

Aportes a la reforma de la legislación penal en materia de despenalización de los consumidores de drogas prohibidas

Mariano Fusero¹

▪ Introducción:

El decreto N° 103/2017 crea la “Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación” conforme “la necesidad de lograr una adecuada sistematización y ordenamiento de toda la normativa penal, abordando las modificaciones necesarias”. La norma afirma que “resulta imprescindible que la normativa punitiva nacional sea adecuada a los compromisos asumidos en el plano internacional, en particular en lo atinente a la vigencia de la protección de los derechos humanos y de la persecución del terrorismo, del narcotráfico y la corrupción”.

Transcurridos veintiocho años desde la sanción de la Ley 23.737, plazo en el cual dicha norma no ha recibido modificaciones sustanciales que modifiquen su estructura, y habiendo ocurrido en el mundo y en nuestro país una variedad de sucesos políticos y jurídicos relacionados con la cuestión, están dadas sin duda las condiciones para un análisis de en qué medida los objetivos de dicha norma se cumplieron, qué modificaciones requiere y cuál es su sentido en la actualidad.

La Ley 23.737 es en parte producto de directivas establecidas en instrumentos internacionales, impulsados por los países centrales. Resulta claro, sin embargo, que muchas de las disposiciones de la misma han ido incluso más allá de lo que aquellos instrumentos obligan² y de lo que los mismos países promotores de dichas políticas han implementado en sus propios territorios.

Argentina es uno de los países de la región con mayor influencia del prohibicionismo en su política de drogas, conservándose hoy en día la penalización de la tenencia para consumo personal -entre otras conductas relacionadas al consumo-, mediante una indudable selectividad penal de los usuarios.

Tan determinante ha sido dicha influencia, que a pesar de los reiterados argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace 31 años - Fallo "Bazterrica", 1986 -, y recordadas hace 8 años - Fallo "Arriola", 2009 -, declarando sucesivamente la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal, aún no se ha avanzado consecuentemente en sede legislativa con una norma que impida la persecución penal de los usuarios mediante dicha figura y otras relacionadas al consumo.

¹ Abogado -Universidad de Buenos Aires (UBA)-. Director del Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal (APP). Diplomado en Política de Drogas en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), México. Ex Becario en el Executive Course on Drug Policy, Diplomacy and Global Public Health, del Graduate Institute Geneva, Suiza. Ex Becario del Global Drug Policy Program, Reino Unido. Redactor de proyectos de ley modificatorios de la ley 27.737 con estado parlamentario ante el Congreso Nacional, de la Recomendación General del INADI N° 3 en materia de Discriminación a Usuarios de Drogas Prohibidas y de la Declaración de Magistrados Argentinos por una Política de Drogas respetuosa de los Derechos Humanos.

² Ninguna de las Convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal. En efecto, las Convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (artículo 3º, inc. 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988). El fallo "Arriola" (CSJN, 2009) y su precedente "Bazterrica" (CSJN, 1986), detallaron claramente la vulneración de derechos constitucionales mediante la criminalización de delitos de consumo.

Más allá de la legislación represiva, los hechos contundentes de la realidad indican que en las últimas décadas el consumo de sustancias psicoactivas ilegales ha crecido en nuestro país y el mundo, a la vez que se ha diversificado. Lo propio ha ocurrido con la producción, el tráfico y la venta.

A nivel local, si bien no puede deducirse inmediatamente que la propia norma haya sido la causante de la situación descrita —lo cual no quita que un análisis más profundo pueda eventualmente llegar a dicha conclusión—, lo cierto es que lejos estuvo de cumplir con sus objetivos. En particular, vio frustrado su objetivo fundamental: la protección de la «salud pública». En palabras de la CSJN, “...lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos” (Fallo “Arriola”, 2009).

En tal sentido, recordemos que el bien jurídico “tutelado” por la Ley N° 23.737, a partir del cambio de paradigma de su antecesora Ley 20.771 que tutelaba supuestamente “la seguridad nacional”, es la salud pública. Sin embargo, se ha ubicado la cuestión “drogas” en foco de atención de la seguridad ciudadana en vez de la preocupación sanitaria.

Este quizás sea uno de los aspectos más vulnerables que podemos encontrar cuando analizamos las consecuencias de la aplicación de la ley. A esta altura de la experiencia es indiscutible que la incriminación de la tenencia de drogas para uso personal y otras conductas relacionadas al consumo, conlleva muchísimos daños a la salud pública, ya que la respuesta penal condiciona el contacto de los usuarios de drogas con las instituciones de salud en razón de representarse la posibilidad cierta de ser detenidos por la amenaza de sanción penal. Ello se debe a que la incriminación de los delitos de consumo, sumada a la estigmatización negativa de peligrosidad arraigada sobre los usuarios de drogas, los convierte como sujetos pasible de persecución penal y su calificación como “delincuentes” conforme la tipificación de conductas necesarias para desarrollar el acto de consumo.

En palabras del máximo tribunal, “...resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como “delincuente” —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención”; “la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial (in re “Capalbo”, disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308: 1392), se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro” (Fallo “Arriola”).

Tal situación se manifiesta con mayor claridad contra los sectores vulnerados de nuestra sociedad; principalmente los jóvenes en situación socioeconómica de pobreza seleccionados por el sistema punitivo. La amenaza de sanción penal obstaculiza seriamente la posibilidad de aplicar una política de salud preventiva, información y educación, como así también el tratamiento de eventuales casos de usos problemáticos o adicciones. Conforme nuestra legislación actual, el abordaje de los consumos problemáticos es materia de la legislación civil³, debiendo ausentarse el régimen penal de su tratamiento.

³ Ley 26.657, Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias; y Ley 26.934, Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos.

Asimismo, la erogación de recursos en la persecución, detención y encausamiento de consumidores, sobre los cuales posteriormente se aplica “Arriola” en la mayoría de los casos, significa un dispendio absurdo de recursos de las fuerzas de seguridad, ministerios públicos y poder judicial. En la práctica, la criminalización de los delitos de consumo es funcional meramente al ejercicio de la extorsión policial en la vía pública respecto de determinadas poblaciones⁴. A pesar de tal resultado previsible, alrededor de 15.000 usuarios de sustancias son criminalizados anualmente mediante la aplicación de la norma⁵.

En el presente texto, intentaremos resumir los argumentos mediante los cuales se demanda un cambio legislativo dirigido al respeto de los derechos de los consumidores de sustancias prohibidas y la coherencia de un sistema que se presenta como anacrónico y desproporcionado en el presente contexto nacional e internacional.

▪ **La prohibición constitucional de criminalizar conductas que no lesionen derechos de terceros**

Una cuestión que necesariamente debe tenerse en cuenta y resulta de trascendental análisis para el entendimiento del tema, es la inconstitucionalidad de la represión de los llamados “*delitos de consumo*”; entre ellos la tenencia de estupefacientes para consumo personal y el “*autocultivo*”, desde la óptica del artículo 19 de la Constitución Nacional.

La importancia de este artículo en nuestro ordenamiento jurídico es vital. A través de esta cláusula se protege la autonomía de las personas, esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía sólo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando daños o agresiones. Carlos Nino enseña que este principio de autonomía que “*subyace*” al art. 19, “*es la base de los diversos derechos más específicos que están enumerados en diversos artículos de la primera parte*” de la CN⁶.

Se trata de uno de los pilares sobre los que se asientan las constituciones modernas, que aseguran el resguardo para que toda persona pueda llevar su vida adelante del mejor modo posible, en el marco de sus posibilidades, siempre que ello no represente afectación a una persona concreta o los intereses de la comunidad en general, sin ser afectado por la intromisión del Estado por cualquiera de sus agentes.

El citado jurista afirma respecto a la penalización de delitos de consumo, que “*La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial*”⁷.

⁴ Al respecto ver el Informe de la Fiscalía Federal N° 6 respecto de delitos de drogas, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/43030-informe-fiscalia-federal-ndeg6-respecto-delitos-drogas>

⁵ Ver Corda, A. “La estrategia fallida”. 2016. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44088-estrategiafallida-encarcelamientos-delitos-relacionados-estupefacientes-argentina>

⁶ Nino, C. “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 323.

⁷ Nino, C. “La Constitución de la democracia deliberativa”, Gedisa, 1999, p. 279.

Luigi Ferrajoli afirmaría en tal sentido que *“es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto de los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad”*⁸.

La conquista de este derecho es uno de los logros más trascendentes del derecho penal liberal y es importante analizar detenidamente cualquier conflicto que con relación a su interpretación pueda suscitarse. El artículo 19 protege la privacidad, que Nino define como el conjunto de *“las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros”*⁹. No se trata sólo de aquello que ocurre fuera de la vista de los demás (lo íntimo), sino que la Constitución protege las elecciones de vida que cada persona hace sin afectar a otras, aunque esas elecciones sean conocidas por el resto. Se protegen también las expresiones públicas de la autonomía ejercida por cada individuo. La intervención estatal se justifica sólo cuando existe un daño a terceros, que -además- debe tener una entidad apreciable y no ser sólo una molestia¹⁰.

En un fallo de junio de 2012, la Corte Suprema reafirmó esta interpretación de la cláusula constitucional. Al negarse a ordenar una transfusión de sangre contra la voluntad expresa declarada por un paciente que pertenecía a los Testigos de Jehová, el Alto Tribunal reiteró que los *“comportamientos incluso públicos [de una persona] pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”* (Fallo “Albarracini”, 335:799).

Como amplia garantía constitucional, impacta fuertemente en otras ramas del derecho. En el derecho penal adquiere otra categoría, representa una frontera, un límite infranqueable. Este límite es conocido como principio de reserva. La única forma de verificar si un hecho es factible de ser imputado o atrapado por el acotado margen que debe reservarse al derecho penal en las sociedades democráticas, es en aquellos casos donde no exista intromisión en esa frontera privada.

El derecho penal regula de diversos modos esta relación con el derecho constitucional. Por un lado, estipula que no le interesan conductas que no afectan a terceros, e incluso, las autolesiones que puedan afectar la autonomía personal. La esencia de un hombre libre, es la del que puede llevar a cabo su plan de vida de la forma que crea conveniente, sin que el Estado se entrometa utilizando la faz más represiva del derecho. Todos asumimos el riesgo, aun cuando consideramos que otros ciudadanos adoptan ciertas conductas “equivocadas”, potencialmente autolesivas o distintas a nuestros planes de vida. Preferimos que continúen en ellas, a resignar este básico derecho a la libertad.

Un efecto derivado del principio de autonomía de la persona consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional es la idea que está históricamente condensada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando dicen: *“la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás”*, y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en los siguientes párrafos: *“Tan pronto como la humanidad*

⁸ Ferrajoli, L. “El principio de lesividad como garantía penal”, publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología, Año 2, Número 8, editorial La Ley, p. 8.

⁹ Op. cit., pág. 304.

¹⁰ Cfr. Sagüés, N. “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo 2, pág. 388).

adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión (...) la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí solo para la seguridad de otros (...). Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón `prima facie´ para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general (...). Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés solo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquélla porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente"¹¹.

Asimismo Mill sostenía claramente que "La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás".

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny, concluye al respecto que "...admitir que el Estado pueda imponer coactivamente modelos de virtud, sería abrir el camino a la sociedad totalitaria. Un Estado fundado en el pluralismo y respetuoso de la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas no puede imponer, por medio del derecho penal, a sus ciudadanos modelos de virtud o formas de vida. Si se admite que el Estado prohíba u ordene a alguien efectuar una conducta sólo porque ésta es perjudicial para su propia salud o porque el Estado la considera inmoral, se habrá eliminado todo límite a la interferencia estatal en la autonomía de las personas. Mañana se podrá penalizar el homosexualismo, consumir chocolates o leer determinados libros"¹².

▪ **Antecedentes jurisprudenciales sobre la inconstitucionalidad de los delitos de consumo**

a) Inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal

La CSJN ha sostenido que "En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad — sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad..." (CSJN, fallo "Gramajo"); (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343).

¹¹ Mill, j. "Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham", p. 136-137.

¹² Uprimny Yepes, R. "Drogas, derecho y democracia".

Asimismo, hace 31 años, la misma CSJN en su renombrado fallo “Bazterrica” ha sostenido que *“Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada”*, declarando allí la inconstitucionalidad de la tenencia de sustancias prohibidas estipulada en el artículo 6º de la antigua Ley Nº 20.771.

En dicho fallo, el Dr. Petracchi sostuvo que *“deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda”*. En 2009, la Corte resolvió el caso “Arriola” (Fallos, 332:1963), que representa la opinión actual del tribunal en esta cuestión y retoma el antecedente de 1986 en del citado caso “Bazterrica”.

Del fallo “Arriola”, en el cual la Corte declaró inconstitucional el artículo 14 de la ley 23.737 que reprime la tenencia para uso personal, se desprenden interesantes posturas respecto a la punibilidad de estas conductas. Se sostuvo, para ello, que no se había logrado el objetivo de reducir, a través de esta prohibición, el problema de las adicciones ni el del narcotráfico; se añadió que los tratados de derechos humanos incorporados en 1994 (Art. 75 inc. 22 CN) prohíben la injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada y consagran la dignidad que impide tomar a una persona (por ejemplo, el consumidor de drogas) como instrumento en la lucha contra el narcotráfico; asimismo el tribunal destacó también que ningún tratado internacional obliga a castigar la tenencia para consumo personal.

Entre otros considerandos del fallo reseñado, podemos citar resumidamente los siguientes, que hacen mella sobre el tema aquí tratado. La Corte ha dicho que:

- ✓ *“...aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad”*.
- ✓ Las normativas internas y de derecho internacional que protegen la autodeterminación de las personas (Por ej. el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina), constituyen *“...una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”*.
- ✓ *“Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”*.
- ✓ *“No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”*.
- ✓ *“La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...”*.
- ✓ *“...se asume claramente que la ‘adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados’ (cfr. UNODC, Informe del año 2009...). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta”*

que se persigue..." (Se hace referencia allí al Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

- ✓ "No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud. (...) De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado -cuando no incoherente y contradictorio- de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta".
- ✓ Más sistemáticamente, el Presidente del cuerpo, Ricardo Lorenzetti, establece en su voto los siguientes criterios: "A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros..."

A su vez, es abundante y pacífica la jurisprudencia argentina que ha declarado la inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 23.737, con base en los argumentos sostenidos por el máximo tribunal.

b) Inconstitucionalidad de la siembra y cultivo para consumo personal.

Las argumentaciones jurisprudenciales del fallo "Arriola" de la CSJN, referidas al artículo 14 de la ley 23.737, son trasladadas fundadamente a la penalización del cultivo para uso personal contenido en el artículo 5, anteúltimo párrafo, por la similitud que tienen ambas tipificaciones dirigidas al propio consumo. Ambas normas contienen atenuantes en los casos que "...surja inequívocamente que (la siembra) está destinada a obtener estupefacientes para el propio consumo personal" (Art. 5º), o "...surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal" (artículo 14).

Los tribunales han aplicado sucesivamente los antecedentes "Bazterrica" y "Arriola" en casos de siembra para propio consumo, ya que resoluciones dispares o antagónicas en presupuestos de ultraintencionalidades semejantes (fines de consumo), acarrearía contradicciones analíticas y jurisprudenciales contraproducentes para la previsibilidad del sistema jurídico. A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes antecedentes:

- En una causa en donde se habían incautado **97 plantas** de "Cannabis Sativa" destinadas para producir estupefacientes para consumo personal, se entendió que no existiendo "...ningún elemento que resulte indicativo de que la tenencia del material se correspondería con un fin de comercio (...) se impone en el caso los criterios de justicia expuestos por el Máximo Tribunal de la Nación en el caso "Arriola" (...). Ello es así toda vez que la conducta de Zapata fue desarrollada en el ámbito privado, no se afectó a terceros ni al bien jurídico tutelado por la norma, por lo que debe invalidarse aquella disposición (Art. 5º de la ley Nº 23.737 anteúltimo párrafo) por haber conculcado la garantía constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales". Allí se citan otros antecedentes

en el mismo sentido, como ser la causa Nº 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, del 3 de junio de 2008; causa Nº 42.649 “Dora, Carlos y otra s/sobreseimiento” del mismo tribunal del 13 de febrero de 2009. Finalmente, el fallo declara la inconstitucionalidad del artículo 5, inciso a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737 y sobresee al imputado (causa 1764, caratulada “C/Zapata, Alfredo Oscar s/ley 23.737”, del 25 de septiembre de 2012. Juzgado de Garantías Nº 5 del Departamento Judicial de La Matanza).

- En otro caso en el cual se imputaba la tenencia de **seis plantas** de Cannabis Sativa, y analizándose el artículo 5 en su parte pertinente, se entendió que *“...la norma analizada presenta, en principio –dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida- problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades (...). En diversos precedentes se ha efectuado la relectura del caso “Montalvo”¹³ en función de la revisión del parámetro de la razonabilidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, tras partir de una concepción según la cual las acciones privadas de los hombres previstas por el art. 19 C.N. se refieren a aquellas que no ingresan en el campo de la moral autorreferente, se estimó que en virtud de las consecuencias negativas de la aplicación de la ley en orden a los fines perseguidos, se ha verificado la inadecuación de los medios en relación con aquellos objetivos y, en consecuencia, una tensión irrazonable de la libertad personal comprometida por la incriminación (...). Dichas razones son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas, de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades (...) estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal”*. De tal forma, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del art. 5º inc. a y anteúltimo párrafo de la ley 23.737 (causa 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, del 3 de junio de 2008).

- En una causa iniciada a una pareja a la que —en el ámbito de su hogar y sin que hubiese prueba alguna de eventual comercialización— se le incautaron **52 plantas** de marihuana, el juez de la causa los sobreseyó encuadrándose en el antecedente «Arriola», tras considerar respecto a la cantidad del material incautado *“...que, si bien puede entenderse como ‘considerable’, dicha circunstancia por sí sola no es hábil para descartar que su finalidad haya sido el consumo (...) Es que si se considerase que sólo la cuantía del material ilícito resulta eficaz para sembrar una duda sobre su destino, sería de aplicación al caso el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso VEGA GIMÉNEZ¹⁴ (Fallos: 329:6019)”*. Allí se resolvió que *“El tribunal estima que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir ‘inequívocamente’ de la ‘escasa cantidad y demás circunstancias’ no puede conducir a que si ‘el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga’, quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, pues semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si con las pruebas adquiridas en el proceso puede emitirse un juicio*

¹³ Fallo del 2008, anterior al caso Arriola. Por ello se evalúa el precedente Montalvo, arribando a conclusiones semejantes a las que posteriormente ratificaría la CSJN en el 2009.

¹⁴ La Corte en el Fallo “VEGA GIMÉNEZ” (Fallos 329:6019), donde se afirmó que al término “inequívocamente” debe interpretarse teniendo en cuenta los principios “in dubio pro reo” y “favor rei”, es decir: si el imputado es inocente y el acusador no puede probar, “inequívocamente” que la sustancia no era para consumo personal, corresponde la figura atenuada.

de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió"» (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 9, causa 681/12, «NN. s/ infracción Ley 23.737»).

- El Tribunal Oral nº 2 de Córdoba, en la causa "CAMINOTTI, Javier p.s.a. infracción ley 23.737" Expediente C 16-11, en la que se secuestraron **52 plantas** de marihuana, sostuvo que "En este marco de coacción o estado de necesidad disculpante es que Javier Caminotti sembró las plantas de cannabis sativa y las usó con fines paliativos o analgésicos de los fuertes dolores causados por su enfermedad. Así, obró realizando un hecho típico que afecta a un bien jurídico de mayor envergadura (salud pública) estando coaccionado por el temor a los dolores que le producían su enfermedad y las consecuencias que esos dolores tenían en su vida diaria, esto es, para proteger un bien de menor entidad (salud individual). Ante esto, el imputado Caminotti no se encontraba en una situación de normal motivación normativa, sino presionado psíquicamente por la desesperación o el miedo, que afectaba seriamente su libertad de determinación, por lo que mal puede reprochársele el incumplimiento de la norma penal. De hecho, en su defensa material refirió al Tribunal que en la disyuntiva que se le presentaba entre cumplir la norma y paliar sus graves dolores, había elegido paliar sus dolores. Por ello, en este caso concreto Caminotti no es responsable penalmente del hecho primero y según los criterios preventivos no es realmente indispensable imponerle una pena, porque '...el autor no requiere de efectos preventivos especiales, pues se trata de un hombre que se ha conducido en su vida conforme a derecho, pero que se enfrentó a una situación extraordinaria, que quizás nunca más le volverá a suceder, lo que lo impulsó a cometer ese hecho. Y tampoco se requiere generar efectos preventivos generales dirigidos a la sociedad, pues tales situaciones extremas son muy escasas y porque el comportamiento del ser humano, ante peligros como el señalado, difícilmente puede ser influenciado por la amenaza de una pena' (ROXIN, Claus, Evolución y modernas tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, en IMME y CLAUS ROXIN, "Conferencias", Editorial Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 50). Por lo expuesto, entiendo que Javier Caminotti si bien es autor del hecho nominado primero, no es penalmente responsable en los términos del artículo 34, inciso 2 del Código Penal y, por lo tanto, debe ser absuelto respecto del referido hecho".

Posteriormente, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos "Caminotti, Javier s/rec. de casación" manifestó que "Corresponde anular la sentencia condenatoria y consecuentemente absolver al imputado en orden al delito de tenencia de estupefacientes pues, teniendo en consideración que el imputado fue llevado a juicio por otro suceso referente al cultivo de plantas de marihuana respecto del cual el tribunal dispuso su absolución considerando que en el caso se verificaba un supuesto de estado de necesidad exculpante, dado que el imputado utilizaba dichas plantas 'con fines paliativos o analgésicos por los fuertes dolores causados por su enfermedad', no se comprenden los motivos -ni el tribunal los explica- no se hizo extensiva dicha solución a la tenencia de la sustancia que fue incautada en su morada, limitándose los jueces a afirmar que no existía elemento alguno para ser declarado exento de reproche penal. Así, mediante una mera afirmación dogmática, omitió expresar porqué el hallazgo de la sustancia en su domicilio, quedaba fuera del alcance de la absolución en relación al hecho de cultivo, extremo que contraviene el deber de fundamentación de la sentencia y la línea argumental sustentada a lo largo de todo el decisorio."(Causa 15801, Caminotti, Javier s/rec. de casación, del 5 de febrero de 2013. Registro nº 5.13.2.).

- En el fallo recaído en una causa que versa sobre el uso medicinal del cannabis, el juez Guillermo Scheibler realizó el siguiente análisis: "...corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en

que `se lo autorice a su autocultivo´. Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas “acciones privadas”, ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntillosamente de aclarar que se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 C.N.). En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en la que un ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial para que lo “autorice” a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría —fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público. De este modo, considerar que corresponda a un órgano estatal (como lo es este Juzgado) conceder una “autorización” para que un ciudadano desarrolle una conducta que no afectaría a terceros en su ámbito de privacidad, relacionada con su bienestar físico y mental, implicaría —más allá de la decisión sustancial del caso concreto— la negación propia y flagrante de uno de los más valiosos preceptos de nuestra Constitución. Por tal razón, estimo que no resulta procedente la pretensión interpuesta en subsidio por el actor. Va de suyo que la paradójica situación expuesta, constituye una manifestación más de la política de “penalización total” en materia de estupefacientes, y que el actor sólo persigue contar con medios institucionales para repeler eventuales intromisiones estatales a su ámbito de privacidad basadas en la ley 23.737. Más allá de que tal razonable preocupación no se centra en un hecho cierto ya acaecido y que tal cuestión resultaría ajena a la competencia del suscripto, no puede dejar de destacarse que los elementos de prueba ya reunidos en autos —más los que puedan colectarse en el proceso de ejecución de la sentencia que aquí se dicta— interpretados a la luz de los precedentes de la CSJN ya citados podrían contribuir a paliar tal inquietud” (fallo “Cibotti, Alejandro contra GCBA s/ amparo” del Juzgado Contencioso y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

- Finalmente, destacamos un caso de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico “Causa N° 61.538, Folio N° 41, N° de Orden 27.152, con sentencia del 15 de abril de 2011”. Allí, los jueces Hendler y Bonzón sostuvieron que el hecho de que el acusado tuviera en su haber plantas de marihuana, constituía un estado de necesidad justificante, en los términos del artículo 34 inciso 2 del C.P., ya que ése era el modo de evitar el ingreso en circuitos de tráfico¹⁵.

- **Recomendaciones de organismos internacionales:** Decenas de organismos internacionales recomiendan un abordaje no punitivo para con los consumidores y los delitos menores de drogas –entre los que se incluyen la venta al por menor-. Asimismo, se expresan de forma determinante respecto a la necesidad de abolir los tratamientos compulsivos respecto al consumo de sustancias. Entre tales organismos y sus declaraciones, podemos citar: CND -COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES-. ONU¹⁶; UNODC-OFICINA DE LAS

¹⁵ Vale destacar el trabajo realizado al respecto por el colega Fernando Sande, “La penalización de cultivo de marihuana. Sus problemas frente a la Constitución Nacional”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/fernando-j-sande>, del cual se ha extraído valiosa información para el presente apartado.

¹⁶ “Perfeccionamiento de la fiscalización de drogas para adecuarla a la finalidad para la que fue creada: Aprovechando la experiencia de diez años de acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas”. Marzo de 2008.

NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO⁻¹⁷; OEA -ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS⁻¹⁸; ONU-MUJERES (NU-WOMEN)¹⁹; ONU-SIDA (UNAIDS)²⁰; PNUD (UNPD), PROGRAMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO²¹; UNASUR, UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS²²; ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH)²³; UNU-UNESCO, UNIVERSIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS²⁴; CELAC -COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS⁻²⁵; OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD⁻²⁶; JIFE - JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES ⁻²⁷.

▪ **Recomendaciones de organismos nacionales:** A nivel local cabe destacar las recomendaciones en idéntico sentido realizadas por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)²⁸, y el Comité Científico Asesor en Materia de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja²⁹. El INADI expresó que:

“...la ley penal de estupefacientes vigente, no solo es inconstitucional por sancionar en modo ilegal una conducta como es la de tenencia de drogas para uso personal, que no lesiona bienes jurídicos de terceros e implica una clara intromisión a la privacidad (art. 19 de la Constitución Nacional), sino que lesiona un derecho fundamental como es el derecho al acceso a la salud, garantizado por los Pactos y Convenciones en materia de Derechos Humanos configurando a su vez una conducta discriminatoria violatoria del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación” .

A su vez, cabe destacar uno de los contenidos del compromiso “Argentina sin Narcotráfico”³⁰ impulsado por el Gobierno Nacional en conjunto con gobernadores provinciales, miembros del Poder Legislativo y la Corte Suprema de la Nación, en el cual se afirma:

¹⁷ “De la coerción a la cohesión Tratamiento de la drogodependencia mediante atención sanitaria en lugar de sanciones. Documento de Debate”. Septiembre de 2010. Y “Declaración Informal del Comité Científico: Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Drogas (UNGASS 2016)”. Octubre de 2015.

¹⁸ “Escenarios para el Problema de las Drogas en las Américas (2013– 2025)”. Mayo de 2013. “El Problema de las Drogas en las Américas. Informe Analítico”. Mayo de 2013.

¹⁹ “Una perspectiva de género sobre el impacto del uso, el comercio y los regímenes de control de drogas”. Julio de 2014.

²⁰ “Un enfoque de salud pública y derechos sobre las drogas”. 2015.

²¹ “Perspectivas sobre las dimensiones de desarrollo de la política de fiscalización de drogas”. Marzo 2015.

²² “Visión Regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de la UNASUR para UNGASS 2016. II Reunión Extraordinaria del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas - CSPMD”. Agosto de 2015.

²³ “Estudio del impacto del problema mundial de las drogas en el disfrute de los Derechos Humanos”. Septiembre 2015.

²⁴ “¿Qué viene después de la guerra contra las drogas - Flexibilidad, fragmentación o pluralismo de principios?”. Noviembre de 2015.

²⁵ “Declaración de Santo Domingo. III Reunión Ministerial sobre el Problema Mundial de las Drogas”. Marzo de 2016.

²⁶ “La dimensión de salud pública del problema mundial de las drogas, en particular en el contexto del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas”. Mayo 2016. Y “Directrices Consolidadas sobre la Prevención del VIH, Diagnóstico, Tratamiento y Cuidado de las Poblaciones Clave. Actualización 2016”. Julio de 2016.

²⁷ “Informe 2016”. Marzo de 2017.

²⁸ Disponible en <http://revista.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42093-recomendacion-general-no-3-materia-discriminacion-consumidores-drogas-prohibidas>

²⁹ Disponible en http://www.comunidadsegura.org.br/files/declaracion_comite_cientifico_argentina.pdf

³⁰ Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/44141-argentina-sin-narcotrafico-plangubernamental-guerra-drogas>

“Compromiso de no criminalización del consumo y de las adicciones. Basándonos en la perspectiva de derechos, nos comprometemos a: Desarrollar políticas de reducción de la demanda con estricto respeto a los Derechos Humanos haciendo énfase en el sujeto como el eje rector”

▪ **Recomendación de Magistrados de Argentina:** En el año 2016, 265 magistrados nacionales (jueces, fiscales y defensores oficiales), han firmado la *“Declaración de Magistrados Argentinos por una Política de Drogas respetuosa de los Derechos Humanos”*³¹ a 30 años del fallo *“Bazterrica”*. Uno de los puntos tratados en dicha declaración, aborda el tema de la criminalización de los consumos y necesidad de modificar el sistema en tal sentido:

“Las principales víctimas de las políticas represivas han sido las personas que usan drogas prohibidas, al ser constantemente perseguidas y criminalizadas por la tipificación de delitos relacionados con el consumo, como ser la tenencia, el cultivo para consumo personal y el consumo con trascendencia pública, entre otros. Los Estados dilapidan enormes cantidades de recursos técnicos y económicos en la persecución de meros consumidores, malgastando los recursos que debiera destinar a la prevención y atención de consumos problemáticos, y a perseguir delitos de efectiva entidad y daño social. A pesar de la falta de estadísticas oficiales, diversos informes señalan que aproximadamente el 70% de las causas que tramitan ante el fuero Federal son producto de la actividad de las fuerzas de seguridad referidas a delitos de consumo³² y sólo un 3% se relacionan con delitos de tráfico³³. De la información de diversos estudios empíricos realizados se desprende que mayoritariamente llegan al sistema judicial sólo los casos nimios e insignificantes, lo que acarrea la consecuencia de sobrepoblar el sistema carcelario, como ha generado también un inmenso e innecesario desgaste judicial. (...) Mientras a los tribunales se los ha saturado con pequeños casos, no llegan los que son más graves, que implican no sólo delitos de tráfico o lavado de dinero, sino de corrupción cometidos por funcionarios estatales³⁴”.

Por lo expuesto, los magistrados firmantes han recomendado:

“- Proceder al debate legislativo y aprobación de una ley que no criminalice a los usuarios de drogas prohibidas, mediante la derogación efectiva de los tipos penales que directa o indirectamente sancionen conductas relacionadas al consumo personal de estupefacientes (Ley 23.737). Entre tales supuestos, debería contemplarse la derogación de figuras como la tenencia simple, la tenencia para consumo personal, el consumo ostentoso y el cultivo para consumo personal. Si se opta por establecer un sistema de umbrales (cantidades) para proceder a la despenalización, deben obedecer a una realidad de consumo y mercado, no estableciendo cantidades ínfimas que no se ajusten a la realidad y permitan la continuación de la persecución penal. La tenencia de estupefacientes que superen los umbrales, no debería ser considerada como prueba cabal de la comisión de

³¹ Disponible en <http://www.pensamientopenal.org.ar/bazterrica/>

³² Se cita el Informe de la Fiscalía Federal Nº 6 respecto de delitos de drogas, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/43030-informe-fiscalia-federal-ndeg6-respecto-delitos-drogas>

³³ Se cita el “Estudio preliminar sobre la implementación de Ley de Desfederalización Parcial de la Competencia Penal en Materia de Estupefacientes (ley nº 26.052)”. Año 2014. Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR).

³⁴ Se cita la Declaración de Oporto. Un grupo de magistrados de diferentes países reunidos en Oporto, Portugal, han firmado la llamada Declaración de Oporto en la que señalan que las *“políticas públicas en materia de drogas han demostrado ser un rotundo fracaso, ya que no han logrado los fines pretendidos de la disminución del consumo de sustancias estupefacientes como tampoco han llegado a criminalizar a las grandes organizaciones criminales”*. Documento disponible en http://www.druglawreform.info/index.php?option=com_flexicontent&view=items&id=450:declaracion-de-oporto&Itemid=99

delitos de mayor entidad (comercio, tráfico, etcétera), sin pruebas accesorias y complementarias que funden la imputación. Deben observarse experiencias internacionales, cuyas normas de despenalización viciadas de tales defectos han producido efectos antagónicos a los pretendidos (caso México y Brasil, por ejemplo).

- Derogar las medidas compulsivas de tratamiento contenidas en la Ley 23.737, por no ajustarse a los estándares en materia de derechos humanos y abordaje de los consumos problemáticos, conforme la normativa internacional y local (Ley 26.657 y Ley 26.934). Los llamados Tribunales de Tratamientos de Drogas (TTD) implementados en algunos países y corrientemente mencionados en el debate local, resultan medidas impropias que hacen perdurar la amenaza de sanción penal o administrativa sobre los consumidores, a quienes se los compele a tratarse, y un dispendio de recursos administrativos y judiciales que hacen perdurar su persecución. Por lo que se desaconseja llevar adelante tales abordajes”.

▪ **Proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en argentina:** En un reciente informe³⁵ hemos relevado una veintena de iniciativas parlamentarias presentadas ante el Congreso de la Nación entre los años 2009 a 2016, que versan sobre el cultivo personal y tenencia para consumo personal de sustancias prohibidas. Remitiéndonos al análisis realizado en dicho informe, únicamente aportaremos aquí un extracto de la conclusión allí arribada:

“Los datos relevados permiten afirmar que en nuestro país existe cierta transversalidad y consenso político/legislativo respecto a la necesidad de un cambio de paradigma referido al tratamiento que se les brinda a los consumidores de sustancias prohibidas. Más allá de la técnica legislativa implementada en cada uno de los proyectos, lo cual siempre puede ser objeto de crítica y mejoramiento, lo sustancial es la voluntad política de modificación legislativa de estas conductas. Salvo muy excepcionales casos, los representantes legislativos de las fuerzas políticas más variadas han presentado proyectos que entienden que la persecución penal a los consumidores, mediante figuras que tienden a limitar su ámbito de libertad y autodeterminación, como ser la tenencia o el autocultivo, son lesivas a nuestra Constitución Nacional, a nuestra democracia y a los derechos humanos más elementales de nuestra población”.

▪ **Consideraciones finales:**

Uno de los preconceptos arraigados sobre la despenalización, es la suposición de que los índices de consumo se dispararían producto de la misma. Ello fue estudiado y descartado ampliamente³⁶ en la realidad de una treintena de países que actualmente no criminalizan el consumo³⁷, entre los cuales podemos nombrar en nuestra región a Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México y Uruguay, entre otros. Los índices y

³⁵ Fusero, M. “Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en argentina (2009/2016)”. 2016. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44229-comparativo-proyectos-ley-sobre-despenalizacion-delitos-consumo-drogas-argentina>

³⁶ Al decir de la CSJN en “Arriola”, “*las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal. Más aún, tal como señala el Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa (OEDT) que valoró el impacto de la legislación en materia de estupefacientes, el Consejo Nacional para la Delincuencia de Suecia había concluido que “no exist[ían] indicios claros de que la criminalización del consumo de drogas [hubiera tenido] efecto disuasorio para los jóvenes”.*

³⁷ Véase RELEASE, “A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Across the Globe”, 2016. <http://www.release.org.uk/publications/drug-decriminalisation-2016>

prevalencia de consumo de tales países, demuestran la independencia entre consumo y la amenaza de sanción penal³⁸.

Por su parte, más allá de la claridad y contundencia de los argumentos referidos a la necesidad de no criminalizar a los consumidores, es de principal relevancia la técnica legislativa usada a tal fin. Las fórmulas de despenalización deben contener términos claros y taxativos a fin de lograr su legítimo propósito. Ciertas formulaciones que dejan a discreción de policías, fiscales y jueces la oportunidad de evaluar cantidades u otras circunstancias que conlleven a la incriminación o no de una persona, bajo concepciones arbitrarias, no resultan aconsejables.

Las tipificaciones penales referidas a la tenencia o autocultivo generalmente contienen, por sí mismas, formulaciones abiertas, vagas y ambiguas que permiten la discrecionalidad interpretativa de las agencias punitivas, bajo una arbitrariedad irreconciliable con los principios más elementales del derecho penal; como ser el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa³⁹ y el principio de inocencia. Tales fórmulas suelen repetirse acriticamente en algunas propuestas despenalizadoras, con la mera diferencia de ubicar semánticamente la no punición en donde existía una pena⁴⁰, pero conservando la abstracción en la redacción de las normas y la consecuente discrecionalidad interpretativa de las agencias penales.

Formulas referidas por ejemplo a la «escasa cantidad», «demás circunstancias del caso»⁴¹, «circunstancias personales», etc., dejan abierta la posibilidad de arbitrariedad interpretativa de las agencias punitivas, conllevando ello a la posibilidad de abusos, extorsiones policiales, violencia institucional, selectividad penal de los más vulnerados y disparidad de resoluciones judiciales conforme la subjetividad de las fuerzas de seguridad, de los magistrados actuantes y los contextos sociopolíticos en los cuales desarrollan sus funciones⁴².

³⁸ Al respecto es recomendable observar el trabajo de Ricardo Vargas Meza y la comparación de efectos de las políticas en Portugal, San Francisco y Ámsterdam, referidas a políticas más o menos represivas en cada uno de tales territorios con respecto al cannabis y otras sustancias. Sus conclusiones arriban a afirmar lo siguiente «Los resultados no apoyan las aseveraciones de que la criminalización reduce el consumo de cannabis y su despenalización lo aumenta. De otro lado, ni la despenalización holandesa parece estar asociada con un mayor uso de otras drogas ilícitas ni la penalización en San Francisco parece estarlo con un menor consumo de otras drogas ilícitas en relación con el uso que se hace en Ámsterdam. De hecho, a juzgar por la prevalencia de vida del consumo de otras drogas ilícitas, lo contrario puede ser el caso». VARGAS MEZA, RICARDO. "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas". Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). 2013.

³⁹ Este principio exige de los legisladores el mayor esfuerzo en precisión en la redacción de normas penales. En falta a este principio, el juez tiene dos opciones: (1) declara la inconstitucionalidad de la ley, o (2) la interpreta de la forma en que más se restrinja el poder punitivo. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General (Primera edición). Ediar Temis

⁴⁰ Ejemplo de redacciones semejantes, serían las siguientes: «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» (fórmula penalizadora abstracta); «Cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal, la conducta no será punible» (fórmula despenalizadora con el mismo nivel de abstracción).

⁴¹ Es el caso por ejemplo del Artículo 14 de la Ley N° 23.737, el cual establece que "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. 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". Misma fórmula contiene el Artículo 5º, en lo referido al autocultivo.

⁴² En nuestro trabajo "Conceptos básicos para un cambio de paradigma posible en las políticas de drogas", profundizamos los riesgos que surgen a partir de no establecer normas taxativas al respecto, brindando como ejemplo el caso de Brasil, en donde la aplicación de la ley conllevó una realidad completamente opuesta a sus intenciones. En vez de producir una disminución del número de presos, la nueva ley de drogas produjo una explosión carcelaria de proporciones inimaginables. Mientras que los prisioneros por todos los otros delitos —exceptuándose el tráfico— crecieron en un 8,5%, en los tres años posteriores a la ley de 2006, la población carcelaria

Ante ello, uno de los sistemas que suele utilizarse para brindar criterios objetivos al ejercicio punitivo, pero con ciertos reparos, es el sistema de umbrales⁴³. Como lo afirman diversas organizaciones especializadas, si se optara por dicha metodología *“lo recomendable es usar los umbrales para fijar cantidades mínimas por debajo de las cuales nunca se puede tener a una persona como comerciante y que a la vez no se entienda que por encima de dichas cantidades las personas pueden ser sancionadas por distribución y tráfico, pues en todo caso es el Estado el que debe probar que tenían la intención de vender o distribuir. Los umbrales, además, deben estar fijados en atención a las prácticas de los consumidores y no arbitrariamente, asegurando siempre la protección de consumidores”*⁴⁴.

Finalmente, cabe hacer algunas consideraciones respecto del denominado consumo ostentoso o con trascendencia pública⁴⁵. Su penalización, una vez más, afecta a los sectores más humildes de nuestra sociedad, quienes pueden no contar eventualmente con un espacio propio e íntimo para ejercer el consumo; entre los cuales se destacan las personas en situación de calle. Sostener su penalización es en totalmente incongruente con la permisión de consumo público de sustancias legales de gran morbimortalidad como ser el tabaco o el alcohol, el cual suele estar regulado en disposiciones administrativas locales o nacionales, pero nunca bajo amenaza de sanción penal. Cabe recordar sobre el punto lo afirmado por el Presidente de la CSJN en el citado fallo “Arriola”: *“No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”*⁴⁶.

Observando tales premisas, hoy en día existe sobreabundante información respecto de la necesidad de no criminalizar a las personas que usan drogas prohibidas, por diversos motivos que hacen al respeto de sus derechos como al beneficio social que de ello se desprende en materia de seguridad e implementación sensata de los recursos públicos. La contemplación imprescindible de dicha información y su correcta implementación, hará posible deconstruir ciertos prejuicios y preconceptos circundantes al tema, permitiendo dar un debate sincero al respecto y arribar a una norma que ubique a la política de drogas local al nivel de las exigencias del siglo XXI.

de presos relacionados a las drogas creció más de 62%”. Nos remitimos y recomendamos su lectura a fin de no redundar en errores que conduzcan a mayor criminalización de los usuarios. Documento Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39135-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible-politicas-drogas>

⁴³ “El sistema de umbrales preddefine una cantidad determinada de las sustancias ilícitas que se presumen para consumo personal. Sin embargo, debido a que en muchos casos dichos umbrales no suelen reflejar la realidad del mercado y las mismas consecuencias de operar en un ámbito prohibicionista, suelen borrar la distinción entre la posesión de estupefacientes para consumo personal y la posesión para venta o comercio. En este sentido, permiten y judicializan la criminalización de consumidores que son detenidos como micro-traficantes por portar dosis superiores a las permitidas”. Cfr. CEDD, “En busca de los derechos: Usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina”. 2014. Ver principalmente la Conclusión Número 13. Disponible en http://www.drogasyderecho.org/index.php/es/?option=com_content&view=article&id=19&catid=8&Itemid=141

⁴⁴ Cfr. CEDD, Op. cit.

⁴⁵ El cual conlleva una desproporcionada penalidad de dos (2) a seis (6) años de prisión conforme Artículo 12 de la Ley 23.737.

⁴⁶ O lo afirmado por Sagüés, al respecto que la privacidad no se trata sólo de aquello que ocurre fuera de la vista de los demás (lo íntimo), sino que la Constitución protege las elecciones de vida que cada persona hace sin afectar a otras, aunque esas elecciones sean conocidas por el resto. También lo afirmado por la CSJN en “Albarracini”, en el sentido de que los “...comportamientos incluso públicos [de una persona] pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo...”.