

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



## FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS Y TECNICAS RECIENTES

---

**TÍTULO:** “HISTORIA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA TENENCIA PARA CONSUMO”

**Apellido y Nombres del/los alumno/s:** COLAREDA, Marcos - MONTES, Vanesa - TETTAMANTI, Gabriela.

**Asignatura sobre la que se realiza el Trabajo:** Derecho Penal II

**Encargado de Curso Prof.:** Dr. AGUIRRE, Eduardo Luis.

**Año que se realiza el trabajo:** 2012

**INDICE GENERAL**

Índice	2
Capítulo 1	
Introducción	4
Capitulo 2	
Breve recorrido por la legislación	7
Capitulo 3:	
Delito de peligro abstracto. Tipo penal	10
Capitulo 4:	
Antecedentes; un poco de historia	13
La interpretación de los derechos individuales	
vs. el poder punitivo del Estado	15
Fallo Colavini	16
Fallo Montalvo	18

Fallo Bazterrica	23
Fallo Arriola	25
Conclusion	32
Bibliografía	34

## **CAPITULO 1**

### **INTRODUCCION.**

La controversia respecto a la constitucionalidad/inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal, es una cuestión que no ha recibido una respuesta pacífica y única, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia.

A través de este trabajo se intentará responder, al siguiente interrogante: ¿la conducta prevista en el artículo 6 de la ley 23737 está amparada por el artículo 19 de la constitución nacional o se trata de un campo en el que puede actuar el poder punitivo del Estado? Debemos advertir que, incluso, 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.

Ha de analizarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para ello, ha de hacerse un breve recorrido por la legislación y la explicación del tipo penal. Una vez realizado, se desarrollará el pensamiento jurisprudencial, concluyendo con la situación actual de la cuestión y una opinión al respecto.

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.

En la primera, el Tribunal entendió que no era inconstitucional la norma que penaba aquélla 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>1</sup>. 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”.

Más tarde, y con otra composición, la Corte volvió a analizar el problema y llegó a la conclusión contraria en **Bazterrica** <sup>2</sup>(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.

---

<sup>1</sup> Fallo 300: 254. Publicado en La Ley 1978 – B, 444.

<sup>2</sup> Fallo 308:1392

Una tercera etapa la marca el fallo **Montalvo**<sup>3</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.

Finalmente, con la sentencia en el caso **Villacampa** (2005)<sup>4</sup>, el máximo tribunal estableció la cuarta etapa jurisprudencial sobre la cuestión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y retomo la doctrina establecida en el precedente Bazterrica, al decidir proteger la libertad personal contemplada en el artículo 19 de la C.N., ya que *“todas las personas adultas tienen derecho a que el Estado no se entrometa en su vida y les diga que es lo q tienen que hacer.”*<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Fallo 313:1333

<sup>4</sup> 891.XLIV

<sup>5</sup> Fragmento extraído del Diario La Nación, “Lorenzetti justificó el fallo que despenaliza la tenencia de drogas.” - 24/09/2009

## CAPITULO 2

### BREVE RECORRIDO POR LA LEGISLACIÓN.

En 1921, cuando se sancionó el Código Penal, no se legisló sobre la toxicomanía. En 1924 con la ley 11.309 se introduce la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos y, dos años después, la ley 11.331 agregó una nueva figura, posesión y tenencia de drogas sin razón legítima, con lo que se convirtió en delito la mera tenencia por parte de personas no autorizadas.

En 1968 la ley 17.567, derogó esa figura y se sancionó *“al que, sin estar autorizado, tuviera en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, sustancias estupefacientes...”*, considerado como amparado por el principio de reserva el consumo para uso personal. La exposición de motivos de esta ley vinculaba la tenencia de dosis correspondientes al mero consumo individual con las acciones de la esfera de libertad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En 1974 se dictó la ley 20.771, que tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas severas, sin que se legislará, en forma global la cuestión de los estupefacientes, sobre su diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad y sin establecer

una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición; expresando en su artículo 6: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y con multa cien a cinco mil pesos el que tuviera en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a consumo personal.”

En 1989, este artículo es reformado por la ley 23.737 que en su artículo 14 instituye “. . . *La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal*”. Además 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 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>6</sup>.

---

<sup>6</sup> MENDOZA BUERGO Blanca, “El derecho penal en la sociedad de riesgo”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 46.

## CAPITULO 3

### DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO. TIPO PENAL.

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<sup>7</sup>, 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.

Es necesario acudir a la normativa constitucional, para constatar la constitucionalidad del tipo penal. La Constitución Argentina, prevé en su artículo 19 que: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral*

<sup>7</sup> Parece haber acuerdo en que el bien jurídico que se estaría intentando proteger mediante la prohibición de la tenencia de droga para consumo personal es primordialmente la “salud pública”. Por “salud pública” debe entenderse el estado sanitario de la población, es decir, de un número indeterminado de personas. La ley prohíbe a los ciudadanos tener drogas destinadas al consumo personal porque mediante esa tenencia se lesiona la salud pública.

*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”.*

La profesora Méndez Rodríguez ha sostenido que “Una de las manifestaciones más terribles del poder estatal es precisamente el poder punitivo. A este poder no cabe establecer únicamente frenos de naturaleza doctrinal, sino que hay que buscar limitaciones normativas, constitucionales. Por eso se afirma que la consagración del principio de legalidad no es suficiente ya que de nada sirve este principio si el legislador en materia penal pudiese fijar a su arbitrio el alcance de los conceptos de delito o pena, violando así la idea de seguridad jurídica y posibilitando la creación de tipos penales con cualquier contenido”.<sup>8</sup>

La creación artificiosa de bienes jurídicos públicos que no simbolizan más que desobediencia a la autoridad (tranquilidad colectiva, paz pública, etc.), permitió la legitimación de delitos de peligro que no importan peligros reales para el núcleo central de bienes jurídicos, lo que constituye una imputación en violación al presupuesto de lesividad por lesión o por peligro.

---

<sup>8</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina “*Delitos de peligro abstracto, técnicas para su tipificación*”, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993, p. 38

La autora citada, afirma también que “junto a la protección de un auténtico bien jurídico y para dar cumplimiento al principio de ofensividad, es necesario exigir que éste pueda ser realmente afectado y que en el caso concreto efectivamente lo sea a través de la acción del agente”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina “*Delitos de peligro abstracto, técnicas para su tipificación*”, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993, p. 36

## **CAPITULO 4**

### **ANTECEDENTES; UN POCO DE HISTORIA.**

El problema relativo a la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes que durante su vigencia planteó el Art. 6 de la Ley 20.771 fue abordado en numerosas ocasiones por el tribunal.

En los precedentes Colavini y Montalvo, la Corte entendió que ante la creciente difusión de la toxicomanía en el mundo entero y las consecuencias perjudiciales para la sociedad que ella importa, resultaba indispensable instrumentar todos los medios idóneos, conducentes a erradicar ese mal, o por lo menos, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas.

Al considerar la constitucionalidad de la norma mencionada, sostuvo que el fin primordial del legislador al sancionarlo fue reprimir el suministro de las sustancias que llevaría (de no hacerlo) a fomentar el comercio, siendo la tenencia por el usuario la última etapa de ese tráfico.

No obstante, lo narrado precedentemente, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771 en los fallos Capalbo, Bazterrica<sup>10</sup> y Arriola. En líneas generales, se consideró

---

<sup>10</sup> Este fallo es decidido en un momento histórico particular: se trata del retorno a la democracia. En aquél período, el objetivo fundamental del gobierno era eliminar el

que el Art. 19 de la norma fundamental impone límites a la actividad legislativa, consistente en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolla dentro de la esfera privada, entendida ésta no como las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el Art. 18, sino como aquellas que no ofenden al orden y a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros.

A ello agregó que según su criterio, no se encontraba probado que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general.

Conforme a lo anteriormente expresado, la Corte concluyó que la construcción legal de la norma impugnada al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete aludir a perjuicios potenciales y a peligros abstractos y no a daños concretos. Además que no se establecía un nexo razonable entre la conducta y el perjuicio que causa, lo cual dificultaba la distinción entre las acciones que ofenden a la moral pública de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual.

---

autoritarismo y encontrar modos de representación ciudadana. Ello coincidía con los deseos de la sociedad de participación y de ejercicio de la libertad de expresión y de opinión. Las consignas generales fueron la modernización cultural, la participación amplia y sobre todo el pluralismo y el rechazo de todo dogmatismo. El discurso de la clase dirigente se hallaba centrado en los valores de la democracia, la paz y los derechos humanos.

Por último, tuvo en cuenta que no se encuentra probado que la prevención penal de la tenencia sea remedio eficiente para el problema que plantean las drogas, pudiendo serlo la sustitución de las sanciones criminales por medidas terapéuticas.

#### 4.1. La interpretación de los derechos individuales de los derechos individuales vs. el poder punitivo del Estado

Antes de comenzar con el análisis de los fallos es menester tener en cuenta que conforme la inspiración liberal de nuestra Constitución Nacional, a la persona adulta, a quien se le reconoce su dignidad, no puede imponérsele, desde el Estado, una determinada manera de vivir, ni una moral y sus conductas autodestructivas, en principio, quedan fuera del ámbito de juzgamiento de los jueces, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Carta Magna.

En este punto se puede citar a John Stuart Mill y su principio del daño; éste se basa en la idea de que el individuo puede hacer todo aquello que no dañe a otros y la única razón que justificaría que el Estado intervenga en la libertad de acción de un individuo de la comunidad es la protección de ésta última. En palabras del mencionado autor: “El único fin por el cual la humanidad está autorizada... individualmente o en grupo, a entrometerse en la

libertad del otro, es la auto-protección. Impedir el daño a los demás es el único objetivo legítimo de ejercer el poder sobre otro miembro de una sociedad civil, contra su propia voluntad. Su propio bien, físico o psíquico, no es una justificación suficiente.”<sup>11</sup>

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, puede adelantarse que la Corte recepto en sus fallos, este principio de daño, entendiendo en algunas ocasiones, que la conducta analizada no dañaba a otros individuos de la sociedad. Mientras que en otras oportunidades entendió que el Estado estaba justificado para entrometerse en la esfera de intimidad y libertad del individuo en pos de la auto-protección.

A continuación se analizarán los fallos donde la corte tuvo que expedirse sobre la cuestión objeto de análisis en el presente trabajo:

#### ❖ Fallo Colavini

##### I. Hechos

Ariel O. Colavini fue detenido por una comisión policial mientras circulaba por la plaza denominada “Los Aviadores”, en la

---

<sup>11</sup> John Stuart Mill. “Sobre la Libertad”. Alianza Editorial, Madrid 1970.

localidad de la Ciudad Jardín Lomas del Palomar, en razón de haberse secuestrado entre sus ropas dos cigarrillos que contenían *Cannabis sativa* Linneo, conocida usualmente como “marihuana”.

La sala I de la Cámara Federal de La Plata, confirmó la sentencia de 1ª instancia que condenaba a Colavini a la pena de dos años de prisión de cumplimiento en suspenso, y al pago de una multa de \$ 5.000, por considerarlo autor del delito previsto en el art. 6º de la ley 20.771. El defensor oficial dedujo el recurso extraordinario que prevé el art. 14 de la ley 48, afirmando que el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos aprobado por la ley 21.422 no pena el uso personal de estupefacientes en forma privada y que esta ley es de igual jerarquía y posterior a la ley 20.771. Sostiene, además, que la disposición antes citada de esta ley contraviene lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que al reprimirse la tenencia de estupefacientes aunque esté dirigida al uso personal se sanciona una acción de naturaleza privada de las que se encuentran, de acuerdo al texto constitucional, fuera del alcance del legislador.

Finalmente, la Corte Suprema, desestima los planteos de la defensa y mantiene la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771. En este caso, fue unánime la decisión en tal sentido, y en

conformidad con la opinión del Procurador General de la Nación, a cuyos argumentos remitió.-

## II. Análisis del fallo. Argumentos expuestos.

- Invoca, *“la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban.”*<sup>12</sup> Es decir, la acción excede el mero vicio individual, al llevar insita la propagación, y su consecuente afectación a bienes colectivos fundamentales como lo es principalmente la salud pública, pero también la moralidad y la seguridad pública.

- Hace hincapié en los múltiples efectos nocivos de la drogadicción (aniquilación de individuos, delincuencia, destrucción de familias, entre otros), éstos permiten justificar todos los medios idóneos para erradicar el flagelo de la drogadicción.

- Uno de los argumentos mas impactantes es el sostenido en el considerando 12, al sostenerse que si no hubiesen consumidores o usuarios, *“no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de*

---

<sup>12</sup> Considerando 5.

*eso se realiza gratuitamente. Lo cual, conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas.”*

❖ Fallo Montalvo (1990)

I. Hechos

Cuando Ernesto Montalvo era conducido detenido junto a Jorge Monteagudo como sospechosos del delito de hurto, tenía en su poder 2,7 grs. De marihuana. Por esta razón, fue condenado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional y multa, al ser considerado autor del delito de tenencia de estupefacientes, en los términos de la ley 20.771. La Cámara ante la vigencia de la Ley 23.737 pendiente la apelación del procesado, modificó la tipificación legal de la conducta a él atribuido, al tiempo que disminuyó la pena, que fijó en tres meses de prisión de ejecución en suspenso. Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario, que fue concedido en cuanto se cuestiona la constitucionalidad de la norma mencionada. La CSJN, por mayoría, rechazó el planteo y confirmó la sentencia.

## II. Análisis del fallo. Argumentos expuestos

En este fallo, la mayoría automática de la Corte abandonó el criterio sentado cinco años antes en Bazterrica. En el ínterin entre ambos fallos se había sancionado una nueva ley de estupefacientes, que contenía una norma similar a la que fue declarada inconstitucional en 1986. Para decidir de este modo usó varios argumentos:

- La hipérbole: “Si bien con incriminación de tenencia de estupefacientes se ha tratado de resguardar a la salud pública... el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda”.
- La afirmación dogmática, sin justificación científica: “El efecto “contagioso” de la drogadicción y la tendencia a contagiar de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar”

- La postura instrumentalista del ser humano: “La teoría de la “insignificancia” atenta contra el verdadero fin querido por el legislador: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante”. Frente a esa afirmación, la disidencia del Dr. Petracchi reza: “El argumento según el cual el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal sería justificado como un medio indirecto para combatir el narcotráfico, es violatorio de la escala de valores plasmada en nuestra Ley Fundamental, **que prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en si mismas**”. “....no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto sino el interés general que está por encima de él y, que aquel, trata de alguna manera de resquebrajar” El efecto contagioso

de la drogadicción y la tendencia a contagiar de los drogadictos son un hecho público y notorio o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar.

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 supervivencia de la nación.

La Corte sostiene que los “motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia,” sobre las cuales tiene vedado inmiscuirse, ya que se corre el riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. (Fallos: 308:1392, voto de la minoría). Además entiende que cumple con su función en el supuesto de que el legislador consagre una norma que atente contra las garantías constitucionales; o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos.

De los argumentos expuestos por la Corte, se puede extraer que la tenencia de estupefacientes para uso personal, al tratarse de una figura de peligro abstracto, en la que esta ínsita la trascendencia

a terceros, es una de las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante "hormiga", y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva, sin que la presunción de peligro que emana del art. 6° de la ley 20.771 sea irrazonable, en atención a la relación entre los bienes jurídicamente protegidos y la conducta incriminada.

Uno de los argumentos que más llama la atención, para sostener la constitucionalidad de la norma afirma que si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente, lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de estupefacientes (Fallos: 300:254).

Nos parece interesante la clasificación realizada por Carlos Nino<sup>13</sup> respecto a este precedente, en el cual, el mencionado autor, encuentra, al menos, tres argumentos para justificar la penalización de la tenencia de drogas que tiene como fin exclusivo el consumo personal:

1. El perfeccionista que sostiene que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas

---

<sup>13</sup> NINO, Carlos Santiago. ¿Es la tenencia de droga con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres? La Ley. Bs. As. 1979-D, 743.

conlleva, es suficiente para que el Estado intervenga, induciendo a los consumidores a adoptar modelos de conductas adecuadas.

2. El argumento paternalista que afirma que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de quienes podrían convertirse en adictos, protegiéndolos, de esta manera, de los daños físicos y psíquicos que se auto-infligirían. Se trata de preservar la salud de los individuos, desalentando decisiones que ellos mismos pueden tomar y los pone en peligro.
3. El argumento de la defensa social que alega que la punición de la tenencia con fines de consumo esta justificada en tanto y en cuanto se dirige a proteger a otros individuos, que no son drogadictos, y a la sociedad en su conjunto, contra las consecuencias nocivas que se generan por el hecho de que algunos miembros de la sociedad consuman estupefacientes. Se hace hincapié en los efectos perniciosos que para la vida social tiene el consumo de estupefacientes.

❖ Fallo Bazterrica (1986)

I. Hechos:

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.

II. Análisis del fallo. Argumentos expuestos.

La mayoría sostuvo que no basta la sola posibilidad potencial de que una conducta trascienda la esfera privada para incriminarla, sino que es necesaria la existencia en concreto de un peligro para la

salud pública. No presume que dicha conducta traiga iure et de iure un peligro para los bienes protegidos.

Parte de la distinción 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. El Dr. Petracchi sostuvo que el adicto al consumo de estupefacientes es un enfermo, y debe ser tratado como tal, planificando sistemas de ayuda y reincorporación a la sociedad. Sin embargo, el magistrado, continuada considerando a la droga como *“una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas”*<sup>14</sup> pero entiende que ello no le permite legitimar al Estado para invadir el espacio de intimidad y autonomía consagrado en el artículo 19.

La disidencia conformada por los Dres. Fayt y Caballero considero 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 (potestad que corresponde al legislador), por lo tanto basta,

---

<sup>14</sup> Considerando 5

para ellos, con la mera posibilidad, esto es el peligro de daño al bien resguardado, para justificar que dicha acción resulte incriminada. Siendo potestad de la Corte, analizar la razonabilidad de la medida.

La minoría entiende que *“no debe considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental”*<sup>15</sup> y mientras una persona se halle en posesión de tales sustancias, con conocimiento de ello, ya se da el peligro abstracto, sin que incumba al Poder Judicial indagar sus finalidades ni el riesgo en el caso concreto, pues ni una cosa ni la otra exige la norma.

❖ Fallo Arriola (2009)

I. Hechos:

En el marco de una investigación por tráfico y comercialización de estupefacientes se realizó un allanamiento durante el cual resultaron detenidas ocho personas con marihuana en su poder que, por su escasa cantidad, denotaba ser para uso personal.

---

<sup>15</sup> Considerando 16 de la disidencia.

La defensa de los detenidos sostuvo que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es incompatible con el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional y señaló que la intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, entendido como la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, no es legítima.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y condenó a los imputados como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Llegadas las actuaciones en queja a la instancia extraordinaria federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso y declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

## II. Análisis del fallo:

La Corte señaló: “el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la

libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco).

El principal argumento utilizado en el fallo es que la norma que penaliza la tenencia de estupefacientes 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” <sup>16</sup>(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

---

<sup>16</sup> Considerando 13 (ante último párrafo).

personas. Esta última aclaración deja una zona gris sobre ciertas tenencias para consumo, como las efectuadas en espacios públicos sin personas en las inmediaciones.

Junto a este argumento principal, los distintos jueces -muchos de los cuales redactaron su propio voto- sumaron otros argumentos a su decisión. El Dr. Carlos Fayt, quien había votado en contra en “Bazterrica” y a favor en “Montalvo”, modificó su criterio, señalando el fracaso de la persecución penal del consumidor como forma de combatir al narcotráfico, y expresó: “hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana”<sup>17</sup>. Ampliando esta idea señaló “la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico”<sup>18</sup>. Y agregó: “ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor”<sup>19</sup>.

Sobre las consecuencias negativas de la respuesta penal sobre los usuarios, el Dr. Zaffaroni señaló: “el procesamiento de

---

<sup>17</sup> Considerando 12 (última parte).

<sup>18</sup> Considerando 15.

<sup>19</sup> Considerando 15.

usuarios (...) se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores”<sup>20</sup>.

Los Dres. Highton de Nolasco, Lorenzetti y Fayt señalaron que las convenciones de Naciones Unidas sobre estupefacientes y psicotrópicos, no obligan al estado argentino a penalizar la tenencia de estupefacientes para consumo, recordando la reserva que esos instrumentos contienen.

El Dr. Ricardo Lorenzetti apuntó: “ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino en relación a la temática (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961) lo comprometen a criminalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal. Antes bien, se señala que tal cuestión queda ‘a reserva de sus principios constitucionales y de los

---

<sup>20</sup> Considerando 20.

conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico' (artículo 3, inciso 2º; artículo 22 y artículos 35 y 36 de las mencionadas Convenciones, respectivamente) con lo que las mismas normativas de las Convenciones evidencian sin esfuerzo su respeto por el artículo 19 constitucional”<sup>21</sup>.

A su vez, los Dres. Lorenzetti y Fayt señalaron la tendencia regional de retraer la utilización de la ley penal en relación a los consumidores, citando el primero de ellos los ejemplos de Brasil, Perú, Chile, Paraguay y Uruguay.

Carlos Fayt, refiriéndose al consumo de estupefacientes indicó: “es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión”<sup>22</sup>. Y párrafos después afirmó que “la ***‘adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados’*** (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario —y mediante nuevos modelos de abordaje integral— que el consumo

---

<sup>21</sup> Considerando 17

<sup>22</sup> Considerando 20

personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias”<sup>23</sup>.

Finalmente la Corte, 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”.

---

<sup>23</sup> Considerando 22

## **CAPITULO 5**

### **CONCLUSION**

Del análisis de los casos, es posible observar que la tenencia para consumo personal es una conducta que se encuentra en el límite entre las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados y las acciones privadas que afectan derechos de terceros, la moral o las buenas costumbres.

Creemos que el consumo habitual de sustancias calificadas como estupefacientes acarrea serios trastornos físicos e incluso, eventualmente, la muerte de quien incurre en él. También es incuestionable que ese hábito puede dar lugar a graves perturbaciones psíquicas, sea por efecto directo de la droga o por efecto de la combinación entre la creciente dependencia de ésta y la dificultad para satisfacer la necesidad que esa dependencia genera.

Además de lo mencionado anteriormente, se ha asociado el consumo de drogas con la comisión de algunos delitos, principalmente delitos contra la propiedad. Esto ha sido verificado por algunos estudios e investigaciones realizadas por diversos institutos, aunque la mayoría de las investigaciones no han logrado

establecer una relación causal entre consumo de sustancias (marihuana) y comisión de delitos. Por ello, creemos, que se juzga a la drogadicción, independientemente de sus efectos nocivos, como un hábito degradante, como una conducta reprochable en sí misma.

Hay individuos que conscientemente hacen del consumo de estupefacientes una parte de su modo de vida, una elección; excluyendo el malestar que consideramos provoca esta conducta, la pregunta que nos planteamos es si consumir drogas (o tenerlas con fines de consumo) suele generar *siempre causalmente serios perjuicios* para intereses legítimos de terceros.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la respuesta a dicha pregunta es negativa. Por ello, debe tenerse especial cuidado con este tipo penal, al tratarse de un tipo de delito abstracto hay un adelanto de la punibilidad.

Volviendo al interrogante que se planteo al principio del presente trabajo consideramos que el artículo 19 le da pautas claras al legislador, quien debe establecer penas para aquellos comportamientos respecto de los cuales, se posible presumir razonable y objetivamente que al ser realizados producirían un daño a terceros o a la sociedad; es decir, se ocasionaría un peligro concreto. Por tanto, el límite del art. 19 cede cuando la conducta en

cuestión genera causalmente un perjuicio a terceros y no cuando es meramente un antecedente necesario de ese perjuicio.

No hay dudas de que la tenencia para consumo personal sólo podría llegar a lesionar o poner en peligro a la “salud individual” del sujeto. En este caso, el principio de autonomía que se deriva del respeto a la dignidad de la persona humana, obliga al Estado a abstenerse de interferir coactivamente en la planificación de los objetivos de vida de ese sujeto. Ello es así, pues sí con su accionar la persona sólo lesiona su salud individual, su comportamiento queda amparado por el ámbito de reserva y exento de la autoridad de los magistrados, pudiendo ser sólo cuestionado moralmente.

Compartimos el argumento esgrimido por la Corte que la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los individuos que consumen realizaron algo más que una acción privada. Es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros”.

Incriminar la simple tenencia de estupefacientes no evita consecuencias negativas y concretas para el bienestar y la seguridad de la comunidad. Al igual que el Dr. Petracchi creemos que el adicto al consumo de estupefacientes es un enfermo, y debe

ser tratado como tal, planificando sistemas de ayuda y reincorporación a la sociedad.

Finalmente nos parece totalmente falaz sostener que se debe sancionar al consumidor, último eslabón de la cadena del tráfico de estupefacientes, para afectarla y así llegar a los traficantes.

## BIBLIOGRAFIA.

### ➤ Libros consultados

BUOMPADRE, Jorge E. "Derecho Penal. Parte Especial"  
Editorial Mave, 2003.

Constitución de la Nación Argentina. Comentada y  
concordada. María Angélica Gelli. Editorial La Ley, 2006.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina "*Delitos de peligro abstracto,  
técnicas para su tipificación*", Servicio de Publicaciones  
Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios  
Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993

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

SANCINETTI, Marcelo A., Teoría del delito y disvalor de  
acción, Hammurabi, Bs. As., 1991.

STUART MILL, John *Sobre la libertad*, Madrid, Editorial  
Alianza, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl "Derecho Penal. Parte General"  
Editorial Ediar, 2006

### ➤ Fallos consultados

COLAVINI: Fallo 300: 254

BAZTERICA: Fallo 308:1392

MONTALVO: Fallo 313:1333

ARRIOLA: Fallo 891.XLIV

➤ Publicaciones

Nino, Carlos Santiago, ¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de "las acciones privadas de los hombres"?, publicado en Revista Jurídica, La Ley, del 4 de octubre de 1979, pág. 743

Núñez, Ricardo C., ¿Es posible castigar la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal?, publicado en Doctrina Penal, año 2, 1979, pág. 257.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tenencia de tóxicos prohibidos, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1986, pág. 236.

Carbonell, Miguel ¿Legalizar o no el consumo de drogas? La guerra al narco y otras mentiras. 5 de agosto de 2011.

➤ Páginas web

<http://falloscsn.blogspot.com/2006/09/montalvo-1990.html>

[http://www.cij.gov.ar/buscador.html?](http://www.cij.gov.ar/buscador.html?acc=search&search=bazterrica)

[acc=search&search=bazterrica](http://www.cij.gov.ar/buscador.html?acc=search&search=bazterrica)

<http://lospretiores.blogspot.es/1300065420/>

<http://www.iurislex.com.ar/2009/08/25/tenencia-de-estupefacientes-para-el-consumo-personal-privacidad-de-las-personas-adultas-para-decidir-cual-es-su-conducta-criterios-fijados-en-el-precedente-de-la-cs-jn-en-la-causa>

<http://es.scribd.com/doc/53391147/51/El-principio-de-dano#>

<http://www.cij.gov.ar/nota-2156-La-Corte-no-ordeno-la-despenalizacion-general-del-consumo-de-marihuana.html>

<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/tenencia-estupefacientes-para-consumo-personal-doctrina-cs-arriola-0>

<http://www.iurislex.com.ar/etiquetas/tenencia-de-estupefacientes-para-consumo-personal>

➤ Notas periodísticas

Página/12 “La conferencia para debatir políticas de drogas”  
06/07/2011

Página/12. “Un fallo ratifico la despenalización de la tenencia para consumo personal” 03/01/2011

La Nación. “La Corte desincrimino la tenencia de drogras para consumo personal” Por Adrián Ventura 25/08/2009

La Nación. "Otro fallo despenaliza la tenencia de drogas para uso personal" 12/02/2009

El Clarín. "La Corte despenalizó la tenencia de marihuana para consumo personal" 25/08/2009

El Clarín. "La posible despenalización de la tenencia de drogas reavivó la polémica" 27/12/2008