampa” ya no necesitaba de la Corte para ser absuelto, porque el transcurso del tiempo había hecho el mismo trabajo y había extinguido la potestad del Estado para perseguirlo penalmente.

Por eso, la semana última, la Corte comenzó a analizar con mayor profundidad los otros cinco casos que tenía a estudio y eligió el caso Arriola.<sup>40</sup>

Finalmente, con la sentencia en el caso Arriola en el año 2009 el máximo tribunal estableció la cuarta etapa jurisprudencial<sup>41</sup> sobre la cuestión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y retomó la doctrina establecida en el precedente “Bazterrica”, al decidir proteger la libertad personal contemplada en el artículo 19 de la C.N.<sup>42</sup>, ya que “todas las personas adultas tienen derecho a que el Estado no se entrometa en su vida y les diga que es lo que tienen que hacer” como reza el fallo.

En los hechos se resolvieron los casos de cinco personas que fueron sorprendidas saliendo de una vivienda que se estaba investigando por comercio de estupefacientes. Estos consumidores fueron detenidos por personal policial a pocos metros del lugar, habiéndose encontrado entre sus ropas alrededor de tres cigarrillos de marihuana o poca cantidad de esa sustancia en cada uno de los casos.

---

40 CSJN: “Arriola, Sebastián y otros s/ Causa n° 9080” (25/08/09).  
<http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/argentina/item/386-fallo-arriola-de-la-corte-suprema>

41 “El fallo Arriola: ¿Punto de partida para la edificación de una jurisprudencia razonable entorno a la tenencia para consumo personal?” directora del Seminario Alejandra Moretti.[http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Fallo\\_Arriola\\_cambio\\_jurispr\\_en\\_relac\\_tenencia\\_persona\\_Sant\\_SAFAR.pdf](http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Fallo_Arriola_cambio_jurispr_en_relac_tenencia_persona_Sant_SAFAR.pdf)

42 Protegiendo el principio de lesividad el juez Lorenzetti manifestó: “Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta.” (Dr. Lorenzetti, según su voto en el Fallo “Arriola”)

El 25 de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Argentina resolvió, por unanimidad de todos sus integrantes, declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ley de Estupeficientes (N° 23.737), que reprime la tenencia de estupeficientes para consumo personal con pena de prisión de 1 mes a 2 años (sustituibles por medidas educativas o de tratamiento). Según la Corte la inconstitucionalidad del artículo es aplicable a aquellos casos de tenencia de estupeficientes para consumo personal que no afecten a terceras personas.

El principal argumento utilizado en el fallo es que la norma que penaliza la tenencia de estupeficientes para consumo personal, en la medida que avanza sobre el ámbito privado de las personas, afecta el derecho a la intimidad protegido por normas constitucionales (no solo el artículo 19 de la Constitución Nacional, sino otros instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados luego de la reforma constitucional de 1994). Al respecto se señaló: “la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros” (voto de la Dra. Carmen Argibay).

En este punto los jueces entendieron que el derecho a la intimidad debía primar, pero establecieron cierto límite en la protección constitucional en la afectación de esa conducta a terceras personas.<sup>43</sup> Esta última aclaración deja una zona gris sobre ciertas tenencias para consumo, como las efectuadas en espacios públicos sin personas en las inmediaciones.

---

43 Consid. 23° de la sentencia

Se consideró que al no haber afectación a los derechos de un tercero dentro del “consumo personal”, penar la conducta sería contraria a el espíritu de la Constitución en ese artículo.

También hay que manifestar que la Corte en la parte dispositiva del fallo, yendo más allá de la solución del caso penal, exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

Esto no quita que la ley siga plenamente vigente, y que cualquier consumidor pueda ser sometido a juicio y eventualmente tener que llegar hasta la Suprema Corte por vías recursivas dentro del proceso, para no ser sancionado por su conducta. Aunque la mayoría de los jueces aplican la doctrina de la Corte Suprema, el hecho de que no se cambie la ley dejaría librado al azar de la conformación de la corte, la penalización o no de estas conductas, como vemos que ha venido sucediendo.

## **Capítulo 3: Legislación contemporánea comparada.**

### **Reseña del Derecho comparado<sup>44</sup>:**

Diversas son las respuestas que dan los países<sup>45</sup> al consumo de estupefacientes y a la tenencia para uso personal, haremos mención de las posturas que se han adoptado en el mundo<sup>46</sup>. Harémos el enfóque empezando por América del Norte, exceptuando a Estados Unidos y Alaska, luego explicaremos la situación en América Central, América del Sur. Luego pasaremos a la situación africana, la de Oceanía, Asia y Europa, analizando países específicos.<sup>47</sup>

### **América del Norte:**

-Canadá: La venta de Cannabis es legal sólo a usuarios medicinales, al igual que la tenencia, el consumo, o el cultivo.

-México: Si bien el cultivo está prohibido, está despenalizado el consumo de sustancias cuando no supere determinadas cantidades.

---

44 Información en gran parte extraída de *transparencia.bcn.cl*.

45 MAYAN SANTOS María Encarnación “La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”. [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)

46 Se diferencian criterios, hay distintas legislaciones, incorporando un delito al derecho penal y aquellas que no requieren de la pena para solucionar un problema social con la importancia que ya en la comunidad nacional e internacional se ha tomado conciencia colectiva. “Criterios para el sancionamiento por consumo o tráfico de drogas en el Derecho Comparado”. Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *transparencia.bcn.cl*

47 “Autoría y Participación en los Delitos de Tráfico de Drogas: Derecho Penal Español y Derecho Comparado” por Sérgio Bruno Araújo Rebouças <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/46>

### **América Central<sup>48</sup>:**

-Bélice, Honduras, Costa Rica, Guatemala: Si bien está todo prohibido, se están discutiendo proyectos para despenalizar el consumo, la tenencia o el cultivo.

En el resto de los países está prohibido, excepto en El Salvador que ha legalizado la tenencia, el consumo o el cultivo, con alguna limitación.

### **América del Sur<sup>49</sup>:**

-Colombia, Perú, Paraguay, Ecuador: Son países donde el cultivo está prohibido, pero la tenencia y el consumo, están despenalizados en el caso de no superar determinadas cantidades.

-Brasil y Uruguay: La tenencia o el consumo, no son penalizados cuando un juez determine que es para consumo personal.

-Argentina y Chile: Todo está prohibido por la ley, pero se están debatiendo proyectos para modificar la situación.

-Bolivia , Venezuela, Guyana, Suriname, Guyana Francesa: Todo se encuentra prohibido y no tienen en miras modificar su situación legal.

### **África:**

-En todo el continente se encuentran prohibidos legalmente el consumo, la tenencia y el cultivo, al menos de marihuana, que sirve como parámetro de droga relativamente blanda.

-Hay una excepción: En Mozambique cuando la tenencia/consumo y hasta el cultivo también, cuando no supera

---

48 Tráfico de drogas en América Latina: emergencia, contexto internacional y dinámica interna. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/76/art/art5.htm>

49 El debate para legalizar las drogas alza vuelo en América Latina <http://www.elcato.org/el-debate-para-legalizar-las-drogas-alza-vuelo-en-america-latina>

determinadas cantidades están despenalizados, aunque se aplican sanciones de multa.

### **Oceanía:**

-Australia: El consumo, la tenencia y el cultivo, cuando no supera las cantidades que fija la ley, están despenalizados.

De los demás países hay poca información pero en general está prohibido.

### **Asia:**

En gran parte del continente la tenencia, el consumo o el cultivo, al menos de cannabis, está totalmente prohibido.

Pero hay varias excepciones:

-Israel: Con respecto al cannabis, la venta, el consumo, la tenencia, y el cultivo, cuando tengan fines medicinales están no solo despenalizados, sino que legalizados.

-Irán: El consumo o la tenencia están despenalizadas cuando no supera cantidades determinadas. El cultivo en cambio está legalizado, pero solo con fines industriales como la fábrica de telas por ejemplo.

-India: La venta de cannabis, el consumo, la tenencia y el cultivo, están no solo legalizadas sino también legalizadas cuando involucre fines religiosos o rituales.

-En Corea del Norte se da una situación especial con respecto al cannabis, ya que ni la venta, ni la tenencia, el consumo o el cultivo se encuentran prohibidos. Por lo tanto la venta es absolutamente libre.

-Rusia: La tenencia y/o el consumo están despenalizadas cuando no supera ciertas cantidades, aunque igualmente se aplican multas. El cultivo al menos de cannabis se encuentra totalmente prohibido.

**Europa<sup>50</sup>:**

-Alemania, Hungría, Noruega, Lituania, Dinamarca: Son países donde el cultivo está penado, pero la tenencia o el consumo cuando no supera determinadas cantidades está despenalizado. Igualmente se aplican multas.

-Portugal, Estonia, Austria: Es el mismo caso que en los países nombrados recién, pero sin tener la multa como sanción. Alcanza para no aplicarse la pena, que la tenencia o el consumo no supere determinadas cantidades.

-Eslovenia, Croacia, Suecia, Irlanda, Francia: Aquí el cultivo también es ilegal, pero el consumo o la tenencia están despenalizadas, aunque cuando el juez determine que es para consumo personal. Igualmente se aplican sanciones administrativas, como multas.

-Suiza: Despenaliza el cultivo y el consumo cuando no exceda determinadas cantidades, y agrega algo muy importante que es la despenalización del cultivo con fines industriales.

-Italia y Luxemburgo: Tanto el cultivo, como la tenencia o el consumo, cuando no excede las cantidades permitidas está despenalizado, aunque se aplican sanciones multatorias.

-Finlandia: Esta despenalizado el cultivo, el consumo o la tenencia, pero no se guían por cantidades, sino que es el juez quien determina si es para consumo personal el cultivo o el consumo/tenencia.

-Inglaterra: El consumo o la tenencia, cuando el juez determine que es para consumo personal, no será penalizado, pero el cultivo es ilegal al menos de cannabis.

---

50 Penas asociadas a los Delitos de Drogas en países europeos. *transparencia.bcn.cl*

-Grecia: El consumo o la tenencia están despenalizados cuando no superen determinadas cantidades, pero el cultivo solo no será penado si el juez determina que es para consumo personal.

-Bélgica: Están despenalizados tanto el consumo como la tenencia o el cultivo, al menos de cannabis, cuando no supere determinadas cantidades.

-República Checa: La venta de cannabis es totalmente legal, para usos medicinales. El consumo y cultivo esta sujeto a no exceder las cantidades determinadas por la ley.

-Holanda<sup>51</sup>: La venta de cannabis está totalmente permitida (legalizada) aún con fines recreativos, pero con ciertas limitaciones como que sea hecho en lugares especializados. El consumo personal y la tenencia están despenalizados en caso de no superar determinadas cantidades. Pero se encuentra prohibido el cultivo.

-España: La venta está legalizada, pero sólo en clubes de cultivo. La tenencia, el consumo y el cultivo se encuentran despenalizadas cuando el juez determina que es para propio consumo.

En el resto de los países europeos, que son relativamente pocos, se encuentra prohibido el consumo, la tenencia, y hasta el cultivo al menos de cannabis.

### **Podemos hacer otra clasificación que involucra otros datos:**

1. Están aquellos que consideran delito a la conducta de posesión y/o consumo de estupefacientes, con la alternativa de

---

51 Crónicas desde la resistencia: el modelo holandés sobre drogas.  
<http://derechoderesistencia.blogspot.com.ar/2011/05/cronicas-desde-la-resistencia-el-modelo.html>

poder suspender el proceso o la ejecución de la sentencia si el usuario se somete a un tratamiento terapéutico o educativo, entre ellos Argentina, Brasil, Alemania<sup>52</sup>, Francia, Suecia, Inglaterra.

Debe señalarse que en la práctica en países como Alemania, Francia e Inglaterra, los fiscales pueden desistir de la acción por considerarlo un delito menor, o los usuarios pueden recibir una advertencia por parte de la policía (Scotland Yard) y ser acompañados a los servicios de salud o agencias sociales para que sigan un tratamiento o un consejo.

2. Hay otros países donde la tenencia es considerada una mera contravención por ejemplo España, Italia y Chile<sup>53</sup> (en este último sólo ciertas situaciones especiales como la de portar estupefacientes en lugares públicos). Cabe agregar que en Italia, quien es hallado con drogas para uso personal es susceptible que se le impongan sanciones administrativas como la cancelación del registro, la incautación del pasaporte, etc.

3. Asimismo, hay países que han desincriminado la tenencia de cierto tipo de estupefacientes para uso personal en especial, por ejemplo la marihuana en el caso de Bélgica.

4. Hay países que han desincriminado la tenencia de drogas para uso personal en general como Uruguay, Perú y Portugal.

---

52 Ley de Fiscalización de Estupefacientes (Alemania). <http://reforma-de-la-carta.blogspot.com.ar/2009/02/ley-de-fiscalizacion-de-estupefacientes.html>

53 En Chile son drogas "todas las sustancias naturales o sintéticas que, introducidas en el organismo, alteran física y psíquicamente su funcionamiento y pueden generar en el usuario la necesidad de seguir consumiéndolas". Esto incluye sustancias cuya producción y comercialización es ilegal (como el LSD), sustancias legales de consumo habitual (como el alcohol o el tabaco) y fármacos de prescripción médica (tranquilizantes, por ejemplo), que pueden ser objeto de un uso abusivo. [http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso?item\\_id=4153&leng=es](http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso?item_id=4153&leng=es)

5. Hay países donde se da una situación especial, como Holanda, en el cual se encuentra penalizada la tenencia de droga para uso personal pero se permite la venta en ciertos lugares especiales como los "coffee shops".

Debe destacarse, al contrario de lo que todo el mundo cree, que se encuentra criminalizada la tenencia de drogas en Holanda con ciertas limitaciones, pero los fiscales están autorizados a no promover la acción.

Haremos mención y analizaremos algunas de estas situaciones particulares:

**– Coffee Shops:**

Los coffee shops de Amsterdam, al igual que en otras ciudades de Holanda, son cafés o bares que cuentan con habilitación de las autoridades de la ciudad para vender marihuana a sus clientes. Esto no significa que el consumo de drogas sea legal en Holanda; sólo quiere decir que se tolera el consumo controlado y en pequeñas cantidades de las llamadas "drogas blandas".

Estos bares están identificados por una etiqueta especial otorgada por la municipalidad donde consta que el local está habilitado y deben respetar una serie de requisitos o en su defecto arriesgan el pago de multas importantes y hasta el cierre definitivo de su negocio.

Según estas condiciones, se exige que el local no posea más de 500 gramos de hierba en existencia, que no se vendan drogas duras, no vender a menores de 18 años (se piden documentos), no vender más de 5 gramos por persona, no vender alcohol y que no haya disturbios.

Como las prohibiciones incluyen también el no hacer publicidad de la venta de drogas, muchos locales apelan a recursos gráficos

para indicar a la posible clientela la naturaleza de su negocio, tales como letreros con rastafaris fumando, haciendo alusión a la cultura del reggae y los hippies.

El aspecto de los coffee shops es, en general, bastante llamativo y ambientado con diferentes decorados. Normalmente hay música, en algunos Internet, mesas de billar, televisión, mesas para jugar ajedrez o juegos de cartas y en otros se puede también comer algo o tomar café, té o jugos. El local provee de todo lo necesario para el consumo de la marihuana: papel para armar cigarrros, pipas, etc.

Cabe aclarar que si bien el consumo personal y responsable de marihuana es tolerado, cualquier persona detenida en posesión de más de 5 gramos de hierba, que conduzca bajo los efectos del cannabis o que intente venderla o comprarla fuera de los locales habilitados arriesga ir a prisión. Por supuesto también es totalmente ilegal salir de Holanda con marihuana, cualquiera sea la cantidad, y los controles son muy estrictos.

Últimamente estos sitios han cambiado su normativa, la cual limita la venta de cannabis a los propios holandeses o ciudadanos con permiso de residencia, que deberán inscribirse como miembros de los 'coffee shops' para acceder a esta sustancia, convirtiéndose de esta manera en una especie de clubs privados que podrán tener un máximo de 2.000 miembros.<sup>54</sup>

### **– Autocultivo**

El cultivo es la práctica de sembrar semillas en la tierra y realizar las labores necesarias para obtener frutos de las mismas.

---

<sup>54</sup> El turismo de 'coffee shops' en Holanda se acerca a su fin.  
<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/01/internacional/1335841240.html>

La agricultura, por su parte, es un arte milenario que tiene el propósito de cultivar la tierra mediante diferentes tratamientos y alternativas con el fin de optimizar el producto y así obtener diversos vegetales y frutos que puedan ser utilizados con propósitos alimenticios, medicinales, estéticos, enteógenos, etc.

Luego de esta breve definición podemos decir que el autocultivo es un tendencia cada vez más propicia debido al que el producido final artesanal suele ser “natural” por tener nada o baja cantidad de productos químicos y utilizar métodos de cultivo y almacenamiento más saludables. Esto se traduce a una importante reducción de riesgo en la salud de la persona que consume. Tenemos que agregar que el aumento del autocultivo entre los consumidores trae como consecuencia una baja en el consumo de las drogas llamadas “químicas”, que con excepciones, tienen reputación de ser más peligrosas por la poca información que hay de ellas producto de la prohibición. También aleja a los consumidores del mercado ilegal para poder conseguir sustancias.

Con respecto al cannabis en particular, que podría decirse que es droga ilegal con mayor tolerancia social actualmente, hay muchos proyectos en tratamiento en diferentes países para despenalizar, y hasta legalizar en algunos casos, el consumo personal. Algunos de los argumentos es que la prohibición beneficia económicamente al narcotráfico, ya que la despenalización bajaría drásticamente el precio, como también una mayor calidad en los productos.

Estos proyectos se están tratando actualmente en Uruguay, México, Colombia,

Chile<sup>55</sup>, Argentina, por ejemplo, dentro de latinoamérica.

---

55 La despenalización del autocultivo de marihuana en Chile: un debate en beneficio de toda la sociedad. <http://www.elciudadano.cl/2013/03/23/64814/la-despenalizacion-del-autocultivo-de-marihuana-en-chile-un-debate-en-beneficio-de-toda-la-sociedad/>

Existen muchos países con un aparente vacío legal en el tema, por lo que en general entienden que “lo que no está prohibido está permitido”, como reza el principio jurídico. Un claro ejemplo es el caso de España que sólo prohíbe el cultivo para la venta, pero no para el consumo personal.

### – Clubes de cultivo<sup>56</sup>

Los Clubes Sociales de Cannabis (CSC) son asociaciones de personas usuarias que se organizan para autoabastecerse sin recurrir al mercado negro. Se basan en el hecho de que el simple consumo de drogas ilícitas no ha sido nunca un delito en la legislación de algunos países por ejemplo España. Aprovechando ese hueco legal, desde hace años existen clubes privados que producen cannabis para su distribución sin ánimo de lucro en un circuito cerrado de adultos previamente usuarios.

Desde su aparición, alrededor de 2002, los CSC han permitido que varios miles de personas dejen de financiar el mercado negro y conozcan la calidad y origen de lo que consumen, generando puestos de trabajo y recaudación de impuestos, y todo ello sin necesidad de denunciar los tratados de la ONU sobre drogas.

Por la naturaleza y forma de funcionamiento de dichos clubes, se puede plantear además un debate acerca de la conveniencia de dejar de lado la defensa de modelos alternativos de regulación basados en la creación de un circuito comercial abierto, similar al del alcohol o el tabaco, optando en cambio por un modelo consumerista

---

<sup>56</sup> Artículo “Los Clubes Sociales de Cannabis en España. Una alternativa normalizadora en marcha” Martín Barriuso Alonso. <http://www.intercambios.org.ar/wp-content/uploads/2012/05/clubes-sociales-de-cannabis.pdf>

y no lucrativo, que evita muchos de los riesgos inherentes a un mercado dominado por la búsqueda de beneficios económicos.

El boom de los clubes se dio luego de varias sentencias del Tribunal Supremo, que definieron el ámbito de cultivo para uso personal ya no como un delito, por no estar dirigido al tráfico.

El debate sobre políticas de drogas se distancia de la simplificación de legalización o prohibición, y se consideran formas alternativas para enfrentar el fenómeno de las drogas.

Los Clubes Sociales de Cannabis son una alternativa viable al mercado ilegal dominante, compatible con el cumplimiento de unos tratados sobre drogas que hoy por hoy parecen intocables e inmutables. Este modelo dificulta el acceso a la sustancia por parte de los menores, limita el llamado “turismo psicoactivo” y debilita el mercado negro al restarle clientes potenciales. Además, los miembros de un CSC pueden controlar el origen, calidad y composición de lo que consumen, mientras generan actividad económica legal y recaudación de impuestos.

## Capítulo 4: Análisis de diversos aspectos jurídicos

### **Límites constitucionales a la construcción de un tipo penal:**

La estructura del tipo penal previsto en el artículo 14 de la ley 23.737 que reprime la tenencia no resulta compatible con los principios constitucionales que delimitan los elementos que debe contener un tipo penal para ser constitucionalmente admitido, más si se tiene en cuenta el principio básico del derecho que indica que las leyes no solo deben ser interpretadas, sino que deben estructurarse conforme a la Constitución Nacional.

Para verificar tal situación es indispensable considerar los límites derivados de los principios constitucionales<sup>57</sup> que deben regir tal estructuración. Es así que por encima de cualquier tipo de prejuicios o valoraciones personales, nuestro ordenamiento jurídico penal se ve sometido por imperio constitucional a la existencia de una ley previa, escrita y estricta ( de lo que deriva su irretroactividad, la proscripción de la analogía y el propio principio de culpabilidad) y a otras imposiciones contenidas en la primera y segunda parte del artículo 19 de la Carta Magna, tales como el respeto a la autonomía ética, el principio de exteriorización de la acción y el principio de lesividad.

En consecuencia, el artículo 19 demarca los límites dentro de los cuales puede intervenir el estado a través de la pena criminal.

---

<sup>57</sup> La sujeción del Juez no puede ser del tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al Juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad. Hoy se requiere un derecho penal exclusivamente "eficiente" como lo expresa Winfried Hassemer en "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Ed. Ad-Hoc, 1998.

La propia ley penal tipifica un delito de peligro abstracto, idea influyente en la década de 1980, como se advierte en otros países, incluso europeos como en España<sup>58</sup>

### **Principio del acto**

Para que exista delito debe existir una acción y además la misma debe ser típica (esto es adecuarse a un tipo penal), antijurídica y culpable<sup>59</sup>. Entonces en este marco, injusto (acción descrita en la ley penal y desaprobada por el ordenamiento jurídico) y culpabilidad son dos categorías jurídicas cuyo contenido debe responder a los dispositivos constitucionales.

De acuerdo al llamado principio del acto no puede existir delito si no existe conducta humana, o sea acción del hombre.

Al presentarse la tenencia de estupefacientes como una situación de peligrosidad en si misma, se demuestra que lo que se pretende reprochar penalmente no es una acción sino una condición o carácter personal del autor. Tal visión se opone al principio del acto, puesto en el caso de la ley 23.737 la punición se basa en los caracteres personales del autor.

Por otra parte, la tenencia no es de por si una conducta, sino un estado de cosas. En consecuencia, la ley 23.737 penaliza la mera posibilidad de ejercer actos de dominio sobre una cosa por un lado y por el otro los caracteres personales del autor, afectando así un principio básico en el derecho penal que es el de *nullum crimen nulla poena sine acto* (no hay crimen ni pena si no hay acto o acción)<sup>60</sup>.

---

58 Delitos de peligro abstracto en el Código Penal español y la jurisprudencia. Autor: Maribel Vicente del Olmo. 2012. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201203-78233848548765.html>

59 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal Parte General" 2002.-

60 Derecho penal de acto. <http://cursogarantias2010.blogspot.com.ar/2010/04/derecho-penal-de-acto.html>

De esta manera, creemos que el legislador incurrió en un exceso de los límites materiales establecidos constitucionalmente para la construcción de un tipo penal<sup>61</sup>.

### **LIBERTAD (Artículo 19 CN)**

Para empezar a desarrollar este tema transcribiremos el texto del artículo 19 CN, así podemos ubicarnos de la mejor manera en el marco constitucional, que es altamente relevante en lo atinente a libertades individuales, y que toca casi constantemente cuestiones planteadas en la presente tesis.

Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina:

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

De este artículo<sup>62</sup> se desprenden ciertos derechos como la intimidad y la libertad, ya que crea un espacio protegido de las personas frente al Estado, donde éste no debe imponer ideales de vida vulnerando la libre elección de las personas.

Uno de los aspectos que más discusión genera es si la tenencia de estupefacientes queda amparada en lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional (las acciones privadas que no afecten a la moral ni al orden público quedan exentas de la autoridad de los magistrados) o si su punición afecta a tal principio.

---

61 Es por ello que deriva de su construcción punitiva su inconstitucionalidad ya que La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres responde a la concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan. (Fallos 308:1412)

62 GELLI, María Angélica (2003) *Constitución de las Nación Argentina-Comentada*. Buenos Aires. Editorial La Ley

Esta discusión se dio en la doctrina y - como ya señaló - en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y las discrepancias se originan en la valoración de si la tenencia de estupefacientes es lesiva al orden y la moral pública y, en consecuencia perjudicial para terceros<sup>63</sup>. En consecuencia, el punto a discutir es si la tenencia es lesiva del derecho de otro y escapa por lo tanto al ámbito de protección de la cláusula constitucional.

Resulta de suma importancia para ilustración del lector, transcribir partes sustanciales del fallo Bazterrica dónde los jueces de la Corte Suprema exponen sus posturas sobre la libertad y el consumo de drogas:

*“Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, de la ética colectiva, en la que aparecen custodiadas bienes o intereses de terceros”<sup>64</sup>*. Precisamente, a la protección de las relaciones intersubjetivos, esto es acciones que perjudiquen a terceros, las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

También se dijo que el sujeto puede un día probar la droga, luego empezar a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica – y en algunos casos física -. Frente a estas diferentes etapas, hay respuestas que debe proporcionar el Estado. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, que ante

---

<sup>63</sup> Lo contrario significa consagrar un derecho penal de autor, pretexto para el ejercicio del poder punitivo que debilita la vigencia del Estado de Derecho, creando tipos por las agencias legislativas cuyo contenido claramente es contrario al concepto de acción que surge de la ley fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos y legitimando una injerencia ilegal en el ámbito de la privacidad.

<sup>64</sup> Considerando 8° del fallo Bazterrica (Fallos 308:1392) 29 de Agosto de 1986.

su rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que deber encargarse de proporcionar medios para tratar adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. La función del derecho, debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar o al menos no interferir con el derecho a ser tratados como adictos.

Incluso nuestro país es uno de los mas altos consumidores de drogas según un informe del 2012 de la ONU.<sup>65</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni dijo de este fallo al comentar su nota al mismo en Jurisprudencia Argentina del 15/10/86: “El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se publica y el voto que funda la tesis mayoritaria, in re “Bazterrica”, constituyen, en mi opinión una de las más importantes decisiones judiciales del siglo.....”

“Que en este marco, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir en la conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles libertad para que ellos los elija”.

“Conviene destacar que, en todos los votos, que componen el fallo quedó firmemente asentado que es fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna, que es un derecho inscripto en la propia Constitución también fundamental para la existencia de una sociedad libre”.<sup>66</sup>

---

65 Argentina mantiene un alto consumo de drogas, según un informe de la ONU.  
<http://www.infobae.com/notas/655665-Argentina-mantiene-un-alto-consumo-de-drogas-segun-un-informe-de-la-ONU.html>

66 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Comentario al fallo “Bazterrica, Gustavo Mario”, J.A., 15 de octubre de 1986; citado en PURICELLI, Estupefacientes, cit., pág. 46. Posición que fuera saludada como acertada por la doctrina más destacada de esa época, como el

### **Delitos de peligro abstracto y delitos sin víctima<sup>67</sup>:**

Es clásica la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, en los primeros se requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, en los segundos se castiga una acción típicamente peligrosa “in abstracto”.

La legislación argentina ha categorizado al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal como un delito de peligro abstracto, esgrimiendo como bien jurídicamente protegido a la salud pública, la simple tenencia (según la ley argentina) presupone un riesgo potencial presumido por la ley sin que se admita prueba en contrario.

En los delitos de peligro abstracto, la finalidad limitadora del bien jurídico se ha expandido de una manera inusitada, lo que implica la sanción de conductas que pueden llegar a ser inocuas en sí mismas, pero que sin embargo pueden reconducirse a la protección de bienes jurídicos remotos, materializándose la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización a la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

Ferrajoli explica en su obra “Derecho y Razón” que los delitos de peligro abstracto presumen una punición de la mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma<sup>68</sup>.

Zaffaroni por su parte, sostiene “sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una

---

autor a que hacemos referencia.

67 Una muy buena reflexión sobre delitos de peligro abstracto se encuentra en trabajo de Lucas Yancarelli: Los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad. <http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28752>

68 FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Ediciones Trotta, Madrid, 2001, p. 479.

situación de riesgo de lesión en el mundo real”<sup>69</sup>. No hay delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, sino sólo tipos en los que se exige la prueba efectiva del peligro corrido por el bien jurídico, en tanto que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado.

En los delitos de peligro, principalmente abstracto, el concepto de bien jurídico ha sufrido una crisis que torna oscura la función delimitadora o reductora, ya que no se lo define a partir del individuo considerado como persona a la que debe respetarse por encima de cualquier interés colectivo o función del sistema, sino por el contrario, se da prioridad a una tutela fuertemente anticipada que se materializa en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión. Una prueba de ello es que en la República Argentina la tenencia de estupefacientes para el consumo personal es considerada un delito, cuyo bien jurídicamente protegido es la salud pública<sup>70</sup>, y puede tener como consecuencia de hasta dos años de prisión para el autor del ilícito, según lo establece la ley 23737 (incorporada al código penal) en el segundo párrafo de su art. 14, esto en clara contradicción con principios constitucionales vigentes en un Estado democrático y de derecho.

Zaffaroni señala que ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles: unos insisten en que el peligro se presume iure et de iure y otros en que se trata de la existencia de un peligro del peligro concreto. En el primer caso estaríamos frente a

69 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal Parte General”, 2º edición, Ediar 2002, Bs. As., p. 491.

70 Un muy buen resumen sobre delitos contra la salud pública es un artículo de la Web de Encilopedia Juridica <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delitos-contra-la-salud-publica/delitos-contra-la-salud-publica.htm>

simples infracciones administrativas –delitos de desobediencia como los llamó Binding- y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa –triplicación de peligros: riesgo de riesgo de riesgo.<sup>71</sup>

Silva Sánchez afirma que hay una “expansión razonable” del derecho penal en una sociedad que se ha caracterizado como “de riesgo” y una expansión que es irrazonable<sup>72</sup> que invade espacios que bien pueden ser cubiertos por otros ámbitos del ordenamiento jurídico que no sea el estrictamente penal.

A todo esto, deviene como lógica la consecuencia de la inconstitucionalidad de cualquier figura penal perteneciente a la categoría de los llamados delitos sin víctima y de los llamados delitos de peligro abstracto. En los primeros, por la sencilla razón de que no hay sujetos afectados y en los segundos porque la afectación del bien jurídico debe concretarse en un resultado o lesión o, bajo ciertas condiciones, en un resultado de peligro concreto y efectivo corrido por el bien jurídico protegido.<sup>73</sup>

**Principio de lesividad del bien jurídico protegido y la ley 23.737<sup>74</sup>:**

El concepto de bien jurídico refiere al objeto protegido en el sistema penal, por lo que existe una relación indisoluble entre el bien jurídico y la norma penal. El bien jurídico, entonces, señala lo que se quiere proteger, y son bienes jurídicos, por ejemplo, la vida,

71 ZAFFARONI Eugenio Raúl “*Derecho Penal Parte General*”, Ediar 1999, Bs. As, p. 474.

72 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La expansión de derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales” segunda edición, Ed. Civitas.

73 ZAFFARONI Eugenio Raúl “*Derecho Penal Parte General*”

74 No hay duda de que todo bien jurídico requiere estar dotado de un cierto valor de socialidad para justificar cualquier decisión político- criminal.

la salud individual, el patrimonio, la administración pública y el medio ambiente, entre otros. En consecuencia, cuando el Estado sanciona una norma penal señala el bien jurídico a proteger a través de la misma.

Para que se establezca una responsabilidad penal es necesario entonces que se cumpla con la exigencia básica de la lesión de un bien jurídico. El denominado Principio de Lesividad indica que no puede legitimarse una intervención punitiva cuando no media la afectación de un bien jurídico, total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista y encuentra su fundamento en el objetivo de limitar el poder del estado de definir conductas criminales.

El bien jurídico tutelado por la ley 23.737 es la salud pública entendida como valor social y comunitario. De acuerdo a esta concepción, la peligrosidad de estas conductas estará en función de poder afectar la salud de un número indeterminado de individuos, lo que puede poner en grave peligro la realización de los principios básicos de organización de las personas y de la convivencia en sociedad.<sup>75</sup>

Estamos de acuerdo con el Dr. Horacio Cattani cuando sostiene que no se puede incluir en el tipo penal a las conductas que, a pesar de ser formalmente subsumibles en él, no son creadoras de un riesgo relevante y suponen un peligro insignificante para el bien jurídico. Entre estas deben considerarse: la tenencia o suministro de sustancias que por su desnaturalización cualitativa o nimiedad cuantitativa carezcan de consecuencias potencialmente dañinas para el bien jurídico así considerado. También debe

---

75 Fundamentos del Proyecto de reforma de la ley de estupefacientes. N° de Expediente 7284-D-2006 <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdrogadccion/Proyectos%20de%20ley/Proyectos%20de%20ley/7284-D-06.htm>

considerarse que falta la tipicidad en el caso de aquellas conductas que aún en apariencia de afectar el bien jurídico afirman el derecho humano a la salud, como las prácticas que se pueden seguir en la llamada “reducción de daños”.

El contenido material del delito penal está dado por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. El fundamento de la pena no lo constituye solo el incumplimiento de la norma sino, que por requerimiento del artículo 19 de la Constitución Nacional debe concretarse una concreta y no presunta afectación del bien jurídico. De esta forma el injusto (la acción típica y antijurídica) implica un doble desvalor: del acto y del resultado. Precisamente la circunstancia de que resulte necesario imputar al acto desvalorado una afectación real y efectiva del bien jurídico representa un claro límite a la intervención estatal.

## **SALUD PÚBLICA** <sup>76</sup>

Se entiende por salud pública, la salud de todos, la de la población en general, de manera indeterminada y que va más allá de la suma de las saludes individuales de los habitantes.

La salud pública fue, es y deberá ser siempre una preocupación del Estado y por eso mismo, no debería dejar en manos del mercado sin un control profundo de cada una de estas etapas es decir, todo lo que hace a su elaboración, distribución y consumo cuando el peligro no es, ni más ni menos que el posible perjuicio de la salud de la población en general. Es decir que el Estado debe poner en manos de los organismos de control todo el presupuesto necesario para lograr un control eficiente al grado de

---

<sup>76</sup> “Delitos contra la salud pública” por el Dr. Heriberto Hoczman.  
[http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/delitos\\_salud\\_publica.htm#\\_ftnref1](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitos_salud_publica.htm#_ftnref1)

poder interceptar incluso hasta cualquier sabotaje que no fuera detectado por los propios miembros de la cadena de producción y distribución.-

Entiende nuestra Constitución Nacional que la salud – estado de bienestar psico-físico general- es un derecho tutelado por ella y elevado a rango de derecho fundamental. Así lo muestra nuestro Preámbulo, contenedor de nuestro programa constitucional que luego se plasma en todos y cada uno de los artículos que la conforman, donde se encuentra la frase *“con el objeto de (...) promover el bienestar nacional”*. Luego, el derecho a la salud, queda comprendido en la norma que establece la existencia de los llamados “derechos implícitos”, Art. 33 de la Constitución Nacional: *“las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”* Por último, además, el derecho a la salud también es un derecho protegido por nuestra Carta Magna, desde que ella ha adherido y ha integrado dentro de su texto a todos los tratados internacionales que se mencionan en el artículo 75 inciso 12º de nuestro texto constitucional, protectorios también de este derecho.<sup>77</sup>

Resulta ser entonces el bien protegido por esta norma, el derecho a la salud, entendida no individual sino supraindividualmente, como un verdadero interés difuso.

### Critica

La impuesta ilegalidad de algunas sustancias psicoactivas tienen como objetivo, según el legislador, de amparar y proteger el

---

<sup>77</sup> Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la **salud** y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia medica y los servicios sociales necesarios (...).”

bien jurídico “salud pública”, por entender, con un criterio paternalista, que toda persona que hace uso de éstas sustancias atenta contra su propia salud y en el caso del comercio, pone en riesgo la salud de los demás.

Tenemos que desechar este criterio porque no se concilia con la realidad: vemos que algunas sustancias que atentan contra la salud pública e individual carecen de prohibición alguna, tales son los clásicos ejemplos del tabaco y el alcohol. También podemos agregar, que la prohibición tiene como consecuencia un mayor deterioro, al menos, de la salud individual y pública, por generar condiciones inhumanas de tráfico, producción y consumo de las diferentes drogas.

¿Qué derecho de salubridad puede exigir el consumidor mientras se mantengan estas sustancias controladas por un mercado ilegal?

Si el bien protegido es la salud pública ¿con qué argumentos se sostiene la paradoja de la ilegalidad arbitraria de algunas drogas mientras que otras son de venta libre? Sobre esto hemos hecho un análisis seguidamente.

### **Paradoja de la ilegalidad arbitraria de algunas drogas y la legalidad de otras.**

#### **El argumento objetivo<sup>78</sup>**

La base de la intervención coercitiva sobre el entendimiento ajeno es el alegato de que determinadas sustancias provocan embrutecimiento moral e intelectual, y por eso mismo son *estupefacientes*. La característica de este argumento fue

---

78 “La prohibición: principios y consecuencias” por Antonio Escohotado  
Traducción: Carlos E González  
<http://www.escohotado.com/articulos/laprohibicionprincipiosyconsecuencias.htm>

basarse en cuerpos químicos precisos y por eso es legítimo distinguir entre un argumento antiguo y uno moderno.

El antiguo afirmaba que estupefacientes eran algunos compuestos químicos (*opio, morfina y cocaína* hasta 1935) cuyo uso discrecional debía ser desaconsejado, por representar una bendición en manos de *médicos y científicos* y una maldición en manos de toxicómanos.

La *Convención única de 1961* amplió la lista de esos compuestos, aunque ese número haya continuado siendo insignificante en comparación con el de las sustancias psicoactivas naturales y producidas por laboratorios. Como hasta mediados de los años 60 todavía era fácil obtener en las farmacias variantes tan activas -o aún más- que los fármacos controlados, la vigencia de un régimen semejante produjo un pequeño mercado negro a la vez que un floreciente mercado blanco, no sólo de alcohol y de otras drogas vendidas en supermercados, sino también de *anfetaminas, barbitúricos, opiáceos sintéticos, meprobamato, benzodiazepinas, etc.*

La argumentación objetiva antigua entró en crisis cuando toxicólogos del mundo entero coincidieron en declarar indefendible el concepto oficial de estupefaciente, y el propio Comité de Peritos de la OMS se desentendió en relación a ese concepto por considerarlo *acientífico*. Nadie consiguió precisar en términos biológicos, neurológicos o psicológicos por qué ciertas sustancias eran llamadas estupefacientes y otras no. En ese momento -cuando los estupefacientes oficiales tenían una demanda muy escasa, y ya se perfilaba en el horizonte la amenaza psicodélica- cristalizó el argumento objetivo ulterior o moderno, que legitimaría una continuidad de la política antigua, aumentando su indefinición.

En efecto, según el argumento antiguo, los llamados estupefacientes eran medicamentos de prescripción muy delicada,

que sólo ciertas personas podrían recetar o investigar. Pero pronto se transformaron en sustancias cada vez más indeseables y superadas por los progresos de la química de síntesis, que en ningún caso podrían quedar libradas al criterio de médicos y científicos. Su concepto pasó a ser estrictamente ético-legal, reflejado en un sistema de listas que marcaban la transición del simple control previo a la prohibición ulterior. A partir de entonces, las leyes no precisarían -ni en el período de deliberaciones previas, ni en sus exposiciones de motivos- esclarecer farmacológicamente cosa alguna; por ejemplo: porque el alcohol, las anfetaminas o los barbitúricos eran artículos de alimentación o medicamentos, mientras la marihuana y la cocaína eran artículos criminales. Como esto presuponía un elemento de arbitrariedad, la solución última y todavía en vigor, fue declarar que todos los Estados debían velar por el estado anímico de sus ciudadanos, controlando cualquier sustancia que causase efectos sobre su sistema nervioso. Nació así el concepto de *psicotrópico*, al mismo tiempo en que se disparaba enormemente la producción y el consumo de los estupefacientes, pues sus análogos sintéticos ya eran *sustancias psicotrópicas* que solo podían ser adquiridas en farmacias con receta médica.

### **Las objeciones**

El argumento objetivo en general, antiguo y moderno, se confronta en *primer lugar* con la idea científica de fármaco, que no proyecta determinaciones morales sobre cuerpos químicos por considerarlos cosas neutras en sí, benéficas o perniciosas, dependiendo de sus usos subjetivos.

En *segundo lugar* hay circularidad en la forma antigua y la moderna de exponer el argumento. En el inicio, se afirmó que ciertas sustancias son muy útiles en manos de personas competentes -admitiéndose un *usomédico y científico*-, mientras que al mismo

tiempo se creaban dificultades insuperables para que ese personal especializado dispusiese de ellas. Después, cuando terapeutas e investigadores reclamaron su derecho, se alegó que estas sustancias eran inútiles para la medicina o la ciencia, porque ya existían productos sintéticos mucho mejores. Por último, cuando algún médico insiste hoy en obtener una explicación técnica sobre las ventajas de los fármacos sintéticos (por ejemplo por qué la metadona es mejor que el opio), se retorna a la premisa inicial, esto es, la de que los tradicionales serían muy útiles e inclusive mejores, si fuera posible prevenir los abusos en su prescripción. Como no existe un modo *técnico* de probar que son drogas inútiles, se alega que son peligrosas, y, como es imposible hacer valer la peligrosidad ante un diplomado en toxicología, se alega que son inútiles.

En *tercer lugar*, el argumento objetivo prescinde del hecho de que una droga no es sólo un cierto cuerpo químico, sino algo esencialmente determinado por un rótulo ideológico y ciertas condiciones de acceso a su consumo. Hasta 1910, los usuarios norteamericanos de opiáceos naturales eran personas de la segunda y tercera edad, casi todas integradas en el plano familiar y profesional, ajenas a incidentes delictivos; en 1980, gran parte de estos usuarios son adolescentes, que dejan de cumplir todas las expectativas familiares y profesionales, cuyo vicio justifica un porcentaje muy alto de los delitos cometidos anualmente. ¿Será que los opiáceos cambiaron, o cambiaron los sistemas de acceso a estas sustancias? Cabe decir la misma cosa de las sobredosis involuntarias: ¿cuántos usuarios de heroína o cocaína murieron por intoxicación accidental cuando el fármaco era vendido libremente y cuántos murieron después de que se tornaran ilegales? ¿Puede atribuirse a cosa distinta del derecho vigente la inundación del mercado por sucedáneos mucho más baratos y tóxicos que los originales, como el crack?

Por más que se quieran presentar estos y otros efectos como desgracias imprevisibles, surgidas fortuitamente al defenderse la moralidad y la salud pública, el argumento objetivo deja de lado el hecho de que las condiciones vinculadas a la satisfacción de un deseo determinan decisivamente sus características. La realidad sociológica en materia de drogas es una consecuencia, y no una premisa, de su status legal.

Cuando se escamotea el efecto de la condición sobre lo condicionado, todo queda a merced de profecías autocumplidas, como la de aquel astrólogo inglés que tras adivinar cierto incendio futuro tomó la precaución de encender personalmente el fuego, a la hora y en el lugar ordenado por los astros.

Usando categorías biológicas, o simplemente lógicas, no es sustentable -en *cuarto lugar*- que el usuario de drogas ilícitas sea un toxicómano (*maníaco consumidor de venenos*) mientras el usuario de drogas lícitas constituye un *bebedor* o un *fumador*. Pero esta incoherencia permite mantener un negocio imperial a nivel planetario, exhibido sin el menor recato en todo el Tercer Mundo. Esos territorios son sometidos a extorsiones políticas, a devastaciones botánicas y a la persecución de sus campesinos, porque producen la materia prima de los principales agentes psicoactivos ilícitos, una materia que mata a occidentales a miles de millas de distancia; al mismo tiempo, es en el Tercer Mundo, donde actualmente son vendidos en masa los agentes psicoactivos lícitos, desde el tabaco y el alcohol a estimulantes y sedantes patentados, con una propaganda destinada a fulminar cualquier competencia de sus fármacos tradicionales. Allá, el tabaco -norteamericano, naturalmente- es de cinco a diez veces más barato que en el sector *civilizado* del mundo -aunque la pasta dental o las sulfamidas cuesten el triple- y no contiene ningún rótulo indicando que puede perjudicar la salud; allá también el Valium y las demás

benzodicepinas son vendidas por cartones de envases, si el comprador lo quisiera, indicando sus prospectos que no son drogas, son remedios.

### **La situación carcelaria<sup>79</sup>:**

La persecución creciente que ha resultado de esta legislación ha generado un aumento de la población carcelaria por delitos de drogas recayendo principalmente su peso sobre pequeños actores ligados a las actividades de tráfico. Se destaca en particular la población de mujeres y la de extranjeros como los grupos que más han aumentado en encarcelamientos por este tipo de delitos.

En lo referente a la población penitenciaria federal (SPF), a comienzos de 2009 un tercio se encontraba detenida por delitos con estupefacientes, siendo éste el segundo tipo luego de los delitos contra la propiedad (robos principalmente). Y en lo referente a la población penitenciaria de Buenos Aires (SPB), mientras en 2005 había solo 46 detenidos por delito de estupefacientes, en 2008 había 960, sin contar a los detenidos en comisarías. En septiembre de 2009, un 7,5 por ciento de la población detenida en el SPB lo estaba por infracción a la Ley 23.737.

En el caso específico de la población femenina, hasta 1988, el porcentaje de mujeres en la cárcel nunca había llegado al 5 por ciento de la población total del SPF. En 1989 alcanza el 6,2 por ciento y, a partir de 1995, se instala en torno al 10 por ciento, manteniéndose hasta ahora en ese nivel. Adviértase que el incremento nominal y porcentual de mujeres en la población del SPF coincide con la entrada en vigencia de la Ley 23.737 (que aumentó

---

<sup>79</sup> Información extraída de TNI Drugs & Democracy. "Argentina.Descriminalización pendiente.Panorama de las leyes de drogas y tendencias legislativas en Argentina". <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/argentina/item/238-argentina?pop=1&tmpl=component&print=1>

las penas). Esto revela un vínculo entre los delitos con estupeficientes y la población de mujeres. Por el lado del SPB, el porcentaje de mujeres es inferior con alrededor de un 4 por ciento de la población total. Pero según datos de 2008, este porcentaje estaría aumentando.

Distintas investigaciones permiten apreciar que el principal delito por el que se encuentran detenidas las mujeres en el ámbito del SPF es el de estupeficientes. Y según la Comisión Provincial de la Memoria, a septiembre de 2007, el 31 por ciento lo estaba por delitos con estupeficientes. El porcentaje de mujeres detenidas por estos delitos en el SPB estaría en alrededor de un 40 por ciento.

También sobre la población extranjera el porcentaje de detenidos por delitos vinculados con drogas resulta superior al de la población en general. En los primeros años de la década de 2000, los porcentajes se encontraban alrededor del 50 por ciento. En 2007 es del 68,46 por ciento.

Mientras la actividad de interdicción siga recayendo sobre este tipo de actores, sólo va a lograr éxitos momentáneos, sin contribuir verdaderamente a la contención del tráfico de estupeficientes. Arrestar en situación de vulnerabilidad (debido a la pobreza, el género y la nacionalidad), sólo agrava las condiciones en las que se encontraban esas personas.

Un nuevo estudio del CEDD<sup>80</sup> – Sistemas Desproporcionados<sup>81</sup>- demuestra además que la estrategia que se sigue no solo es ineficiente y contraproducente, sino que existe una fuerte desproporción en la asignación de recursos disponibles, con la

80 Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD)  
<http://www.druglawreform.info/es/quienes-somos/asociados/item/3915-colectivo-de-estudios-drogas-y-derecho-cedd>

81 Sistemas desproporcionados. Desproporción y costos económicos, institucionales y humanos de la política sobre estupeficientes en Argentina.  
[http://www.druglawreform.info/images/stories/Sistemas\\_Desproporcionados\\_ARGENTIN A-1.pdf](http://www.druglawreform.info/images/stories/Sistemas_Desproporcionados_ARGENTIN A-1.pdf)

persecución penal como preponderante, ante cualquier otra intervención por parte del Estado.

Incluso hoy en día por nuestra provincia suceden varios hechos relacionados con estupefacientes, y el sistema punitivo se muestra muy fuerte, presionando al Poder Judicial, y sobre todo a aquellos que fallan con una visión abolicionista.<sup>82</sup>

---

82 Periódico La Arena. Edición del 9/4/2012. "Droga: la policía cuestiona a jueces por excarcelaciones".[http://www.laarena.com.ar/la\\_ciudad-droga\\_la\\_policia\\_cuestiona\\_a\\_jueces\\_por\\_excarcelaciones-73420-115.html](http://www.laarena.com.ar/la_ciudad-droga_la_policia_cuestiona_a_jueces_por_excarcelaciones-73420-115.html)

## Capítulo 5: Conclusiones y reflexiones finales

Finalmente en este capítulo daremos nuestras reflexiones y argumentaciones para que en el derecho *haya un cambio hacia un nuevo fin*, revitalizando los lazos sociales y humanos para una mejor vida de todos los ciudadanos, no penalizando a las personas por lo que suceda en su ámbito privado<sup>83</sup>, sino utilizar las herramientas que la sociedad en un todo pueda ayudar, en igualdad y libertad.

### Derecho a la información

A la hora de diseñar una nueva ley de drogas es fundamental a nuestro criterio que se tenga en cuenta el derecho de la población al acceso a información verídica y objetiva sobre las diferentes tipos de drogas existentes, las formas menos nocivas de consumo, entre otras.

Todo esto direccionado a la reducción de daños y sobre la base de la libertad. Pero ubicándolo como un deber del Estado de informar, frente al respectivo derecho de Información de los ciudadanos.

Expondremos el diferente impacto que puede tener esta información con respecto a la población:

Una persona que ya es consumidora de alguna/s sustancia/s, influiría para que se concientice de las consecuencias reales de sus actos, algo que muchos consumidores desconocen a causa de la misma clandestinidad en que se manejan esos contenidos, a

---

83 El principio de lesividad juega un rol más que importante si hacemos una reflexión sobre los principios generales del derecho punitivo. Ver también: "Los delitos de peligro y el principio de lesividad. Autores: María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi UBA. [www.catedradeluca.com.ar](http://www.catedradeluca.com.ar)

consecuencia de la prohibición. El consumidor va a poder consumir lo que realmente desea consumir, y obtener ayuda en la salud pública para deshabituarse de consumos que desee deshabituarse. Todo estas decisiones pueden ser libres en la medida que ese conocimiento sea real y efectivo, con el cual el usuario podrá comparar las sustancias, sus beneficios y desventajas, y así sacar conclusiones para su vida sobre una base más sólida y completa de conocimiento.

El hecho de conocer los métodos de consumo menos agresivos, influiría directamente en su salud de un modo inequívocamente favorable, para los casos de consumidores que no deseen, al menos momentáneamente, dejar de consumir.

Distinta, aunque no tanto, es la situación de los no consumidores. Aquí podemos encontrar dos situaciones diferentes:

El que no consume ni quiere consumir: Una persona que no desea las drogas, no las necesite, o las deteste, al acceder en algún momento a la información, le va a servir para confirmar su postura, y a su vez a generar una mayor tolerancia hacia los consumidores, para no temerles ni discriminarlos, sino entenderlos e integrarlos.

El que no consume pero está interesado en consumir: El acceso a la información, por parte de ésta parte de la población, normalmente adolescentes aunque no únicamente, es más que fundamental. Es el momento ideal para aplicar las estrategias de prevención del consumo y/o el consumo abusivo. Si no garantizamos desde el Estado este derecho, dejamos que el conocimiento sea adquirido de lugares dudosos como comentarios, internet, los mismos vendedores, etc.

Es el momento justo para que la persona desista de sus deseos de consumir sustancias. Y si esto no fuera así porque la persona elija consumir igualmente, va a tener los elementos para

poder elegir lo que sea menos dañino para si mismo, como así también los métodos más adecuados de consumo para ese fin.

Sin información, al tratar de “ilegales” a las drogas que hoy lo son, se pone en un plano de igualdad a ciertas sustancias en ese sentido, generando una sensación de que todas iguales en su nocividad y en sus efectos.

Como dijimos, no sólo debe ser un derecho, sino también un deber del Estado, si es que este está realmente interesado en la salud pública de su pueblo como obliga la constitución.

### **Clubes de cultivo**

Ya hablamos anteriormente sobre qué es un club de cultivo, y consideramos que en un proyecto de ley progresista, destinado a cambiar la legislación actual, no puede dejar de estar presente la autorización para la creación de clubes de cultivo. En los cuales, en resumen, los socios se reúnen con el fin de generar sus propias plantas para consumir. Esto ya fue adoptado exitosamente en España, como hemos visto.

Genera trabajo para la gente e ingresos para el Estado, e influye enormemente en la calidad del producto final.

El Estado cumplirá una función de control, para que todo funcione de acuerdo a las exigencias de calidad (defensa al consumidor) que la ley determine.

Creemos que los denominados “Coffe Shops” no son la mejor opción para la venta, aunque no vemos que se pueda prohibir esa modalidad tampoco. Nadie juzga de ilegal actualmente a las tabernas, para dar un ejemplo en ese sentido.

Más certero nos parece que los mismos clubes de cultivo se encarguen, en caso de estar ante una legislación legalizadora, del

expendio de drogas a cambio de dinero (venta), ya que serán organizaciones altamente controladas por el Estado en todos los aspectos necesarios. Esos controles son los que hay que debatir en los recintos legislativos una vez aceptada una postura de legalización.

Sin perjuicio de ello, creemos que el sector farmacéutico podría tomar también las riendas del asunto, al menos en el ámbito de las drogas sintéticas.

En caso de que la ley que se pretenda aprobar sea “despenalizadora” únicamente, no legalizadora, los clubes de cultivo podrían existir para el consumo interno de los socios, sin las modificaciones que acabamos de proponer con respecto a la venta “libre”.

### **Diferencias entre el modelo despenalizador frente al que promueve la legalización.**

#### **- El modelo despenalizador o decriminalizador.**

Se ha ido abriendo camino en la última década a una opción, que caracteriza, con muchas variaciones, una creciente porción de Europa occidental, Australia y Canadá. En esta alternativa, se participa en el sistema de control internacional, pero se ha avanzado notablemente hacia la despenalización del consumo de varias o todas las drogas ilegales, y se abre camino una orientación, entre resignada y convencida, hacia la reducción de daños, es decir, aceptar la inevitabilidad del consumo y dedicar esfuerzos a que se realice en las mejores condiciones y circunstancias posibles.

En este modelo, se entiende por tanto que hay que establecer una separación entre tráfico y consumo, entre el sector de la oferta y demanda. Por otro lado, el sistema penal y policial distingue entre

unas drogas y otras según la peligrosidad que atribuye a su consumo. Y también entre sectores del mercado que resultan diferencialmente peligrosos.

Esta orientación pragmática anima los programas de sustitución de las drogas deseadas por los consumidores habituados por otras que ofrecen ventajas respecto al control social o a la forma de administración, como ocurre con la metadona respecto a la heroína.

También se concede gran énfasis en este modelo, tanto a nivel retórico como de políticas públicas a las inversiones en tratamiento de drogodependientes y en la prevención del consumo, generalmente basada en esfuerzos publicitarios y en programas escolares de formación e información.

Recientemente se ha destacado los efectos benéficos de la descriminalización del uso de drogas en otros países europeos o americanos, por ejemplo en Portugal, cuyo parlamento aprobó en 2001 una ley por la que dejaba de constituir delito la adquisición y posesión de drogas para el consumo propio, lo que parece haber favorecido las políticas y programas de reducción de daños, permitido dirigir esfuerzos y recursos hacia la prevención y coincidido – de forma más o menos causal—con una aparente reducción del consumo de casi todas las drogas ilegales, sobre todo en lo que concierne al inicio en el consumo por los adolescentes.

El caso de Estados Unidos es peculiar, porque, aún contando con muchos elementos de esta segunda opción que, como los programas de dispensación de metadona fueron originalmente implementados en este país y, a pesar de la variación que su sistema federal permite entre diversos estados, el enfoque punitivo predomina, sobre todo a nivel federal, y puede llegar a extremos de enorme intransigencia (tolerancia cero) y persecución de cualquier vulneración de la norma por pequeña que sea. Por otra parte,

Estados Unidos ha liderado durante todo el siglo el sistema prohibicionista que impera a nivel global y también ha dedicado ingentes recursos a la investigación en las diversas esferas del problema.

### **- La opción a favor de la legalización**

Hay, por último, otra opción que no existe en ningún lugar en lo que concierne a las drogas más duras, pero sí sobre las denominadas blandas, que es intelectual y emocionalmente atractiva.

Tanto que seguramente sea dominante en muchos entornos intelectuales y profesionales de Europa y, curiosamente, de Estados Unidos (ver Boaz 1990, para un resumen de puntos de vista favorables a la legalización, y Szasz 1992 para una argumentación radical de una postura libertaria).

Aunque con matices y variaciones, esta postura defiende que la mejor solución a los problemas que plantean las drogas ilegales sería su legalización, es decir, tratarlas como objetos legales de comercio y consumo restringiendo el control de su producción, e intercambio a las leyes y reglamentos civiles y mercantiles. Este era, por otra parte, el estatus que tenían la mayoría de los -estupefacientes- en la mayor parte del mundo antes de prohibirse a partir de 1909.

La distinción entre despenalización y legalización no siempre es tajante, al menos en lo que concierne a la dispensación controlada de drogas/fármacos en procesos terapéuticos o en relación a algunas drogas de amplia demanda. Por ejemplo, en Holanda se produjo una despenalización del uso de drogas en los años 70 seguida de una legalización de facto de los derivados del cannabis desde 1986. Pero este cambio se ha producido más por la

relajación en la aplicación de ciertas normas penales que por su abolición. Los efectos de este cambio de sistema regulador no son unánimemente evaluados, aunque parece que el consumo de cannabis ha aumentado ligeramente y se han visto afectados otros países vecinos, pero la situación se ha mantenido bajo control y los niveles holandeses de consumo están dentro de parámetros europeos y no son, ni mucho menos, de los más altos del mundo.

La corriente pro-legalización tiene la belleza de las soluciones simples y rotundas, sin excepciones. También pesa a su favor su defensa de la autonomía y la libre elección personal. Esta opción suele acertar en la crítica del régimen de control imperante y sus consecuencias negativas, desde la pérdida de calidad y adulteración de las drogas que se comercian, la corrupción política y funcional y la propia creación de mundos excluidos y criminales tanto en el consumo como en el comercio, entre otros. Barrios degradados, ciudades inseguras, policías corruptos, cárceles universalmente saturadas... Pero esta opción o estrategia está menos lograda en la precisión de las tácticas, los pasos a dar en el proceso de legalización y las consecuencias previsibles del libre comercio y promoción de sustancias como la heroína, la cocaína, o las múltiples variedades de fármacos de laboratorio que se ofrecen en el mercado ilegal cada año.

El único caso que mundialmente parece más factible actualmente es el de legalización concerniente a los derivados del cannabis, que se sitúa por eso en el más activo frente de batalla política sobre cambios jurídico-políticos de drogas. La legalización tácita o explícita de ciertos productos derivados del cánnabis es hoy posible en algún país europeo como Holanda y Suiza y, sorprendentemente, en algún estado norteamericano, como han probado los votantes de California.

Podemos concluir afirmando que cuando se hace referencia a la despenalización se apunta fundamentalmente a la no criminalización del consumidor únicamente.

Si bien es un paso importante, consideramos que es escaso para abarcar el asunto en su totalidad.

En cambio la postura legalizadora intenta no desconocer que para que la despenalización y regulación sea efectiva debe incluir, en el derecho y en los hechos, además todo lo concerniente a la producción de los estupefacientes, su venta, transporte, entre otras cosas.

Es más abarcativa en tanto incluye no solo la despenalización sino también la regulación de todos estos ámbitos, y entendemos que es la postura más coherente teniendo en cuenta la situación de desenvolvimiento relativamente controlado de las drogas legales en la actualidad y las herramientas que esto traería aparejadas hacia una mayor reducción de daños en los consumidores.

Esto se traduce entonces en una reducción superadora de los problemas derivados del consumo (muchos generados justamente por la ilegalidad de la sustancia), y en un respeto real de las libertades individuales de quien elige consumir determinadas drogas. Lejos está nuestra postura legalizadora de afirmar que el mercado, entendido en una forma netamente liberal, deba ser quien se encargue únicamente de regular el proceso, ya que entendemos que aquí es fundamental la participación del Estado para no dejar librados a los consumidores a las leyes de estos mercados que lógicamente impulsan un mayor consumo de sus productos y puede resultar también nocivo. El Estado debe intervenir entonces con políticas de información, de control de calidad, impositivas, etc, tal como desarrollamos con más profundidad en otras partes de esta tesis.

Un ejemplo de una droga que está legalizada es el alcohol o el tabaco, pero consideramos que con respecto a ciertas sustancias la regulación debe ser más estricta, como también veremos en el presente trabajo. Vemos en éste ejemplo la creciente intervención estatal que tiene por objetivo desalentar el consumo.

Decimos entonces que cuando hablamos de legalización, podemos discutir el grado de severidad de la regulación de las diversas sustancias (lo cual es determinante), pero siempre parados desde un punto de vista que no prohíba ni el consumo, ni totalmente la venta, con regulaciones que se deberán determinar en su caso, repetimos, haciendo estudios científicos objetivos para diferenciar las sustancias por sus efectos físicos y psicológicos a corto y largo plazo.

Prohibir alguna sustancia en particular va a seguir generando los problemas que venimos desarrollando y que han dado motivos a la presente tesis.

### **Comercio: control sobre precios y aspectos tributarios**

Cuando hablamos del control del mercado de drogas total del Estado, hablamos de apartar aquellos negocios que se encuentran en la sombra de la venta de drogas ilegales y desarrollar una política integral de control del consumo y del narcotráfico<sup>84</sup>. En su consecuencia la intervención estatal produciría los siguientes impactos positivos sobre la oferta y la comercialización de estos bienes:

*– Aumento de los ingresos tributarios para el Estado por cuenta del gravamen a la producción y comercialización de drogas.*

84 Un muy buen artículo sobre el tema: "El fracaso del control de las drogas ilegales en Argentina." Marcelo Fabián Sain. [http://www.nuso.org/upload/articulos/3626\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3626_1.pdf) obtenido 23/11/12

– *El consumidor no tendría que acudir a delincuentes para adquirir la droga.*

– Control de precios de las sustancias por parte del Estado, lo cual *minimiza los grandes excedentes que hacen rentable el negocio ilegal*. Esto conlleva la eliminación de una de las principales fuentes de financiación de las mafias y grupos armados que se lucran de esta actividad.

– Aumento del excedente del consumidor, dado que sería posible *conseguir la droga de mejor calidad a un menor precio* respecto del que estaba dispuesto a pagar.

– *Reasignación de recursos del Estado*, las entidades que destinan parte de su presupuesto a la lucha contra la producción y tráfico de drogas, dedicarían estos recursos a otro propósito, tal como financiar los mecanismos regulatorios estatales.

### **Control y vigilancia sobre los agentes**

La existencia de mecanismos de control estatal sobre la producción y comercialización de cierto bien puede verse reflejada en *una mejora en la calidad del mismo*, por las siguientes razones:

– Se pueden unificar métodos de producción en los cuales la fórmula y los componentes sean plenamente conocidos y aceptados por expertos en el tema (es el caso de la producción de medicamentos, bebidas alcohólicas y tabaco).

– Se pueden controlar las condiciones de expendio: si un bien es ilegal, alguien que quiera adquirirlo debe acudir a quienes infringen la ley para ofrecerlo, casi siempre personas relacionadas con el medio criminal. Esto hace que los consumidores pongan en peligro su integridad para conseguir la sustancia. Si existe regulación para la distribución del bien en cuestión, por ejemplo mediante la expedición de licencias y permisos a expendedores legales (caso del

alcohol en Finlandia, donde el monopolio estatal emite licencias), seguramente los consumidores no tendrán que acudir a maleantes, poniendo en riesgo su vida.

– Se puede controlar a quién se vende y quién no: es posible restringir el acceso a cierto tipo de bienes, a determinados sectores de la población que se consideren vulnerables, como por ejemplo menores de edad, mujeres embarazadas, algunos profesionales como conductores, pilotos de avión, etc. (caso del alcohol en Estados Unidos, Finlandia y otros países de la Comunidad Europea). Obviamente para que este tipo de control resulte efectivo, requiere de un monitoreo que resulta muy costoso.

– El Estado puede manipular los precios de manera que se minimice la posibilidad de surgimiento de mercados negros y de posibles excesos por parte de productores y comercializadores que conduzcan a que los consumidores busquen productos más baratos no regulados. Así mismo se reduce el incentivo a la introducción de contrabando. Por otra parte, el manejo de precios también puede ser implementado para ejecutar políticas de salud pública, como fue el caso de Finlandia, donde el Estado dispuso el encarecimiento de bebidas con alto contenido de alcohol y la caída del precio de los vinos suaves, de manera que se estimulara el cambio de hábitos de los consumidores hacia bebidas menos perjudiciales.<sup>85</sup>

### **Salud Pública**

El uso de drogas antes considerado un asunto de salud individual, ahora en su carácter masivo, pasó a convertirse en un problema de interés de la Salud Pública. Esta generalización del

---

85 Proyecto de Ley Plan Nacional contra las Drogas. Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico.  
<http://www.asociacionantidroga.org.ar/superint/Estadisticas/Proyecto%20Ley%20Plan%20Nac.%20contra%20las%20%20Drogas.pdf>

problema ha generado en nuestro país, distintos intentos de respuesta por parte de profesionales de la salud, de la educación, y de la comunidad en general.<sup>86</sup>

Las referidas respuestas surgen según las exigencias de los determinantes contextuales que marcan la tarea de distintos sectores o miembros de la comunidad (salud, educación, desarrollo social, trabajo en comunidad, etc.). Debido al avance que la investigación ha efectuado sobre la problemática del consumo de sustancias, es importante transferir ese conocimiento a técnicos y profesionales de distintos campos del conocimiento abocados a esta problemática, ya sea desde la perspectiva de la Prevención, la Asistencia, la Reducción del Daño, y/o la Investigación.

Se advierte entonces como necesidad, una redefinición de estas respuestas, donde la reflexión sobre este problema se constituye en instancia necesaria ante la intención de elaborar propuestas alternativas que impliquen un abordaje integral al mismo, sobre todo desde la perspectiva Preventiva, Asistencial y de Reducción de Daños, desde un Enfoque de Derechos Humanos.

Desde esta mirada, vale recordar que hace más o menos seis o siete años el premio nobel Milton Friedman escandalizó a los medios de prensa y a las autoridades de los Estados Unidos cuando en un artículo publicado en el New York Times se declaró partidario de la legalización del consumo de drogas. Los argumentos de Friedman eran esencialmente dos, uno económico y otro filosófico: en primer lugar, el fracaso del combate al narcotráfico, con los elevados costos que implica librar una guerra que se pierde desde hace años; en

---

86 Información sobre "Salud Mental y Adicciones". Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Salud Mental y Adicciones. <http://www.msal.gov.ar/saludmental/index.php/informacion-para-la-comunidad/ique-es-la-salud-mental-y-las-adicciones> obtenida 01/10/12

segundo, la total libertad que debe existir para que cada individuo decida cuales cosas consume y cuáles no.<sup>87</sup>

Toda persona debe tener una libertad de poder elegir, siempre y cuando el control estatal participe de esa elección. La salud humana sobre cualquier individuo debe responder a las exigencias de realidades concretas y no a meras ideas sobre lo que “habría que hacer” con aquellos que son altamente adictos a drogas que por ser altamente tóxicas, están esencialmente en relación a las clases bajas. Un ejemplo es la pasta base de cocaína o paco, la cual no es una droga. Es peor que eso: es el desecho de una droga. Afecta a los más jóvenes y adolescentes, incluso niños.

Seis de cada diez adictos al "paco" participaron de algún delito para poder fumar, según revela una etnografía realizada por la Subsecretaría de Atención de las Adicciones de la provincia de Buenos Aires, a cargo de Patricia Segovia, en un barrio muy humilde donde viven 2817 personas. El 47,2% de los encuestados, de entre 14 y 30 años, admitió consumir "paco". Pero el consumo salió de las villas y cada vez más chicos de clase media lo usan.

Con estos datos, una vez más expresamos que la salida de esta situación no es la criminalización de los adictos, sino el control y prevención sobre ellos.<sup>88</sup>

En definitiva, es urgente revisar una política de control de drogas que, habiendo sobrevalorado los beneficios de la intervención jurídico-penal y minusvalorado sus riesgos, ha resultado sustancialmente ineficaz y ha producido perturbaciones sociales y sufrimientos individuales de gran alcance.

---

87 Para una mejor reflexión sobre el tema. Diario La Nación  
<http://www.lanacion.com.ar/171689-puede-ser-legal-el-consumo-de-droga>

88 La ley de salud mental N° 26.657 incluye a estas personas en su art. 4: “Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.”

Se debe desarrollar un nuevo modelo de control social donde habrá que partir de ciertos datos relevantes que deberán ser debidamente considerados. Entre ellos, que no ha existido ni probablemente existirá nunca una sociedad sin drogas; que las drogas suelen ser sustancias que producen un indudable bienestar personal, por más que su consumo en determinadas circunstancias resulte o pueda resultar dañino para la salud individual, y que el ser humano es capaz de desarrollar, respecto a prácticamente todas las drogas pautas de consumo responsable.

El objetivo de todo control social de las drogas, no ha de ser impedir su consumo, sino difundir conocimientos que eviten el abuso de las mismas.

El énfasis del nuevo modelo de control social se ha de poner en la prevención de la demanda, despojada del lastre que para su eficacia le supone la visualización por la sociedad del contexto criminal del control de drogas. Además, se ha de atender sin prejuicios a las necesidades asistenciales de los abusadores de drogas.

#### **– Programa Nacional de Atención Integral para Usuarios de Drogas.**

Mediante un programa que abarque todo el país se debe garantizar el acceso universal a servicios de prevención, tratamiento, rehabilitación, reducción de daños e integración social, requiriendo de las provincias su adhesión y en atención a aquellos que padecen una adicción total del consumo de drogas.<sup>89</sup>

Es imprescindible que un Programa Nacional de Atención Integral para Usuarios de Drogas cuente con el presupuesto y los

---

<sup>89</sup> Para una profundización sobre el tema: Intercambios. Asociación Civil para el estudio y atención de problemas relacionados con las drogas: <http://www.intercambios.org.ar/wp-content/uploads/2012/05/15-Ideas-versi%C3%B3n-completa.pdf> Obtenida el día 05/02/13

recursos humanos necesarios para estructurar una red de servicios variados que atiendan problemas diferenciados (prevención universal y selectiva, dispositivos de bajos requerimientos o bajo umbral, atención en crisis, asistencia ambulatoria, centros de desintoxicación, centros de día, comunidades terapéuticas, servicios de soporte social, educativo y laboral). Esta red de servicios tiene que integrar y coordinar recursos con diferente dependencia administrativa y del sector público y privado, y promover la atención de los usuarios de drogas en todos los niveles del sistema público de salud (hospitales generales, centros de salud y unidades sanitarias). Es imperioso apoyar la creación y expansión de servicios hoy inexistentes o insuficientes, priorizando

aquéllos destinados específicamente a mujeres y a niñas, niños y adolescentes.

Otra prioridad son los tratamientos ambulatorios y los distintos dispositivos alternativos a la internación. La atención a los usuarios de drogas debe realizarse en consonancia con la ley de Salud Mental 26.657.<sup>90</sup>

Tal como indica la ley 26.657, la internación “sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables (...) Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social” (art. 14) y “debe ser lo más breve posible” (art. 15).

Así también la Ley 26.657, Art. 7 c) obliga a los servicios y efectores de salud públicos y privados asegurar que los dispositivos de atención a usuarios de drogas estén basados en fundamentos

científicos y ajustados a principios éticos. Los servicios deben evitar la discriminación y favorecer el acceso a los tratamientos de

---

<sup>90</sup> Texto completo de la ley: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

comprobada eficacia. El Estado tiene la obligación de velar por el cumplimiento, por parte de los dispositivos de atención a usuarios de drogas, de los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, establecidos en la Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por otro lado, la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR), a través del Observatorio Argentino de Drogas (OAD), realizó durante el año 2010 el Estudio Nacional en Pacientes en Centros de Tratamiento.<sup>91</sup>

El estudio Nacional en pacientes en Centros de Tratamiento brinda datos que permiten analizar un total de 21.252 pacientes con problemas de uso y abuso de sustancias psicoactivas en todo el país. Si observamos la distribución de los mismos en el territorio nacional se desprende que tanto Buenos Aires (42.8%) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (26.9%) son los distritos que cuentan con la mayor cantidad de casos. Sin embargo hay que tener en cuenta que estas jurisdicciones son las que tienen mayor cantidad de habitantes. En la provincia de Chubut se concentran un 6.4% de pacientes y en Tucumán un 5.4%. También Mendoza y Córdoba tienen un alto porcentaje de pacientes en relación al total del país, con valores del 3% y 2.1%.

Estos estudios son los que benefician a un complejo tema que no sólo debe ser analizarlo desde una óptica legal-penalista, sino desde una perspectiva sociológica, psicológica y sanitaria. El control estatal sobre aquellos que consumen drogas debe ser realizado en beneficio de un mayor bienestar para esas *minorías*, principio que

---

91 Estudio nacional en pacientes en centros de tratamiento Argentina 2010. Observatorio Argentino de Drogas. Área de investigaciones.  
[http://www.observatorio.gov.ar/informes/regionales/estudio\\_nacional\\_en\\_pacientes\\_en\\_tratamiento\\_2010\\_informe\\_regional.pdf](http://www.observatorio.gov.ar/informes/regionales/estudio_nacional_en_pacientes_en_tratamiento_2010_informe_regional.pdf) (Agosto 2012).

está protegido en el art. 1° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José de Costa Rica)<sup>92</sup> y de forma implícita en el art. 33 de nuestra Constitución Nacional.

### **Medidas de seguridad coactivas.**

Cuando hacemos referencia a medidas de seguridad coactivas, hacemos referencia a una alternativa actual en los procesos penales, para determinados casos donde se observe que el imputado por causas de estupefacientes es adicto, según criterio del Juez, en las cuales el imputado puede obtener algún tipo de beneficio, como una menor pena de cárcel o la eximición de la misma, a cambio de declararse adicto, y someterse a tratamientos médicos, y/o educativos.

La ley 23.737 incorporó las llamadas medidas de seguridad curativas y educativas que se encuentran dirigidas hacia personas que tienen que ser orientadas a aceptar que su identidad como usuarios de drogas es peligrosa para si mismo y para la sociedad.

Tenemos la convicción que la redacción de la ley 23.737 es sumamente confusa es lo que respecta a las medidas de seguridad coactivas. Por un lado su artículo 20 establece que el juez debe distinguir entre “el delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito”, pero por el otro y, de acuerdo con lo establecido por el artículo 14 segundo párrafo, cualquier persona que tenga en su poder

---

92 El art. 1 del Pacto San José de Costa Rica expresa: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B2\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

estupefaciente, aunque sea una cantidad por la que se presume que el mismo es para consumo personal, ya ingresó al delito.

De la misma manera, y también en el artículo 20, la ley distingue entre dos supuestos igualmente equívocos al establecer dos categorías entre quienes dependen psíquica o físicamente de estupefacientes y quienes no, cuya determinación queda en manos del juez.

En este sentido, la norma también influye en la actitud del imputado sobre quién se tiene que determinar la dependencia psíquica y física o no de estupefacientes, puesto que lleva a muchos consumidores a reconocerse como adictos o dependientes para no ver privada su libertad.

La ley también reconoce como una situación diferenciada la de aquella persona que “no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador” y determina que, por única vez, el juez de la causa podrá sustituir la pena por una medida de seguridad educativa, cuyo resultado se encuentra condicionado a la colaboración del condenado. En caso de comprobarse que la medida de seguridad educativa no cumplió con su cometido “el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia”.

A este respecto, estamos convencidos que una de las condiciones esenciales que determinan el éxito de un tratamiento radican en la voluntariedad y que el carácter compulsivo del mismo -tal como lo establece la 23.737- lleva indefectiblemente a su ineficacia e inutilidad, máxime cuando la falta de colaboración de usuario de drogas lo lleva a la cárcel o a la continuidad de un burocrático proceso judicial. Es por esto que proponemos la derogación de los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la ley 23.737 y la reformulación del 16 teniendo en cuenta solo a aquellas personas que cometieron delitos y que sean adictos a estupefacientes,

quienes pueden ser sometidos a un tratamiento siempre que prestaren consentimiento para ello.

La salud es uno de los derechos fundamentales del hombre, de conformidad con el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, los artículos 24 a 26 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación a la Mujer, incorporados al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional. Consideramos que el rango constitucional del derecho a la salud debe constituirse en un faro destinado a orientar las interpretaciones en los casos de conflicto entre la punición y el derecho de los usuarios de drogas de “demandar actividades de prevención tendientes a reducir el daño que pueda producir su consumo y la atención sanitaria que demande en razón de la atención a su adicción”<sup>93</sup>.

La norma en análisis se revela ineficaz para proteger la salud, tanto pública como individual, por lo que contribuye a dañar el bien jurídico que declama tutelar.

En síntesis, podemos decir que sería conveniente eliminar la obligatoriedad de éstas medidas.

---

93 Vazquez Acuña, Martín. “Uso de drogas, ley penal y los Derechos Humanos” en Dobón, Juan E. y Hurtado, Gustavo (compiladores): Las drogas en el siglo...¿qué viene?, Fundación Acción para la Comunidad (FAC), Bs. As. 1999.

## BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO SANJUAN, Mario e IBAÑEZ LOPEZ, Pilar, *Todo sobre las drogas legales e ilegales*, Dykinson, Madrid, 1992.
- BIDART CAMPOS, Germán (2003). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Garantismo Penal*. Buenos Aires. Editorial Ediar.
- CÓDIGO PENAL (2012). Ed. Zavalía. Bs. As.
- Constitución de la Nación Argentina, Ed. Eudeba. Bs. As. 2008.
- DE SANTO, Víctor (2005) *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía*. Buenos Aires. Editorial Universidad.
- ESCOHOTADO, Antonio, *Historia Elemental de las drogas*, Barcelona, 2005.
- ESCUDERO MORATALLA J. F. y FRIGOLLA VALLINA J., *Enfoque criminológico de la drogodependencia*.
- FERNÁNDEZ Gonzalo, “Bien Jurídico y sistema de delito” en *Teorías Actuales del Derecho Penal*, Bs. As, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”.
- GAMELLA, Juan, *Drogas: la lógica de lo endovenoso*, Revista Claves de la razón práctica, n. 18, 1991.
- GANZENMÜLLER, C. y otros, *Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*.
- GELLI, María Angélica (2003) *Constitución de las Nación Argentina-Comentada*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- HASSEMER Winfried en "Crítica al Derecho Penal de Hoy", Ed. Ad-Hoc, 1998.
- MENDOZA BUERGO Blanca, “El derecho penal en la sociedad de riesgo”, Ed.Civitas, Madrid, 2001.

- PASCUAL ARRIAZU, J. y RUBIO VALLADOLID, Gabriel (dir.), *Historia General de las drogas*.
- ROSA MONTAÑO, Blanca, *La marihuana (cannabis sativa)*, in *Las adicciones: dimensión, impacto y perspectivas*, Manual Moderno, México, 2001.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Madrid, 2000.
- VAZQUEZ ACUÑA, Martín. “Uso de drogas, ley penal y los Derechos Humanos”, Fundación Acción para la Comunidad (FAC), Bs. As. 1999.
- ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2000): *DERECHO PENAL Parte General* – Ed EDIAR - Bs. As.
- ZAFFARONI E. (2009): *ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL* – Ed EDIAR - Bs. As.
- [www.asociacionantidroga.org.ar](http://www.asociacionantidroga.org.ar)
- [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
- [www.cursogarantias2010.blogspot.com.ar](http://www.cursogarantias2010.blogspot.com.ar)
- [www.clarin.com.ar](http://www.clarin.com.ar)
- [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)
- [www.conferenciadrogas2010.files.wordpress.com](http://www.conferenciadrogas2010.files.wordpress.com)
- [www.derechoderesistencia.blogspot.com.ar](http://www.derechoderesistencia.blogspot.com.ar)
- [www.diputados.gob.ar](http://www.diputados.gob.ar)
- [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)
- [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es)
- [www.encyclopedia-juridica.biz14.com](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com)
- [www.gafisud.info](http://www.gafisud.info)
- [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)
- [www.infobae.com](http://www.infobae.com)
- [www.intersecciones.psi.uba.ar](http://www.intersecciones.psi.uba.ar)

- [www.intercambios.org.ar/15-ideas/sintesis-de-los-proyectos-de-reforma-de-la-ley-de-estupefacientes/](http://www.intercambios.org.ar/15-ideas/sintesis-de-los-proyectos-de-reforma-de-la-ley-de-estupefacientes/)
- [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- [www.justiniano.com](http://www.justiniano.com)
- [www.jursoc.unlp.edu.ar](http://www.jursoc.unlp.edu.ar)
- [www.laarena.com.ar](http://www.laarena.com.ar)
- [www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar)
- [www.msal.gov.ar](http://www.msal.gov.ar)
- [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com)
- [www.nuso.org](http://www.nuso.org)
- [www.nuevodiarioweb.com.ar](http://www.nuevodiarioweb.com.ar)
- [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)
- [www.nuso.org/upload/articulos/3626\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3626_1.pdf)
- [www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=335](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=335)
- [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)
- [www.revistadireito.ufc.br](http://www.revistadireito.ufc.br)
- [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar)
- [www.tirant.com/derecho/libro/el-derecho-penal-en-la-sociedad-del-riesgo-9788447016044](http://www.tirant.com/derecho/libro/el-derecho-penal-en-la-sociedad-del-riesgo-9788447016044)
- [www.unodc.org](http://www.unodc.org)
- [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)