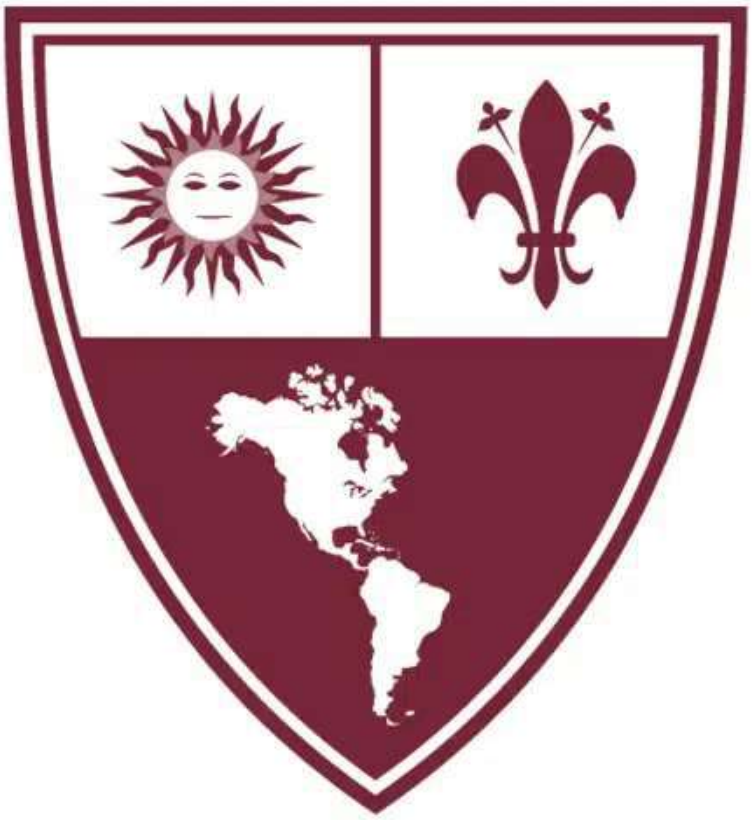


UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Sede Berazategui

"LA TENENCIA Y AUTOCULTIVO DE CANNABIS PARA CONSUMO PERSONAL SIN FINES MÉDICOS: CONSTITUCIONALIDAD Y PROBLEMÁTICAS"

ABRIL 2023

Tutor: Dr. GALLO, Brian Ezequiel
Alumno: ALLORA, Camila Sol
Carrera: Abogacía
Título al que aspira: Abogada
Datos de contacto: alloracamila@gmail.com; 1531595913

NOTA DE ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, 06 de julio de 2022.-

AL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA
DR. CÓRDOBA, MARCOS M.
S_____/_____D

Por el presente comunico al Sr. Decano Marcos M. Córdoba que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutor del Trabajo Final de la alumna ALLORA, Camila Sol, titular del D.U. Nro. 41.434.835, que lleva el título "LA TENENCIA Y AUTOCULTIVO DE CANNABIS PARA CONSUMO PERSONAL SIN FINES MÉDICOS: CONSTITUCIONALIDAD Y PROBLEMÁTICAS"

La producción integral del presente trabajo resultará exclusiva propiedad intelectual de la tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por el abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación, no asumo responsabilidad penal y/o civil por la presente obra.

Sin otro particular, saludo a ud. atentamente.

Brian Gelli.

Gmail **Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com>**

UAI.BZ.TN. ABOGACIA. RESERVA DE TEMA: TRABAJO FINAL.-

5 mensajes

Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com> 7 de julio de 2022, 19:17
Para: marilina.miceli@uai.edu.ar

Estimada,

Mi nombre es **ALLORA, Camila Sol**, titular del D.U. Nro. **41.435.835**. Soy estudiante de 5to. año de la carrera de ABOGACÍA, SEDE BERAZATEGUI.

Me comunicaba para reservar el tema sobre el cual tratará mi trabajo final.

Mi profesor tutor es el Dr. Brian E. Gallo, profesor de Derecho Penal II en UAI, sede Berazategui. Este es el segundo año consecutivo que soy ayudante alumna en la materia referida.

Mi propuesta es "LA TENENCIA DE PLANTINES DE MARIHUANA PARA CONSUMO PERSONAL SIN FINES MÉDICOS: CONSTITUCIONALIDAD Y PROBLEMÁTICAS."

El abordaje de mi trabajo girará en torno al delito tipificado en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y el art. 19 de la CN. Tomaré y traeré a colación los fallos Arriola, Bazterrica y Montalvo de la CSJN, bibliografía especializada, documentos públicos. Analizaré también los procesos de discusión y argumentación de la CSJN, contexto socio-político. Ello como un paneo de los temas base a desarrollar.

Aguardo su respuesta.

Saludos!

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar> 8 de julio de 2022, 9:46
Para: Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com>

Hola para reservar debe contar con tutor. Atte

Obtener Outlook para Android

From: Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com>
Sent: Thursday, July 7, 2022 7:17:14 PM
To: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Subject: UAI.BZ.TN. ABOGACIA. RESERVA DE TEMA: TRABAJO FINAL.-

ATENCIÓN: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

[El texto citado está oculto]

Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com> 8 de julio de 2022, 9:52
Para: "Miceli, Marilina" <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>

Estimada,

El tutor de mí trabajo final es el Dr. Brian E. Gallo.

Espero su rta.

Saludos!

[El texto citado está oculto]

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar> 8 de julio de 2022, 10:08
Para: Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com>

Tema registrado. Atte

Obtener Outlook para Android

De: Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com>
Enviado: viernes, 8 de julio de 2022 9:53
Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Asunto: Re: UAI.BZ.TN. ABOGACIA. RESERVA DE TEMA: TRABAJO FINAL.-
[El texto citado está oculto]

Camila Sol Allora <alloracamila@gmail.com> 8 de julio de 2022, 10:09
Para: "Miceli, Marilina" <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>

Muchas gracias!
[El texto citado está oculto]

A mis queridísimos padres, Florencia y Sergio, quienes con su mayor esfuerzo me han guiado en este camino y han hecho posible que hoy me encuentre donde estoy; a mis hermanos, Santiago y Ramiro; a mi apreciada abuela Elsa; a mis amigos, que hacen las veces de familia y a mi profesor de Trabajo Final, Brian E. Gallo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN
..... 1

CAPÍTULO I
HISTORIA

1. Cannabis: breve noción sobre sus propiedades químicas y características..... 4
2. Historia del cannabis en Argentina: Legislación nacional e internacional.....6

CAPÍTULO II
DELITOS DE ESTUPEFACIENTES: ENCUADRE JURÍDICO

1. Delitos de peligro abstracto..... 19
2. Delitos de tenencia..... 21
3. Bien jurídico tutelado: salud pública.....23
    a. Principio de reserva.....27
    b. Principio de lesividad.....29
2. El delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (Art. 14, párr. 2 de la ley 23.737).....31
    a. Estructura típica..... 31
        i. Tipo objetivo..... 31
        ii. Tipo subjetivo.....38
3. El delito de cultivo de estupefacientes para consumo personal (Art. 5, inc. a in-fine de la ley 23.737).....38
    a. Estructura típica..... 38
        i. Tipo objetivo..... 38
        ii. Tipo subjetivo.....40

CAPÍTULO III
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

1. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CNACC)..... 41
    a. González, Antonio (1930).....42
    b. Terán de Ibarra, Asunción (1966)..... 42
2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).....43
    a. Fallo Colavini (1978)..... 43
    b. Fallo Bazterrica (1986)..... 45
    c. Fallo Montalvo (1990)..... 49
    d. Fallo Arriola (2009)..... 52
3. Argumentos prohibicionistas.....55

CAPÍTULO IV
REVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA LEY 23.737

..... 57

CAPÍTULO V
DERECHO COMPARADO

1. Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD)..... 66
2. Sistema vigente en la Uruguay..... 67
3. Sistema vigente en Paraguay..... 69
4. Sistema vigente en la Brasil..... 70
5. Sistema vigente en Canadá..... 71
6. Sistema vigente en Holanda..... 72

CONCLUSIONES

..... 74

BIBLIOGRAFÍA

..... 75

“LA TENENCIA Y AUTOCULTIVO DE CANNABIS PARA CONSUMO PERSONAL SIN FINES MÉDICOS: CONSTITUCIONALIDAD Y PROBLEMÁTICAS”

"La prohibición... va más allá de los límites de la razón pues intenta controlar el apetito del hombre mediante la legislación y convierte en delito aquello que no lo es… Una ley prohibicionista asesta un golpe bajo a los principios mismos sobre los que se fundó este gobierno."

Abraham Lincoln

RESUMEN

Este texto ofrece un análisis sobre la constitucionalidad del delito de tenencia y cultivo de cannabis para consumo personal a la luz del art. 19 de la Constitución Nacional. Sobre esta base, el estudio revisa la evolución histórica del régimen convencional y nacional de fiscalización de cannabis y los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto. Se individualizan asimismo los aportes que a su respecto ofrece el derecho comparado. Finalizando con algunas reflexiones que exploran una posible modificación del régimen actual.

Palabras claves: cannabis; bien jurídico salud pública; estupefacientes; autocultivo de cannabis; consumo personal; acciones privadas de los hombres; legalización; derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de cannabis, o de *marihuana* -como se conoce en el lenguaje ordinario-, inmediatamente surgen en nuestra conciencia resonancias morales que se expanden en círculos concéntricos hasta alcanzar extremos impensados de variable matiz.

En muchos de éstos imaginarios, toda conducta y actitud determinada asociada a la *marihuana* deviene en imágenes estigmatizantes que sin mayor esfuerzo se asocian a los términos "delincuencia", "conductas desviadas", "enfermedad", "juventud" y se traducen en la idea de la necesidad ineludible de recurrir a la represión penal como única herramienta para erradicar este fenómeno.

Quizá no sea aventurado decir que buena parte de la culpa de que ello ocurriera lo ha tenido el acaloramiento con que se ha enfrentado el problema la más de las veces, sin acertar a comprender que las posiciones que aparecen como contradictorias e irreductibles no son tales y que, por el contrario, la divergencia provenga del distinto ángulo de mira con que se contemple el asunto.

Lo cierto es que esa polarización de las opiniones ha conducido en ciertos casos a iniciar discusiones más teñidas de cierto emotivismo, que conducentes a la clarificación de los puntos en debate. En definitiva, hoy nadie discutirá que hay un escenario muy diverso del que pudiera imaginarse años atrás que determina la necesidad imperiosa de revisar la normativa vigente. Sin embargo, lejos de poder llegar a soluciones unívocas, a partir de dicha premisa fáctica, se siguen múltiples respuestas tan diversas como las voces que se alzan.

En los tiempos que corren, el cultivo y la tenencia de cannabis para uso personal es un fenómeno mundial que va en crecimiento. Parte de los profundos cambios que ha experimentado en su estructura son consecuencia de las viscerales transformaciones que a su turno ha protagonizado una sociedad que exhibe movimientos cada vez más vertiginosos.

Por eso, tanto en el ordenamiento positivo de nuestro país como en el derecho comparado se hace sentir -bajo distintas manifestaciones- una clara movilidad normativa tendiente a revisar las concepciones heredadas en materia de drogas y a reconfigurar los modelos normativos vigentes en sintonía con los principios de derechos humanos.

En este cuadro de siuación, el objetivo de realización de este trabajo es ofrecer un panorama del actual régimen de fiscalización de cannabis atendiendo a sus contenidos y alcances desde una valoración esencialmente jurídica, y orientada a la importancia de las libertades fundamentales.

Con este esperanzado propósito, el primer capítulo se encuentra abocado a ofrecer un esquema pormenorizado de la evolución y transformación del marco legal que persigue penalmente a los consumidores y cultivadores de cannabis. En este sentido, se exhiben las discontinuidades históricas normativas que se sucedieron en la materia a la luz de las herramientas del presente en orden de auxiliar futuras reformas y evitar así sucumbir ante argumentos vencidos.

En este sentido, Zorraquin Becu dice "la historia puede definirse como el conocimiento del pasado humano para explicarlo, ordenar sus variadas estructuras, discernir las razones de sus cambios y juzgarlo con arreglo a ideales superiores y, en lo posible, permanentes." [1]

Seguidamente, efectuamos un análisis dogmático actualizado de los tipos penales bajo estudio, pues en el cambiante escenario de nuestra disciplina, resulta indispensable desentrañar y dar con el verdadero sentido del alcance de la norma. Para ello, buscamos los elementos más salientes o, si se quiere, las notas imprescindibles.

Asimismo, hemos dedicado un Capítulo a la recopilación de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional con el propósito de integrar una visión lo más completa posible sobre los argumentos de variable contenido vertidos por los diferentes tribunales.

[1] Zorraquin Becu, Ricardo (1996) ***Historia del derecho argentino***, t. I, Perrot, Buenos Aires, pág. 18.

También se ha incluido, en tanto pareció útil y pertinente, referencias al panorama legislativo de otros países; particularmente se pretende mostrar cómo las distintas leyes extranjeras recepcionan, aunque con ciertas limitaciones o condicionadas, la regulación del consumo y cultivo de cannabis para consumo personal.

Finalmente, desde el punto de vista del artículo 19 de la CN, esbozamos una breve reflexión sobre la constitucionalidad de la penalización de la tenencia y cultivo de cannabis. Anticipando, desde ya, que no hemos de llegar a conclusiones absolutas pues nos aleja de la obtención de soluciones equilibradas en función de las circunstancias.

Capítulo I

HISTORIA

En Argentina, el encuadre jurídico del *cannabis* resulta basto complejo pues se encuentra alcanzado por un entramado de normas penales y administrativas. Lo cierto es que el cannabis es una planta, y según de qué componente de ésta se trate -semilla, raíz, tallo, rama, hojas, flores, extractos (resinas) y derivados-, su fiscalización recae en un Órgano del Estado diferente.

1. Cannabis: breve noción sobre sus propiedades químicas y características

Como anticipamos, el término *cannabis* es empleado para referirse a un conjunto de plantas que por sus propiedades químicas, desde tiempos inmemorables, el ser humano ha destinado para su consumo con múltiples fines: en ceremonias culturales y religiosas, uso recreativo o psicoactivo y tratamientos médicos.

Botánicamente, el cannabis pertenece a la familia vegetal más avanzada de la Tierra. Es una dioecia (con macho, hembra y a veces hermafrodita), leñosa, herbácea anual que aprovecha el sol más eficientemente que casi cualquier otra planta, alcanzando unos robustos cuatro a seis metros o más en una corta temporada de crecimiento. Puede cultivarse en casi cualquier condición de clima o terreno, incluso los marginales.[2]

El conocido "padre de la toxicomanía", Carl Nilsson Linnæu, ha denominado a ésta especie de herbáceas como *Cannabis sativa*[3], de la cual existen dos variedades: el "cáñamo", que ha sido utilizado ampliamente para la elaboración de productos industriales; y la popularmente conocida como "marihuana" empleada con fines médicos, terapéuticos o recreativos.[4]

---

[2]Herer, Jack (1985). ***El Emperador está desnudo: El cáñamo y la conspiración de la marihuana***.
[3]Jean Baptiste Lamarck reconoció otra subespecie, la *Cannabis sativa indica* y, en 1924, un botánico ruso identificó una tercera especie que llamó *Cannabis sativa ruderalis*.
[4]Russo, Daniel y otros (2017) ***Un libro Sobre Drogas***, El Gato y La Caja.

En este régimen, la diferencia fundamental entre el cáñamo y la marihuana reside en los diferentes niveles de cannabidiol (CBD) y delta-9-tetrahidrocannabinol (A9-THC)[5] que presenta una y otra planta.

El cannabidiol (CBD) y tetrahidrocannabinol (THC) son los principales cannabinoides de la planta *cannabis sativa.* Posee más de 550 compuestos, de los que habría alrededor de 120 identificados.[6] Mientras el CBD se halla prácticamente desprovisto de propiedades psicoactivas, el THC es el cannabinoide con mayor potencia psicoactiva de la *cannabis sativa.*

No resulta ocioso insistir en esta diferencia pues actualmente el cannabis se encuentra comprendido dentro de la Lista I en el sistema internacional de fiscalización y control de estas sustancias estupefacientes, léase, dentro de las más estrictas.

En lo que atañe al cáñamo, la ventana máxima de los niveles de THC, dependiendo de la regulación de cada país, oscila entre el 0,2 % hasta 1%. Por consiguiente, en éste punto debemos tener inexcusablemente en cuenta que según la variedad de la planta de que se trate y el destino por la cual ésta fue cultivada, los componentes y derivados se verán alcanzados por distinta regulación legal dependiendo del nivel de THC -compuesto activo- que éstos contengan. [7]

En tanto la planta de "cáñamo" presenta altos porcentajes de CBD y no contiene la sustancia psicoactiva THC en cantidades suficientes como para producir un efecto psicoactivo, la de "marihuana" sí.[8]

En su gran mayoría, los derivados del cáñamo -por su bajo contenido de THC- son utilizados para productos industriales, y su fiscalización se encuentra en cabeza de los Órganos Administrativos.

---

[5] Éste compuesto activo del cannabis fue descubierto en el año 1964 por el Dr. Raphael Mechoulam de la Universidad de Tel Aviv.
[6] Radwan, M. A y otros (2017) ***Natural Cannabinoids of Cannabis and Methods of Analysis.***
[7] Baca Paunero, Victoria (2022) ***Introducción al régimen legal del cannabis***, Revista Atípica.
[8] Russo, Daniel y otros. Ob. cit.

2. Historia del cannabis en Argentina: Legislación nacional e internacional

El consumo de sustancias psicoactivas se remonta a los orígenes de la humanidad. Las distintas percepciones respecto a sus usos y los sujetos que las consumen han ido mutando a lo largo de la historia según el contexto político, social o económico. Empero, su percepción como problemática social y su consecuente criminalización se empieza a desarrollar a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

De cualquier manera y en cuanto al tema que nos atañe no es sensato olvidar que siempre, en algún sentido, nuestro régimen legal en materia de estupefacientes se ha visto influenciado por el peso que la comunidad internacional ejerce sobre nuestro Estado.

El Estado norteamericano fue el principal precursor de las políticas prohibicionistas que se alzaron en el debate internacional, dando lugar a una multiplicidad de convenciones, convenios y acuerdos entre Estados.

En este sentido, no resulta ocioso recordar que entre 1920 y 1933 rigió en los Estados Unidos la conocida "Ley Seca" promovida por el senador A. Volstead que prohibió la fabricación, transporte, importación, exportación y la venta de alcohol.

La manera en que las sustancias psicoactivas, sus usos y los sujetos que las utilizan han sido percibidos presentan notorias diferencias que dependen, entre otros factores, del contexto histórico, político y económico en el que se inscriben las prácticas de uso de los sujetos que las llevan a cabo, y de los intereses presentes en los modos de concebirlos.[9]

El "problema de las drogas" responde a uno de los primeros asuntos tratados por la agenda internacional. En el año 1909, ante la creciente preocupación respecto al control de determinadas sustancias psicoactivas, como el opio y la morfina, las principales potencias del Sistema Internacional de aquél entonces se reunieron en la Comisión de Opio de Shanghai. Pese a que la Comisión de Shangai no firmó un tratado internacional,

[9] Llovera, María Soledad y Scialla, Marina. (2017) ***Políticas de drogas en Argentina (2003-2015), Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado***, Universidad Nacional de Rosario, Repositorio Hipermedial UNR, Rosario.

elaboró una serie de recomendaciones de carácter no vinculante sobre regulación de producción y comercialización que serviría de base de futuros instrumentos.[10]

En 1912, la Convención Internacional del Opio reunida en la Haya, firma el primer tratado multilateral vinculante sobre control de la producción, comercio y consumo de sustancias psicoactivas, que tuvo por objeto "perseguir la supresión progresiva del abuso de opio, de la morfina, y de la cocaína, así como de las drogas preparadas o derivadas de estas sustancias". [11]

En 1919, durante el período de posguerra mundial, se incluye en el Tratado de Versalles el instrumento firmado por la Convención de La Haya, con la inmediata adhesión de numerosos países. Entre ellos, Argentina.

Para ese entonces, en nuestro país, la toxicomanía o el control de sustancias ilegales como las antes referidas no eran un problema que despertará alerta en los dirigentes de la época, como sí lo era el alcohol y otras sustancias de consumo legal. La ratificación del tratado respondió a un propósito primordialmente diplomático.

Recién en el año 1924, mediante la ley 11.309, se introduce una modificación al Código Penal (CP) del año 1921, alcanzando las conductas vinculadas a los "narcóticos" y "alcaloides"[12]. El cannabis aquí quedó relegado. Esta normativa significó, para la legislación argentina, la cristalización de presiones prohibicionistas importadas de opiáceos y alcaloides que circulaban en la época.

La ley 11.309 incorporó al Código Penal la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos. Conforme la reforma efectuada, el art. 204 del CP reprimia a los que "no estando autorizados a la venta, tengan en su poder las drogas a las que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia".

La modificación antes referida estableció como delito la introducción clandestina de sustancias al país y el suministro infiel de medicamentos por parte de los

[10] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas. ***Un siglo de fiscalización de drogas***.
[11] Convención Internacional Del Opio, La Haya, 1912, pág. 1.
[12] Soler al respecto marca: "La ley se refería antes a alcaloides o narcóticos. El texto actual adopta la expresión genérica "sustancias estupefacientes". La palabra "alcaloides" sería insuficiente, porque solo signa una clase de estupefacientes". Soler, Sebastian. ***Derecho Penal Argentino,*** Tipográfica Editora Argentina SA, Buenos Aires, pág. 671.

profesionales. La penas previstas iban de 6 meses a 2 años de prisión. Mientras, la "venta o entrega o suministro (...) hecho por persona no autorizada para la venta de sustancias medicinales" tenía una pena de 3 meses a 1 año de prisión.

En el año 1925, la Convención Internacional sobre Restricción en el Tráfico de Opio, Morfina y Cocaína incorporó al Régimen de Fiscalización el comercio internacional del *cannabis*. Aunque su regulación resultó menos exhaustiva respecto a otras sustancias puesto que los Estados no estaban obligados por ésta a incorporar a su derecho interno controles a su acceso o a restringir su consumo.

En este sentido, la Convención del año 1925 establece en su art. 1 que: "por *cannabis* se entiende la extremidad seca, en flor o con fruto de los pies hembras del Cannabis sativa L. de las cuales no ha sido extraída resina, sea cualquiera la denominación con que se presente en el comercio."[13]

Frente a este escenario, muy poco tiempo después, nuestro país sancionó la primera ley penal contra los *usuarios* de sustancias psicoactivas. La ley 11.331 del año 1926 agregó al entonces art. 1 de la ley 11.309 un tercer párrafo que rezaba: "los que no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia."

Ahora bien, resulta menester detenernos aquí pues es donde encontramos los primeros rasgos punitivistas del prohibicionismo que alcanza nuestros días. Lo cierto es que en el año 1926, la nueva figura penal aparece con marcada firmeza al condenar, sin discriminar entre traficantes y consumidores, con penas de 6 meses a 2 años de prisión, la tenencia no justificada de drogas por parte de quienes no estaban autorizados para la venta.

La referida reforma aventó todo tipo de prurito constitucional en torno a esta figura. Desde el seno del conflicto de la necesidad imperiosa de punir del Estado y la libertad del ciudadano, rápidamente se desencadena un proceso de transformación que pasa de un intento de regulación estricto, a una sanción penal que apunta a consumidores y a los últimos eslabones de la cadena de comercialización.

---

[13] Convención Internacional sobre Restricción en el tráfico del opio, morfina y cocaína, Ginebra, 19 de febrero de 1925, Art. 1, acápite *in fine*, disponible en: https://pnsd.sanidad.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i2.pdf (visitado 06/08/22)

En efecto, el revuelo jurídico que trajo consigo ésta norma, quedó plasmado en uno de los votos del plenario "Terán de Ibarra" de 1966 de la Cámara del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires, que avaló la criminalización de la posesión de los usuarios.

En el fallo se citó la siguiente afirmación de Nerio Rojas (1890-1971), reconocido médico legista argentino de raigambre positivista: "La toxicomanía, sobre todo en lo relativo al uso de estupefacientes, implica un binomio cuyos términos son el toxicómano y el traficante. Toda legislación debe ir contra ambos, pues se complementan y viven en la simbiosis lamentable del hábito vicioso y el negocio clandestino".[14]

El 30 de marzo de 1961, en los albores del proceso internacional contra el combate del comercio de estupefacientes y la creciente preocupación que despertaba "la salud física y moral de la humanidad", se firma en Nueva York la Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas, estableciendo un sistema único de fiscalización internacional de estupefacientes, entre los que se encontraba el *cannabis*.[15]

El Preámbulo del Tratado de 1961 enuncia: "la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad".[16]

En esta inteligencia, la Convención resalta "que el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin", limitando sus usos a fines "médicos y científicos". [17]

Ante éste escenario, los Estados firmantes se comprometían a tomar "todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias" para lograr el cometido de la Convención. Así como se comprometían a cooperar con otros Estados y a "limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación,

---

[14] Paladines, Jorge Vicente y otros (2013). ***El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América***, Colectivo de Estudios, Drogas y Derechos (CEDD), Quito, pág. 29.
[15] (2008). ***Psicotrópicos y Estupefacientes: Visión farmacológica y normativa,*** Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), Buenos Aires, pág. 50 y 60, disponible en: http://www.anmat.gov.ar/ssce/libro-psicotropicos-estupefacientes.pdf (visitado 06/08/22).
[16] Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, New York, 30 de marzo de 1961.
[17] Ibídem, preámbulo.

la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos".[18]

En lo que respecta al listado que clasificó las sustancias sujetas a fiscalización, el cannabis, al igual que la heroína, quedó en las Listas I y IV, léase, dentro de las categorías más estrictas del tratado, que incluyen sustancias "más adictivas", "susceptible de uso indebido" y/o usada como precursor para otras drogas; la Lista IV de la Convención de 1961 incluye un subgrupo de sustancias de la Lista I que se considera tienen escaso o nulo valor terapéutico o de uso médico.[19]

En relación con éste punto, resulta interesante resaltar que, pese a las características ínsitas de las sustancias referidas y el abismo que media entre ellas si se las compara respecto su peligrosidad, ambas fueron tomadas por igual. Nótese que la Convención establece que "el uso de la cannabis para fines que no sean médicos y científicos deberá cesar lo antes posible, pero en todo caso dentro de un plazo de 25 años a partir de la entrada en vigor de la presente".[20]

La adhesión de Argentina a éste Tratado marcó el inicio de un nuevo paradigma prohibicionista.

En 1963, Argentina ratifica la Convención y poco tiempo después, en el año 1968, comienzan a suscitarse ensayos legislativos alineados con el esquema internacional expuesto. En materia civil, se reforma el Código Civil incorporando la posibilidad de internar compulsivamente a los 'toxicómanos' y limitar su capacidad legal.[21] Posteriormente, se sanciona la ley 17.818, vigente a la fecha, que regula administrativamente las conductas de "importación, exportación, fabricación, fraccionamiento, circulación y expendio"[22] de estupefacientes. Así como prohíbe el cannabis y su resina, salvo para utilización "médica y científica"[23].

---

[18] Ibidem, Art. 4, inc. c.
[19] Corda, Alejandro, Cortés, Ernesto, Piñol Arriagada, Diego (2018) ***Cannabis en Latinoamérica: la ola verde y los retos hacia la regulación***.
[20] Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, New York, 30 de marzo de 1961, art. 49, inc. 2° f.
[21] Corda, Alejandro. (2010) ***Encarcelamientos por delitos con estupefacientes en Argentina***, Intercambios Asociación Civil, Buenos Aires.
[22] Ley N° 17.818, 1968, art. 2.
[23] Ley N° 17.818, 1968, art. 3.

En 1968, el gobierno *de facto* de Ongania, a través del decreto ley 17.567 deroga la reforma al Código Penal de la ley 11.331 e introduce el párrafo tercero del artículo 204 que reprimía al "que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, sustancias estupefacientes." En los fundamentos de la norma, el legislador declaró que la tenencia de una dosis de estupefacientes que es indudablemente para consumo personal no configura un delito.

La reforma del artículo referido marcó un hito en la historia de nuestro país, máxime si se analiza el contexto en el cual tuvo lugar. En la historia Argentina, el anexo de este pasaje al art. 204 del Código Penal significó la despenalización de la tenencia de estupefacientes en cantidades que no excedan el consumo personal.

Ahora bien, resulta insoslayable resaltar que la reforma trajo consigo un dispendio de sentencias contradictorias respecto a qué se considera una cantidad destinada para el uso personal. Nótese que en ningún apartado se dispuso parámetro o lineamiento alguno que zanjara el asunto, más se tradujo en una errática casuística jurisprudencial.

Recuperada la democracia, en 1973 se sanciona la ley 20.509 que declara "ineficaz" la reforma al Código Penal del año 1968; momento a partir del cual el régimen legal se retrotajo al Código Penal de 1921, con las respectivas reformas del año 1924 y 1926.

Poco tiempo después, en 1974, se dictó la ley 20.771, impulsada por José López Rega, ministro de Bienestar Social. El proyecto de elevación de la ley sostenía: "Todo drogadicto es potencialmente un traficante de estupefacientes".[24]

La ley 20.771 tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin que se legislara, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes o adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición.[25]

[24] Paladines, Jorge Vicente y otros, ob. cit. pág. 29.
[25] Del voto concurrente del juez Petracchi, in re "Bazterrica", Fallos: 308:1392, considerando 14.

Esta ley ampliaba las penas para el cultivo, la producción y el tráfico de estupefacientes. En su art. 6 estipulaba penas de uno a seis años de prisión por la tenencia de estupefacientes, aun cuando fuera para consumo personal; proyectaba que, si el juez probaba adicción psíquica o física, el acusado debería someterse a desintoxicación obligatoria; y, por último, resaltaba que los delitos vinculados a estupefacientes serían tratados por la justicia federal ya que eran concebidos como un problema de seguridad nacional.[26]

La ley 20.771 dio lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios en lo que atañe a su artículo 6. En varios casos se resolvió en primera instancia su invalidez con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que no fue aceptado por la alzada.[27]

Así las cosas, en 1978 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se expidió sobre la tenencia para consumo personal en el *leading case* "Colavini" [28], donde concluyó que el art. 6 de la ley 20.771 no era violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional.

En el fallo antes referido, la CSJN se refirió a la toxicomanía como "una calamidad social comparable a la guerra o a las pestes". Una práctica que trasciende las fronteras, aniquila la moral y la economía de los pueblos, y destruye familias. El Alto Tribunal de aquél entonces equiparó el consumo con la delincuencia y la subversión.

Tiempo después, en una Argentina templada en su nueva democracia, el 29 de agosto de 1986, la CSJN, con diferente composición y en correlato con la corriente doctrinaria de sus antecesores, declara inconstitucional el art. 6 de la ley 20.771, censurando la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal.

Durante el gobierno del presidente Carlos Saúl Menem, el 17 de julio de 1989, mediante el decreto 271 se crea La Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (SEDRONAR), organismo encargado de la coordinación de políticas

---

[26] Manzano, V. (2015) ***The creation of a social problem: Drugs, youth, and politics in cold war Argentina***, Hispanic American Historical Review, Pág. 37-69.
[27] Del voto concurrente del juez Lorenzetti, in re "Arriola", Considerando 12.
[28] Fallos: 330:254

públicas en lo relativo a las problemáticas derivadas de las sustancias en el territorio argentino.

En septiembre de ése mismo año, se sanciona la ley 23.737 sobre Tenencia y Tráfico de Estupefacientes que derogó los artículos 1 a 11 de la ley 20.7717, en la que se continúa persiguiendo la tenencia simple y la tenencia para consumo personal de cannabis "...cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere *inequívocamente* que la tenencia *de estupefacientes* es para uso personal".

La ley 23.737, conocida como “Ley de Drogas”, se basó en la ley de 1974, pero promovió un aumento de las penas y mantuvo la penalización de la tenencia para consumo personal. A la fecha se encuentra vigente en gran parte de su texto, con la reforma efectuada por la ley 27.302 del año 2016 respecto a las penas y multas.

Asentada la nueva legislación, en diciembre de 1990, la CSJN, bajo una nueva composición, revisa la doctrina Bazterrica y dicta una sentencia diametralmente opuesta en la causa “Montalvo”[29] retrotrayéndose a los fundamentos del “Colavini”, fallo que dictó la Corte Suprema durante la dictadura.

Repasando lo hasta aquí expuesto, la historia revela que la penalización de la tenencia y cultivo de cannabis ha sido harto errática. No es ocioso repasar que la Corte en “Colavini” (Fallos: 300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en “Bazterrica” y “Capalbo”, se apartó de tal doctrina (Fallos:308:1392); y en 1990, en “Montalvo” vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333).

Como lo anticipamos, a partir de la ley 27.737 se comienza a cristalizar en nuestro país un nuevo paradigma de corte punitivista que se venía gestando desde larga data, y que condenaría a todos los eslabones en el consumo de sustancias ilegales, desde el usuario hasta el gran narcotraficante.

Este criterio penalizador se tradujo en una dinámica que vinculaba el consumo de de sustancias psicoactivas únicamente bajo forma de adicción, sin reconocer otros usos de las sustancias. En efecto, se divisó consecuentemente un retiro del Estado en la

[29] Fallos: 313:1333

atención pública de adicciones y se instaló una nueva figura de enfermo/criminal, donde la persona era considerada desde el campo de la salud un enfermo, pero desde el ámbito jurídico, un criminal.[30]

A partir de allí, el consumo de drogas es entendido como una epidemia que afecta al cuerpo social sano, por lo cual el plan de lucha contra ella debe ser encarado desde una "guerra". Consecuentemente, la persona que consume sustancias es entendida como un "adicto".

Finalizada la década menemista, y comenzado el nuevo milenio, Argentina se vió atravesada por una fuerte crisis socio-política, que poco coadyuvó al análisis de una política crítica respecto a la problemática de las drogas, más se divisó un fuerte aumento en el consumo de drogas ilegales en el país.

Recién, en el año 2007, durante el primer mandato de Cristina Fernández de Kirchner se crea, "El Comité Científico Asesor en Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja", dependiente del Ministerio del Interior.

Para ese entonces, la disparidad de posiciones en torno a la despenalización de la tenencia de drogas para uso personal y la falta de consenso desde la posición oficial en el interior del Poder Ejecutivo Nacional era evidente y quedó expuesta a través de la disputa pública que sostuvieron Aníbal Fernández, primer Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y Ramón Granero, titular de la SEDRONAR.

El entonces Ministro, Anibal Fernández sostenía que la política en materia de drogas debía encontrar basamento y enfocarse en dos pilares diferenciados pero interdependientes: por un lado, la persecución del crimen vinculado al tráfico de estupefacientes y, por el otro, el derecho a la salud a partir de la descriminalización de los usuarios de sustancias. La propuesta política del ministro fue abiertamente anunciada en la 51ª reunión de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas en Viena, el 10 de marzo de 2008, cuando Fernández planteó que el gobierno se encontraba analizando la presentación de un proyecto de ley al Congreso Nacional para reformar la

[30] Conrad, Chris; Canabal, Ignacio N.; Ascolani, Pablo A. y Bertone, Diego A.(2014) ***Marihuana en Argentina: Historia, rendimiento, usos industriales y terapéuticos de la cannabis sativa***, Asociación Rosarina de Estudios Culturales (AREC), Santa Fe, pag. 27.

normativa en materia de tenencia de drogas para consumo personal, a fin de despenalizarla. [31]

En contraposición, el titular a cargo de la SEDRONAR expresó una posición contraria a la despenalización, argumentando que aún nuestro sistema de salud no contaba con los medios ni la estructura para hacer frente a una propuesta de semejante envergadura.

En lo que respecta al Poder Judicial, la propuesta del gobierno fue recibida abiertamente y plasmada en la "Declaración de Magistrados de la República Argentina ante la reforma de la ley de estupefacientes" del año 2008. Allí se resaltó el choque normativo inminente y la superposición existente entre la legislación en materia de drogas y los Tratados Internacionales referentes a los Derechos Humanos, que habían sido incorporados con jerarquía constitucional a partir del año 1994.

Frente este escenario, se dieron los elementos necesarios para que en 2009 la CSJN se aparte del precedente del Fallo "Montalvo" y con sustento en el Fallo "Bazterrica" se pronuncie en el caso "Arriola" a favor de la despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal dentro de la esfera privada.

Dentro de otros de los factores que llevaron a la CSJN a fallar de tal forma podemos mencionar que la composición de la Corte era diferente. Otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en "Bazterrica" y "Montalvo", se llevó a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, "Bazterrica" es un pronunciamiento del año 1986, y "Montalvo" de 1990.

Lo cierto es que la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional reconoció la importancia del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, así, los Tratados Internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos, el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada

[31] Llovera, María Soledad y Scialla, Marina (2017) ***Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado***, Universidad Nacional de Rosario, Repositorio Hipermedial UNR, Rosario.

(artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Dicha jerarquización de los Tratados Internacionales, ya se venía produciendo en el ámbito jurisprudencial con antelación a la reforma, y encontró su máxima expresión en el fallo de la CSJN "Ekmekdjian Miguel A. c/Sofovich, Gerardo", el que adoptó una postura claramente monista en materia de ratificación de Tratados Internacionales al declarar que "Cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple. siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata"

La jerarquización de los Tratados Internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión.

En tal sentido, Carlos Colautti, señala: "No hay que olvidar que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcriptos, es más amplia." [32]

Actualmente, el Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD) se compone de tres convenciones internacionales: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

Llegando a la actualidad, en materia legislativa, en el año 2010 se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental, cuyo objeto es "asegurar el derecho a la protección de la

[32] Colautti, Carlos (1999) ***Los tratados internacionales y la Constitución Nacional,*** Ed. La Ley, Buenos Aires, pág. 76.

salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional" y que en su art. 4 postula que "las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud".

Al respecto, Juan Manuel Suppa advierte que en Argentina "convive un régimen penal para los usuarios que tengan en su poder cannabis para consumo personal, con una invasión de la esfera privada justificada por la protección del derecho a la salud, con una ley de específico tenor sanitario que considera que debe aplicarse, en los casos de consumo problemático, el régimen legal en ella dispuesto, con todas sus garantías y derechos que, desde ya, no integran la detención y prisión de los usuarios del sistema de salud, en los centros penitenciarios y comisarias".[33]

En los sucesivos años, podemos mencionar en materia de cannabis la sanción de la ley 27.350 en el año 2017 que regula el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados; la ley 27.669 del año 2022 que regula la cadena de producción, comercialización y exportación de la planta de cannabis, sus semillas y sus productos derivados para uso medicinal, la investigación científica y el uso industrial y la consecuente creación de la Agencia Regulatoria de la Industria del Cáñamo y del Cannabis Medicinal (ARICCAME).

De la misma forma, podemos mencionar la Resolución 260/2022 dictada el 23 de junio de 2022 por el Instituto Nacional de Semillas que legalizó la comercialización e importación de material de propagación de Cannabis Sativa L.

A modo de cierre de este capítulo, hemos de mencionar que en 2020 la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas aceptó el cambio de clasificación del cannabis, y así reconoció sus usos medicinales, en base a una recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ergo, el cannabis fue erradicado de la lista IV

[33] Suppa Altaman, Juan Manuel y otros (2019) ***Cannabis Medicinal: Una cuestión de derechos***, Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 24.

reservada para drogas con “propiedades particularmente peligrosas”, con un valor terapéutico mínimo o nulo. [34]

[34] Disponible en: https://www.cels.org.ar/web/2020/12/cannabis-voto-en-la-onu-sobre-sus-usos-medicos/ (Visitado 28/01/03)

Capítulo II

DELITOS DE ESTUPEFACIENTES: ENCUADRE JURÍDICO

Concluida la fugaz visión histórica que nos impusimos, entremos ahora al examen del encuadre jurídico de los delitos de tenencia y cultivo de cannabis para uso propio, no sin antes advertir que sobre este interesante tema se han controvertido en grado superlativo las opiniones, oscureciendo un tanto el panorama.

1. Delitos de peligro abstracto

Primeramente, hemos de señalar que los delitos en estudio están comprendidos dentro de los "delitos de peligro abstracto".

Por peligro debe entenderse una situación inusual y contraria a las reglas en la que, conforme a las concretas circunstancias imperantes, "la concreción del daño puede aparecer como probable, conforme a una prognosis objetiva a priori"[35].

Según Donna, "En esta noción pueden distinguirse dos aspectos: a) Un factor causal, y b) un juicio que relaciona ese factor causal con el resultado temido, estableciendo una posibilidad relevante de producción de ese resultado."[36]

Siguiendo esta idea, el autor afirma: "El peligro es, en definitiva, un concepto de referencia. Para determinar, en el caso concreto, a qué situaciones de peligro alude el Código se hace preciso recurrir a las directrices que facilita el bien jurídico protegido."[37]

Conforme lo entiende Struensee: "Con la utilización del concepto de peligro, el legislador delega en quien aplica el derecho, el resolver la cuestión relativa a qué y cuántos elementos de una regla causal se deben cumplir para fundar un peligro. Por tanto, no se trata del caso particular, entendido como situación de hecho histórico concreto, sino de la regla particular como ley causal individual. El parámetro relativo a

[35] Maurach, Reinhart y Góssel, Karl Heinz. ***Derecho Penal. Parte general***, t. III.
[36] Donna, Edgardo Alberto. ***Derecho penal, Parte Especial***, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pág. 276.
[37] Ibidem.

qué factores causales tienen que estar dados realmente para fundamentar un peligro sólo puede darlo la experiencia de que, en determinadas constelaciones -conocidas sólo de modo incompleto- se produce un daño con frecuencia o con regularidad, o no es imposible que se produzca"[38].

Con el concepto de delito de peligro ya en mente, hemos de recordar que éstos, a su vez, se subdividen en delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. En "los delitos de peligro concreto, se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa", en tanto que en los de peligro abstracto, "por la probabilidad de que lo sea".[39]

Según Claus Roxin, los delitos de peligro abstracto "son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro"; "Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo". [40]

En este marco, Rafael Marquez Piñero señala: "lo que nos indica la presencia de un delito de peligro abstracto es que la realización misma de la conducta es inherente a la puesta en peligro de bien o de bienes jurídicamente protegidos. Los que se refieren al ámbito de los intereses supraindividuales, generales, colectivos y comunitarios, que los alemanes denominan bienes difusos y que por su origen, tanto como por sus efectos, son la base de estos tipos de delito de peligro abstracto."[41]

Al respecto, Donna tiene dicho: "En los delitos de peligro abstracto, éste no integra el tipo penal y, por lo tanto, no debe ser demostrado, ya que es la *ratio legis* del legislador, es decir, es el motivo que lo llevó a crear la figura delictiva. De modo tal que se ha considerado que, dadas las circunstancias típicas, el peligro del bien jurídico se presume *iuris et de iure*."[42]

---

[38] Jakobs, G. y Struensee, E. (1998) ***Problemas capitales del Derecho Penal moderno***, Hammurabi, Buenos Aires.

[39] Barbero Santos, Marino (1973) ***Los delitos de peligro abstracto***, en "Actas, relatos, ponencias y conclusiones", Universidad de Belgrano, Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Pág. 120 y ss.

[40] Roxin, Claus (1997) ***Derecho penal. Parte general***, t. I, trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, pág.. 407 y ss.

[41] https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1721/peligro-abstracto.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Visitado 30/03/2023)

[42] Donna, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 278.

Por su parte, con diferente perspectiva, Zaffaroni analiza: “Lo más que podemos admitir respecto del peligro “abstracto” es que son tipos en que opera una presunción *juris tantum* del peligro” donde “se invierte la carga de la prueba…correspondiendo al procesado demostrar que no hubo posibilidad de peligro alguno.”[43]

Como corolario, no hace falta penetrar mucho en el razonamiento para darnos cuenta de que la creación de un tipo penal no debe ser realizada con la intención de adelantar punibilidades y dar lugar al fenómeno de la expansión del derecho penal, con el afán de eliminar, según se dice, la posibilidad de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.[44]

En efecto, el derecho penal debe ser la *ultima ratio.*

2. Delitos de tenencia

Tanto el art. 14, párrafo segundo, como parte de los contemplados en el art. 5, inc. a de la ley 23.737 constituyen *delitos de tenencia*.

La tenencia consiste en el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa, es decir, la libre disponibilidad de uso y disposición de ella. Resulta menester señalar que para que se configure esta relación no es necesario que la cosa se encuentre al alcance del sujeto, ergo, no necesariamente se ha de tener un contacto material y permanente, más es suficiente que la cosa esté sujeta a la acción y voluntad del poseedor. En efecto, que este pueda disponer libremente de la cosa, con prescindencia de si el sujeto tiene contacto directo e inmediato con la cosa.

La tenencia implica que el sujeto puede disponer físicamente del objeto en cualquier momento, sea que lo tenga -corporalmente- en su poder, o en algún lugar donde lo haya “guardado" o dejado para su disposición (p. ej. escondido en lugares de

[43] Zaffaroni, Eugenio Raul (1981) ***Tratado de derecho penal, Parte General,*** t. III, Ediar, Buenos Aires, pág. 259.
[44] Silva Sánchez, Jesús María (1999) ***La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales***, Civitas, Madrid, pág. 33 y ss.

difícil acceso); y se puede ejercer a nombre propio o de un tercero (p. ej. quien es tenedor del objeto de otro para ocultarlo).[45]

A diferencia de la definición que nos acerca el artículo 1910 del Código Civil y Comercial de la Nación[46], la tenencia a la que la ley penal se refiere es más amplia. Por ello comprende también la posesión a la que alude dicho cuerpo legal y, para configurarla, se requiere un elemento material, el *corpus*, es decir una relación real con el objeto de que se trata y otro subjetivo, el *animus*, el conocimiento y la voluntad de tener.[47]

No obstante ello, y para lo que aquí nos importa, como bien sostuvo Struensee, los delitos de tenencia on un traspié legislativo, pues señala que la expresión *tener* no describe conducta alguna, pues ésta sólo puede darse "bajo dos formas: actuar u omitir; *tertium non datur*".[48]

En orden de acreditar la intervención del derecho penal debe acreditarse una conducta típica antijurídica culpable. Así, Struensee afirma que la conducta humana individual entra en escena sólo bajo dos formas: actuar u omitir. Actuar es realizar, omitir no realizar movimientos corporales voluntarios.[49]

Según Cornelius Nestler, la posesión de un objeto no representa peligro alguno. En efecto, el bien jurídico sólo corre riesgo en tanto la posesión abra la posibilidad de que una persona lleve adelante una conducta que pueda derivar en un riesgo por el empleo de ese objeto. En este sentido, ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralleta o de un coche afectan por sí mismo, a los bienes jurídicos, sino, a lo sumo, el uso que de estos objetos se haga. Así, la utilización de automóviles se torna peligrosa cuando se la acompaña de la embriaguez del conductor, al igual que la gasolina cuando se la emplea como medio para un incendio.[50]

---

[45] Creus, Carlos (1997) ***Derecho Penal, Parte Especial***, T.I, Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 31.
[46] Artículo 1910 del CCCN. Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.
[47] Fontán Palestra, Carlos (2002) ***Derecho Penal Parte Especial***, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimosexta edición actualizada, Lexis Nexos Abeledo Perrot, Buenos Aires pág. 617.
[48] Struensee, ob. cit. pág. 109
[49] Struensee, ob. cit. pág. 111.
[50] Nestler, Cornelius (2000) ***El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes***, en La insostenible situación del derecho penal, Comares, Granada, págs. 63 y ss.

En este sentido, Jakobs esgrime "los delitos de peligro abstracto invaden, pues el ámbito interno, no respetan por tanto el principio del hecho y no son correctos en un Estado de derecho, desde el momento en que para fundamentar o agravar la pena se recurre a lo planeado o no por el autor."[51]

En lo que a la criminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal respecta, la conducta perseguida debe encuadrar como socialmente adecuada, pues significa un riesgo jurídicamente permitido con mínima relevancia para el bien jurídico y su realización importa el ejercicio de una libertad fundamental.

3. Bien jurídico protegido: la salud pública

En la dogmática penal es sabido que mucho se ha escrito en miras de dar con las abstracciones inherentes a la noción general de bien jurídico. En éste contexto nadie puede pretender haber dicho la palabra definitiva. Así, Welzel bien advirtió "el bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto". [52]

Pretender agotar de manera acabada los alcances de éste concepto sería tarea condenada de antemano al fracaso por la limitada extensión con que contamos aquí. No obstante, en lo sucesivo, nos abocaremos a aquellas definiciones de la doctrina dominante que harán a nuestro encuadre jurídico.

En este sentido, según lo sostuviera Claus Roxin "los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema".[53]

De esta definición surge, con nitidez, que el concepto de bien jurídico es extensivo tanto a los principios reconocidos en nuestra Constitución, como a aquéllos deberes creados por el Derecho en pos de garantizar el correcto funcionamiento del Estado.

---

[51] Jakobs, G. (1997) ***Derecho Penal, Parte General***, Marcial Pons, Madrid, págs. 212.
[52] Welzel, Hans (1939) ***Studien zum System des Strafrechts***, en ZStW, pág. 509.
[53] Roxin, Claus (1997) ***Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito***, t. I, 2da. ed, Civitas, Madrid, pág.56.

Según el mismo autor, “la concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo: pero no estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.”

En su opúsculo, Winfried Hassemer señala “Para declarar una conducta como delito, no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos” [54]

Por su parte, Eugenio Raul Zaffaroni lo define así: “...bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”. [55]

En el sistema actual, el bien jurídico tutelado por la ley 23.737 es la “salud pública”. Lo cierto es que mucho se ha dicho en torno a éste concepto, por ello, a los efectos de una mejor interpretación de su alcance y significado, intentaremos desglosarlo a fin de procurar una mayor claridad expositiva.

En un principio, el término “salud” se limitaba a fenómenos anatómicos-fisiológicos y psicológicos. O bien, como el correlato de *enfermedad*. Con la sanción de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946, éste término evolucionó y se perfeccionó. Según la OMS, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”

Dentro de la lógica de esa construcción, la OMS asevera: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.”

---

[54] Hassemer, Winfried (1984) ***Fundamentos del Derecho Penal***, Bosch, Barcelona, pág. 37.
[55] Zaffaroni, Eugenio Raúl (1989) ***Manual de Derecho Penal***, Ediar, Buenos Aires.

En nuestro derecho interno, el Preámbulo de la Constitución Nacional (CN), dentro de sus objetivos, dispone el afianzamiento de la justicia y *la promoción del bienestar nacional*. Recogiendo el art. 33, podemos colegir que el derecho a la salud se encuentra dentro de los llamados "derechos implícitos".

En efecto, hasta la reforma constitucional de 1994, no existía en el texto de nuestra Constitución artículo expreso sobre el derecho a la salud. Recién con la reforma de 1994, el art. 75. inc. 22 de la Ley Fundamental otorga jerarquía constitucional a diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH), en los cuales la salud ha sido reconocida como valor y como derecho humano fundamental.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XI dispone: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, también se menciona la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25). El derecho a la salud también fue reconocido como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.

Por su parte, la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial en su art. 5 expresa: "los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:...IV. El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales."

Es evidente que, internacionalmente, se ha pretendido adoptar una definición amplia de salud que logre abarcar múltiples dimensiones y cobije elementos de variada naturaleza que, en conjunto, contribuyen directa o indirectamente a dicho estado de bienestar.[56]

[56] Díaz Arana, Andrés Felipe (2021) ***Aproximación al bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia***, Nuevo Foro Penal 97.

En tal sentido, como podrá observarse, la reforma del año 1994 implicó para el Estado Nacional el afianzamiento en materia de interpretación y aplicación de Derechos Humanos, y el compromiso de diseño y aplicación de políticas públicas que tiendan a garantizar mejores condiciones de vida.

En otro orden de cosas, entendemos el vocablo "población" -a secas- como el sujeto de acción del sistema de salud. Pero cabe advertir que en su acepción más específica "población" equivale a la sociedad en general, por encima del interés particular del individuo. Al respecto, Teresa Montañez señala: "…Los delitos contra la salud pública tienen a proteger las condiciones necesarias para hacer posible la salud individual de un grupo social, como una colectividad más o menos difusa."[57]

Caracterizar a la salud pública como bien jurídico colectivo significa que la potencialidad de una conducta para afectarlo se configura si ésta se proyecta sobre la comunidad y las personas de manera general e indeterminada.[58]

Consecuentemente, el bien jurídico salud pública debe estar dotado de un contenido material que descarte incriminaciones puramente formales, pues la generación del peligro colectivo de carácter indiscriminado deberá traducirse o en una amenaza concreta o en la idoneidad objetiva de la conducta para poner en peligro a la comunidad; ello implica desterrar de la aplicación judicial tanto las meras agresiones a la salud privada como aquéllas conductas no generadoras de una situación de peligro indiscriminado para las personas.[59]

Es preciso, entonces, no sólo que los hechos denunciados calificados como ilícitos revistan gravedad suficiente, sino que es menester que estos impliquen modos de conducta que imposibiliten o hagan intolerable la vida en común de acuerdo a la apreciación concreta que impone la directiva legal.

---

[57] Rodríguez Montañez, Teresa (2004)***Delitos de peligro, dolo e imprudencia***, Rubinzal - Culzoni, pág. 354 y ss.
[58] Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, 28 de diciembre de 2007, "PEM" s/ infracción ley 23737"
[59] Terradillos Basoco, Juan (1999) ***Peligro abstracto y garantías penales,*** Nuevo Foro Penal, 62, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia,Temis, Medellín.

Para tal ponderación habrá de valorarse los hechos ilícitos conforme su relevancia y lesividad necesaria, y de acuerdo las características personales de los imputados. El criterio de apreciación es dinámico y se adecua a la realidad viviente de cada época y a las transformaciones históricas y sociales.

En el caso de los delitos con estupefacientes no se discute que el bien jurídico en juego es la "salud pública", pero la lesividad vinculada a estos delitos se ha visto tan desdibujada que algunos autores han sostenido que se extiende a otros intereses como la "continuidad generacional" o "la salud física y moral de la humanidad". [60]

Al respecto, cabe advertir que con éste último acápite nos hemos precipitado, pues antes de dar con las objeciones que ha merituado este bien jurídico, consideramos útil señalar y destacar otras cuestiones de vital importancia vinculadas al *principio de reserva* y el *principio de lesividad* que atañen al tema. Mismo porque en el Capítulo III habremos de analizar cómo fluctuó y evolucionó la concepción y alcance de éste bien jurídico en los diferentes fallos de la CSJN que se sucedieron en la materia.

a) Principio de reserva

La Constitución Nacional es la fuente primaria de realización del derecho y a ella debe ajustarse todo el ordenamiento jurídico. Los principios que sienta funcionan como reguladores de la actividad represiva, garantizando el interés público y el individual.[61]

La Constitución Nacional expresamente consagra en su art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

El art. 19 de la CN, delimita el *ius puniendi* del Estado Nacional. La fórmula del referido artículo impone límites al codificador exigiendo que no se prohíba una

[60] Cattani, Horacio Rolando (2000) ***Tóxicos prohibidos y afectación del bien jurídico***. En Las drogas: entre el fracaso y los daños de la prohibición. Silvia Inchaurraga (comp.). Rosario: Centro de Estudios Avanzados en Drogodependencia y Sida de la Universidad Nacional de Rosario-Asociación de Reducción de Daños de la Argentina.
[61] Claria Olmedo, Jorge A (2008) ***Derecho Procesal Penal***, Rubinzal-Culzoni, Santa fe, pág. 24.

conducta que no ofendan al orden o la moral pública, esto es que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que solo se dirijan contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que existe un ámbito de licitud infranqueable para el legislador que surge de la primera parte de esa misma norma constitucional. No podrá ser declarada legalmente injusta (sancionada) la conducta que de ningún modo ofenda el orden o la moral pública ni perjudiquen a un tercero. La Constitución determina al legislador un límite extensible a todos los derechos constitucionalmente consagrados.[62]

Al respecto, dice Bidart Campos: "Cuando la constitución en su parte dogmática se propone asegurar y proteger los derechos individuales, merece la denominación de *derecho constitucional "de la libertad"*. Tan importante resulta la postura que el Estado adopta acerca de la libertad, que la democracia, o forma de estado democrática, consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento de esa libertad." y continua "Podemos adelantar, entonces, que el deber ser ideal del valor justicia en el estado democrático exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de *libertad jurídicamente relevante* y dotarlo de una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad. Es el principio elemental del *humanismo* personalista."[63]

Por su parte, Clariá Olmedo dice: "En el Estado moderno debe amoldarse el concepto de libertad a la idea de justicia, nivelando armónicamente la compulsa de ambos intereses. La libertad individual debe ser un ingrediente indispensable en la realización del derecho penal objetivo, no solo respecto de las condiciones y garantías que son contenido y fin de ese derecho sino también de la realización de seguridad de los derechos subjetivos individuales que tienen su fundamento en el derecho objetivo y que esté garantiza. Por eso el poder del Estado, al mismo tiempo que es para punir al transgresor de la ley, lo es para no punir a quien fuere merecedor de la pena."[64]

El patrimonio político de la colectividad se mantiene y protege a través del conjunto de normas jurídico-penales que describen y sancionan determinadas conductas. En el derecho penal, la norma describe modos de conducta materialmente perjudicial y

[62] Fallos 234:408
[63] Bidart Campos, German J. (2013) ***Manual de la Constitución reformada, Tomo I***, Ediar, Buenos Aires.
[64] Claria Olmedo, Jorge A. (2008) ***Derecho Procesal Penal***, Rubinzal-Culzoni, Santa fe, pág. 24.

formalmente antijurídica, y sanciona a quien incurre en lo descripto. Elípticamente prohíbe la conducta descripta (norma secundaria), pero por la exclusión, al prohibir permite (norma también secundaria presupuesta). Lo sancionado está prohibido (o impuesto); lo no sancionado queda permitido (o tolerado).[65]

Siguiendo esta línea, dentro de la esfera de posible ilicitud podrá el codificador fijar otro ámbito variable que separa lo lícito de lo ilícito, quedando lo primero fijado con la determinación específica de lo segundo. Pero le está prohibido penetrar en las acciones privadas de los hombres. Si lo hiciere, prevalecerá el texto constitucional.[66]

Entendido como libertad de la conducta, el campo de lo lícito penal se integra por lo constitucionalmente no sancionable y por lo legalmente no sancionado. Objetivamente es lícito lo que no es o no puede ser sancionado.

Resulta importante resaltar esto, pues el criterio positivo para la determinación de lo ilícito controla los avances de la autoridad: la determinación de lo punible significa establecer la regla de la libertad.

En tal sentido, Clariá Olmedo señala "en realidad la justicia es fruto del reconocimiento de la libertad individual encuadrada en las exigencias del orden jurídico establecido. Mejor aún; la noción de justicia debe comprender la idea de libertad, ya que se incurrirá en un injusto si se la sojuzga o restringe más de lo tolerado por la necesidad de justicia. Concretamente, el interés social de justicia comprende el respeto de las garantías individuales en la realización del orden jurídico."[67]

b) Principio de lesividad

Como señalamos anteriormente, siguiendo la primera parte del art. 19 de la CN el poder penal del Estado sólo podrá activarse cuando un bien jurídico penalmente protegido se encuentre frente a un peligro concreto de ser dañado, o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado.

---

[65] Ibidem, pág. 18
[66] Ibidem, pág. 19
[67] Ibidem, pág. 25

En el marco internacional, el principio de lesividad es receptado por la normativa supranacional incorporada a nuestro derecho interno por el art. 75 inc. 22 de la CN, a saber: el art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, o el art. 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Zaffaroni explica, en alusión al principio de lesividad, que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.[68]

Según Mir Puig, "para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho penal*."

Al respecto, el autor antes referido señala que "el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución…" Continua, "aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien."

Mir Puig dice que "no basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal…"[69]

---

[68] Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros (2000) ***Derecho Penal. Parte General***., Editorial Ediar. Buenos Aires, pág. 121.
[69] Mir Puig, Santiago (1991) ***Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi***, Estudios penales y criminológicos, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, pág. 205 y ss.

Siguiendo esta línea argumentativa, recogemos lo dicho por Mir Puig: "No cabe negar que la salud pública es un interés colectivo que afecta a cada individuo, pero habrá que exigir un determinado grado de lesividad individual para que importe al Derecho penal, y, por otraparte, la protección penal que merece depende también de esa lesividad individual. (...) La indudable extensión social del problema no ha de bastar, en cambio, para legitimar la intervención del Derecho penal. Esta misma línea de argumentación afecta a una problemática mucho más seria: la de los límites de la punición en materia de drogas. Es preciso insistir en la diferenciación de las drogas según su distinto efecto lesivo para el individuo. También hay que tener en cuenta que la lesividad individual viene en este caso acompañada del consentimiento de la víctima. No debe atenderse únicamente al aspecto de orden general que, sin duda, predomina en la actitud del Derecho penal frente a las drogas."

4. Delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, párrafo segundo, ley 23.737)

a) Tipo objetivo

i. Sujeto activo: Puede ser cualquier persona física que no se encuentre autorizada para la tenencia de estupefacientes Resulta, pues, un delito de sujeto activo indiferenciado (*delicta comunia*).

ii. Acción típica: Consiste en tener estupefacientes para consumo personal. A diferencia de la figura simple -prevista en el párrafo primero-, éste tipo penal exige que se acredite un elemento subjetivo especial, esto es, la tenencia de estupefacientes con la finalidad del uso propio.

Ahora bien, en materia de estupefacientes, en lo que respecta al cannabis, el 11 de noviembre de 2020 se dictó el Decreto 883/2020 que reglamentó la Ley 27.350 sobre Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados.

A través del Decreto 883/2020, el Poder Ejecutivo Nacional reguló e hizo operativo el Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento con Cannabis (REPROCANN). De manera que, en la actualidad, aquellos usuarios que por indicación médica se encuentren inscriptos en este registro, pueden tener hasta 40 gramos de flores secas o 6 unidades de goteros de 30 ml. y acceder al autocultivo de cannabis.

En este marco, técnicamente solo será perseguido penalmente el sujeto que tenga -sin autorización- estupefacientes para consumo personal sin fines médicos, terapéuticos y/o paliativos del dolor.

A mayor abundamiento, la conducta será típica cuando el tenedor carezca de autorización legal expedida por autoridad competente en alguno de los supuestos en que legalmente puede otorgarla, y no habrá tipicidad si la posee.

iii. Objeto del delito: Aunque flexible y dotado de amplio grado de vaguedad semántica, los "estupefacientes" son el objeto material del delito.

Según el Código Penal de la Nación, "El término "estupefacientes" comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional." (art. 77, párrafo noveno).

Por su parte, la Ley 23.373 sobre Tenencia y Tráfico de Estupefacientes no nos suministra una definición sobre estupefacientes, más hemos de remitirnos al Decreto 560/2019 en orden de lograr dar con su contenido.

En tal sentido, podría sostenerse que el codificador argentino designó al Poder Ejecutivo Nacional como el Órgano a cargo de determinar cuáles sustancias son consideradas "estupefacientes" mediante una lista que hace las veces de método de fiscalización de estupefacientes.

En efecto, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto 560/2019, se encargó de discriminar las sustancias que se consideran "estupefacientes" para el régimen penal. Así, elaboró dos apartados: el tradicional Anexo I del Decreto N° 852/18 al cual se le incluyeron 134 sustancias nuevas, y el Anexo II que las identifica mediante grupos

químicos.

En un orden general, es oportuno señalar que en nuestro derecho penal no existe una definición homogénea del término "estupefacientes", así como tampoco de los conceptos Psicotrópico, Psicofármaco y Estupefaciente.

Conjugando las particularidades señaladas, surge que nos encontramos con lo que Soler define como una *norma penal en blanco*, es decir, una disposición penal cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en la que solamente queda definida con exactitud invariable la sanción. El precepto debe ser ordinariamente llenado con otra disposición legal o por decretos o reglamentos a los cuales remite la ley penal. Estas disposiciones son, en el fondo, las que fijan el alcance de la ilicitud sancionada, ya que, en la ley, la conducta delictiva está determinada por una norma genérica.[70]

Zaffaroni, por su parte, distingue dos conceptos de ley penal en blanco: ley penal en blanco en sentido amplio y estricto. La primera sería aquella en que para determinar la prohibición debe acudirse a otra ley, pero emergida del mismo órgano o poder legisferante, en cuyo caso no plantea mayor problema. El segundo caso es el que plantea los problemas actuales, a su juicio, toda vez que para la determinación de la prohibición debe acudirse a otro órgano legisferante (Poder Ejecutivo, Municipio, etc).[71]

Rodríguez Mourullo, partiendo de citar a Binding plantea: "De (….) la concepción originaria se derivan dos características esenciales de las leyes penales en blanco: Son leyes que contienen únicamente la sanción correspondiente a un precepto no especificado en las mismas; son leyes que remiten, expresa o tácitamente, la determinación concreta de ese precepto a una autoridad distinta y de rango inferior."[72]

Con fundamento en lo expuesto, en lo que a estupefacientes concierne, sólo resulta una certeza. Nuestro derecho penal cuenta con una ley que no establece un concepto claro del objeto material que regula. De manera que, en orden de poder

[70] Soler, Sebastián. (1987) ***Derecho Penal Argentino***, Tea, Buenos Aires, t. I, 5ta ed., pág. 121, 122 y ss.
[71] Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1987) ***Tratado de Derecho Penal. Parte General***, t. I, Ediar, Buenos Aires, pág. 190.
[72] Rodríguez Mourullo, Gonzalo (1978) ***Derecho Penal. Parte General***, Civitas, pág. 87-88.

delimitar su alcance y significado, debemos remitirnos a la definición incipiente plasmada en el art. 77 del Código Penal que estipula un reenvío normativo expreso a un decreto reglamentario variable en su contenido, en total detrimento del principio de legalidad.

Sin perjuicio de lo expresado, consideramos útil traer a colación -aunque ello no modifique el escenario expuesto ut-supra-, que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), el 22 de febrero de 2010 dictó la Disposición Nº 885/10 que se ocupó de brindar una definición de los conceptos Psicotrópico, Psicofármaco y Estupefaciente.

Así, en el artículo 1° de la citada norma se adopta la siguiente definición:

Psicotrópico: Cualquier sustancia natural o sintética, capaz de influenciar las funciones psíquicas por su acción sobre el Sistema Nervioso Central (SNC).

Psicofármaco: Todo producto farmacéutico compuesto por sustancias psicotrópicas, utilizado como objeto del tratamiento de padecimientos psíquicos o neurológicos.

Estupefaciente: Toda sustancia psicotrópica, con alto potencial de producir conducta abusiva y/o dependencia (psíquica/física, con perfil similar a morfina, cocaína, marihuana, etc.), actuando por sí misma o a través de la conversión en una sustancia activa que ejerza dichos efectos.

Al respecto, la ANMAT señala: “Las sustancias contenidas por los psicotrópicos y los estupefacientes son aquellas que actúan sobre el sistema nervioso central, ya sea excitándolo o deprimiéndolo. Generalmente, el uso de un psicotrópico puede traer como consecuencias cambios temporales en la percepción, ánimo, estado de conciencia y comportamiento. Pueden ser de tipo estimulantes, antipsicóticos, tranquilizantes, entre otros.

En cambio los estupefacientes o narcóticos, están relacionados por lo general con el tratamiento y control del dolor. Se dice que estas sustancias tienen un índice terapéutico muy pequeño (ventana terapéutica pequeña): es decir que las dosis son muy

exactas para cada patología e indicación en particular. Por ejemplo, con una concentración específica se puede producir excitación y con una concentración superior pueden deprimir el Sistema Nervioso Central (SNC). Es por ello, que su indicación y prescripción deben ser realizadas exclusivamente por el profesional médico especialista, y deben ser utilizados bajo estricta vigilancia médica."

iv. Escasa cantidad y demás circunstancias: Desde su sanción, la ley 23.737 y su respectiva fórmula contemplada en el art. 14, párrafo segundo, ha traído importante revuelo doctrinal y jurisprudencial.

En efecto, la norma en cuestión, en orden de acreditar que el material estupefaciente incautado *inequívocamente* tiene como destino el uso personal del sujeto y no el de comercio, exige que se verifiquen dos escenarios interdependientes "escasa cantidad" y "demás circunstancias".

En este sentido, ni la doctrina ni la jurisprudencia es uniforme en la consideración específica de qué se entiende por "escasa cantidad" y cuáles serían esas "demás circunstancias" que efectivamente construirán el basamento fáctico que llevaría al juzgador a inferir que nos encontramos ante un destino *inequívoco* de uso personal por parte del tenedor de estupefacientes.

Esta variedad de criterios deviene de la inexactitud del tipo penal. La vaguedad de las condiciones exigidas por la ley penal y la inexistencia de parámetros normativos preestablecidos desemboca en sentencias de variado resultado en total detrimento del principio de legalidad. Ello sin omitir que el término "inequívocamente" (regla de valoración probatoria) del cual se sirve el referido artículo afecta directamente el principio de presunción de inocencia toda vez que invierte la carga de la prueba, dejando en manos del imputado demostrar que el estupefaciente secuestrado efectivamente es para consumo personal.

Sin perjuicio de ello, como lo venimos haciendo y para una mayor claridad del tema en estudio, infra trataremos separadamente cada uno de éstos términos tratando, en la medida que se pueda, de dotarlos de cierto contenido.

En general, "escasa cantidad" se entiende por una exigua cantidad de material

estupefaciente. A priori, parecería una cuestión menor, pero lo cierto es que la conceptualización queda sujeta al total y libre criterio del juez que interviene en el proceso.

Existe acotada información actualizada en el ámbito de la justicia respecto al tema. Lo cierto es que los conceptos "escasa cantidad" y "demás circunstancias", por la insuficiencia incita de la ley, son llenados de contenido por el juez en base a su formación ética, moral, académica, política y social. Nótese lo arbitrario e impreciso que resulta ello.

En la práctica se torna aún más difuso, pues hay una multiplicidad de factores que varían conforme el caso. Téngase en cuenta que la dimensión de la cantidad de estupefaciente fluctúa conforme las características fisiológicas de los consumidores, la frecuencia con la que se hace uso de ellas, si existe o no en el organismo del sujeto un acostumbramiento respecto de la droga -parámetro que difiere del principiante o experimentador-, si éste acopla estupefaciente en orden de limitar el contacto con su proveedor.

En la práctica, la capacidad toxicomanígena del material estupefaciente incautado se mide por lo que se conoce como "dosis umbral" mediante una fórmula que consiste la medición de la concentración de A9-THC (principio activo del cannabis sativa) a partir del peso neto de la muestra utilizada.[73]

En este marco, en miras de dar con una posible aproximación a qué cantidad de cannabis se considera para uso propio, podemos traer a colación que con posterioridad a la sanción de la ley 27.350, el Ministerio de Salud mediante la Resolución 673/2022 dispuso que los inscriptos en el REPROCAN podrán transportar hasta 40 gramos de flores secas y tener hasta 9 plantas florecidas.

Sin perjuicio de lo antedicho, cabe tener en cuenta que la conceptualización del consumidor que se construye en la justicia a partir de los diferentes fallos de la CSJN no coincide con el consumidor real.

[73] https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-21-2023-378495/texto (Visitado 28/02/2023)

Al respecto, Basalo Sebastian explica: “En lo que respecta al uso de cannabis con fines adultos, los márgenes de consumo razonable son muy amplios. Una persona que realiza un uso crónico de cannabis puede llegar a consumir hasta 5 gramos por día o incluso más. Si se tiene en cuenta que, como explicamos, la planta de cannabis es de ciclo anual y por ende en cultivos al aire libre se suele realizar una sola cosecha al año, una persona tiene que cosechar y almacenar lo que va a consumir durante todo un año. Si esa persona, por ejemplo, consume 5 gramos de cannabis por día, necesitará cosechar y almacenar 1825 gramos o 1,8 kilos de cogollos secos para proveerse de lo que va a consumir durante todo el año hasta la siguiente cosecha.”[74]

En cuanto al término “demás circunstancias”, en la práctica importa un escenario que se construye sobre la base de hechos, elementos o situaciones en torno al caso en particular que son valorados en base al criterio casi colectivo que yace en el inconsciente de los operadores jurídicos. A modo ilustrativo, podemos mencionar que al momento de la requisa o allanamiento se pondera la presencia de cigarrillos; armador de cigarrillos; pipas; picadores; filtros; envoltorios de papel de seda, etc.

De la misma forma, también hemos de mencionar los informes médicos y análisis de orina y sangre que se efectúan a los usuarios para acreditar su calidad como tales.

A mayor abundamiento, podemos mencionar que otras de las pautas que son analizadas bajo la luz de cada caso en concreto son: las tareas de inteligencia y escuchas telefónicas previas; el modo de distribución, disposición y acondicionamiento de la sustancia; la existencia de elementos de fraccionamiento o extensión de la misma; o significativas cantidades de dinero; indicadores que, integrados a la cantidad y calidad del tóxico permitan fundar la configuración o no de la finalidad ultratípica.[75]

[74] Suppa Altman, Juan Manuel y otros (2019) ***Cannabis medicinal: una cuestión de derechos****,* Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 215

[75] “MALAJOVICH, IVAN GREGORIO – BURGOS, MAXIMILIANO HÉCTOR S/INFRACCIÓN LEY 23.737” (FPA 5131/2017 – JUZGADO FEDERAL DE PARANÁ – 28/12/2018)

b) Tipo subjetivo: Es un delito doloso. El dolo requerirá que el sujeto reconozca, no sólo de que la droga está bajo su ámbito de disponibilidad, sino también el reconocimiento de qué sustancia se trata y que su finalidad sea para consumo personal. El delito de tenencia ilegal de estupefacientes requiere de un mínimo de continuidad en la posesión, que implica no sólo la relación material del agente con la sustancia, sino la conciencia y voluntad de mantener esta bajo su esfera potestativa.

5. Delito de cultivo de estupefacientes para consumo personal (art. 5, inc. a, in fine, ley 23.737)

a) Tipo objetivo

i. Sujeto activo: El artículo no establece ningún recaudo especial con respecto al sujeto activo. El delito puede ser cometido por cualquier persona que cultive cannabis sin autorización, ergo, sin el permiso otorgado por el REPROCANN o por la ARICCAME.

ii. Acción típica: El art. 5, en su inc. a, contempla tres acciones típicas, a saber: la guarda o cultivo de plantas; la guarda de semillas o materias primas utilizables para su producción y, la guarda de elementos destinados a la producción o fabricación de estupecacientes.

La producción propiamente agrícola puede ser del tipo *indoor*, en *greenhouses* u *outdoor*. En la producción indoor el cultivo crece bajo luz artificial y en condiciones ambientales totalmente controladas. Bajo la modalidad de cultivo en *greenhouses,* el cultivo crece bajo luz solar filtrada y en condiciones ambientales parcialmente controladas. Por su parte, en la producción *outdoor,* la planta crece en el campo y es alimentada por la luz solar; las condiciones de su desarrollo estarán sujetas a las características agronómicas del suelo sumadas a los fenómenos climáticos que ocurran

durante el proceso.[76]

Es indudable que el legislador individualizó todas las hipótesis que consideró que podrían constituir los actos preparatorios del delito de comercio de estupefacientes. La pena prevista para éste delito va de 4 a 15 años y multa de 45 a 900 unidades fijas.

Ahora bien, en lo que atañe a nuestro objeto de estudio, el párrafo in-fine del inc. a -incorporado por la ley 24.424-, dispone: "cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, *la pena será de un mes a dos años de prisión* y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21."

iii. Objeto material: El objeto material lo consituyen las semillas, esquejes y plantas de cannabis, así como las materias primas y elementos necesarios para su cultivo.

iv. Escasa cantidad y demás circunstancias: Aquí nos detenemos y damos por reproducidos *brevitatis causae* gran parte de las observaciones vertidas respecto este tema, pero a renglón seguido reseñaremos otras cuestiones ínsitas de éste delito.

A la hora de analizar qué es "escasa cantidad" en materia de autocultivo de cannabis, resulta menester tener presente que gran cantidad de semillas y/o plantas, pueden ser macho o hembra y sólo estas últimas son capaces de producir alguna sustancia activa (THC), en los llamados cogollos; sexo que puede advertirse recién a los cinco o seis meses (aproximadamente) de cultivada la semilla. [77]

Siguiendo esta idea, también cabe destacar aquí que en miras de lograr dar con una cosecha acorde al normal consumo del sujeto, el cultivador debe cultivar al menos el doble de plantas que las que luego pretenderá cosechar, pues durante su crecimiento pueden fenecer, adquirir plagas que no permitan su consumo humano o ser fecundada

[76] Lopez, Andres (2021) ***La cadena de valor del cannabis: Situación y tendencias internacionales, y oportunidades para la Argentina***, Consejo para el Cambio Estructural - Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.
[77] Suppa Altman, Juan Manuel y otros (2019) ***Cannabis medicinal: una cuestión de derechos***, Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 200.

por otra planta macho, convirtiéndola en hermafrodita y con ello cercenando o aminorando, necesariamente, sus componentes activos, etc.[78]

b) Tipo subjetivo: Tal como dijimos en otra ocasión, subjetivamente el autocultivo de cannabis -sin autorización- exige como requisito exista dolo, y un elemento del ánimo, que consiste en la finalidad de consumo propio del cultivo.

[78] Ibidem, pág. 213.

Capítulo III

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

Al analizar el tema en estudio, como pauta de interpretación, resulta menester recorrer los diferentes criterios sentados por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación (CSJN) en relación a la inconstitucionalidad del art. 14, párrafo segundo, de la Ley 23.737 sobre consumo de estupefacientes para consumo personal.

Las fluctuaciones que desde sus orígenes presenta el marco jurisprudencial argentino es una constante que, en mayor o menor grado, ha teñido nuestra historia con los colores del acontecer del momento, transformándose en un discurso político variable en función de otros importantes temas que ocupaban el centro de atención pública y se convertían en objeto de su iniciativa.

Como ya hemos adelantado, la jurisprudencia de la CSJN no ha sido pacífica, más ha sido harto errática.

1. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CNACC)

Como dijéramos con anterioridad, la discusión en torno a la constitucionalidad de la represión de la tenencia de estupefacientes destinados para uso propio no es un debate que haya nacido con la ley 23.737, más hemos de remontarnos al art. 204 del Código Penal incorporado por la ley 11.331 en el año 1926 que reprimía a los que "no estando autorizados a la venta, tengan en su poder las drogas a las que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima".

En efecto, con antelación a la derogación legal de la ley 20.771 y la actual ley 23.737, se había planteado dicha discusión tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

En tal sentido, citaremos dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CNACC) relacionados al régimen antes referido.

a) González, Antonio.

En el fallo plenario "González, Antonio" del 17 de octubre de 1930 la Cámara Criminal de la Capital Federal resolvió que la tenencia de alcaloides para uso personal no configura una razón legítima de su tenencia. Por su parte, el voto disidente entendió que aún cuando la tenencia de alcaloides importa una ilicitud penal, la norma no busca perseguir a quien posea la droga con el fin exclusivo de uso personal, pues ello penetraria en la esfera de las acciones privadas de los hombres consagrada en el art. 19 de la CN. [79]

b) Terán de Ibarra, Asunción

Dicha interpretación del principio constitucional sentada por el Tribunal a principios de la década de 1930, fue ratificada a fines de la década de 1960 en la que el Tribunal ya contaba con una nueva integración.

En este contexto, en el fallo plenario “Terán de Ibarra, Asunción” de fecha 12 de julio de 1966, siguiendo idéntico criterio el voto mayoritario sostuvo que, con indiferencia de la finalidad para uso personal de los alcaloides, la tenencia de drogas *per se* configura un peligro para los bienes que el ordenamiento jurídico busca resguardar. [80]

Dentro del fallo referido, cabe mencionar ciertas reseñas efectuadas por los jueces que conformaron el voto mayoritario. Así, el doctor Millan señaló que no podía computarse como lícito un vicio que es socialmente disvalioso, y descartó el argumento esgrimido por la defensa sobre que la autolesión no resulta punible toda vez que detectó que en ciertos casos lo es. El doctor Pena marcó que la norma no castiga al consumidor por su calidad de tal, sino que persigue la tenencia en sí. En refuerzo de su postura, resaltó que en nuestro ordenamiento hay múltiples delitos que penan la tenencia de objetos peligrosos. Por su parte, el doctor Quiroga, a quien adhirió el doctor Black,

[79] Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, Tomo III, pág. 21.
[80] Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, Tomo XV, pág. 325

sostuvo que la peligrosidad de la tenencia de estupefacientes, independientemente de su finalidad para consumo personal, deriva de la tendencia de los toxicómanos a involucrar a terceros en el vicio y que la la libertad personal queda relegada por motivo de la protección del bien jurídico -la salud pública-.

En la posición doctrinaria enfrentada, en un intento de morigerar -infructuosamente- el criterio que se había sentado en relación, el doctor Vera Ocampo y el doctor Lejarza, remitiéndose al voto minoritario del fallo plenario "González, Antonio", aseveraron que si el objetivo del codificador hubiese sido reprimir la tenencia para uso personal, lo habría hecho con mayor claridad.

2. La Corte Suprema Nacional de Justicia

A continuación, habiendo ya señalado los fallos de la CNACC que se sucedieron durante la vigencia de la ley 11.331, corresponde ahora remitirnos a los argumentos vertidos por la Corte Suprema Nacional de Justicia (CSNJ) durante la vigencia del ya derogado art. 6 de la ley 20.771 y la actual ley 27.737, para luego tratar en especial las repercusiones de las discusiones doctrinarias en el ámbito del derecho penal.

El análisis propuesto resulta de vital importancia, pues una vez que revisemos el abanico de argumentos vertidos por la CSJN a lo largo de los años, podremos identificar y comprender con mayor claridad cuál es el tratamiento normativo actual que corresponde aplicar en materia de estupefacientes para consumo personal.

a) Fallo Colavini (1978)[81]

Revisando la jurisprudencia de la CSJN, encontramos el antecedente "Colavini", caso que llegó a la esfera del Máximo Tribunal por motivo del recurso extraordinario interpuesto por el Defensor Oficial en los autos caratulados "Colavini Ariel Omar s/ Infracción a la Ley 20.771" ante la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que confirmó el dictamen del Juzgado de Primera Instancia de San Martín que condenó a Ariel Ornar Colavini a dos años de prisión, en suspenso, y al pago de una multa de cinco mil pesos, por considerarlo autor y responsable del delito que sanciona el art. 6 de la ley 20.771.

[81] Fallos de la CSJN 300:254., del 28 de marzo de 1978.

El recurso fue promovido por el Defensor Oficial argumentando que el art. 6 de la ley 20.771 transgrede el art. 19 de la CN al perseguir una acción de naturaleza privada como lo es la tenencia de estupefacientes para uso propio.

El hecho que motivó la intervención del Juzgado de Primera Instancia de San Martín fue la detención del Sr. Ariel Ornar Colavini encabezada por una comisión policial mientras éste circulaba por la plaza denominada "Los Aviadores", en la localidad de la ciudad Jardín Lomas del Palomar, en razón de haberse secuestrado entre sus ropas un paquete de cigarrillos de marca, mezclados con los cuales, se hallaron dos cigarrillos que al practicarse la respectivas pericias resultaron contener Cannabis Sativa Linneo, léase marihuana.

El 28 de marzo de 1978, la CSJN confirmó la sentencia apelada por considerar la norma atacada conforme a derecho en base a los argumentos que infra se procede a citar.

El Tribunal *a quo,* consideró que en el caso no existió agravio y confirmó la constitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771. En este sentido señaló: “En la materia que tratamos el bien jurídico tutelado es la salud pública y, por suma de esfuerzos (Convención Única de 1961), la salud mundial, pues, tal como lo puntualiza con acierto Moras Mom, op. cit. págs. 79 a 89, lo que la toxicomanía compromete es, nada menos, la “continuidad generacional”. Tan alto interés justifica plenamente la reglamentación impuesta por la ley 20.771.”

En igual sentido, la CSJN expuso: “No es ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras o a las pestes, ni es sobreabundante recordar sus tremendas consecuencias, tanto en la práctica aniquilación de los individuos como en su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducida en ociosidad, delincuencia común y subversiva, incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.”

Siguiendo esta línea argumental, el Tribunal señaló: “Resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no

instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar el mal provocado por el tráfico de drogas, o por lo menos, si ello no fuera posible, circunscribirlo a sus expresiones mínimas. El interés económico en ese tráfico no se daría si no existieran usuarios o consumidores, lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse no habría tráfico ilegítimo de drogas; el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico; no puede sostenerse con razonabilidad que el hecho de tener drogas en su poder, por los antecedentes y efectos que supone tal conducta, no trasciende de los límites del derecho a la intimidad, protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional; ni es asimilable a las hipótesis de tentativa de suicidio o de autolesión, que carecen en principio de trascendencia social."

b) Fallo Bazterrica (1986) [82]

A continuación, el precedente en análisis constituye el antecedente argumentativo del último fallo en la materia. Conforme podrá observarse de la reseña que seguidamente se efectuará, la CSJN con diferente integración, se aparta de la doctrina del Fallo Colavini (Fallo 300:254) y dicta la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771, "pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales." [83]

En el referido *leading case* el acusado Gustavo Mario Bazterrica es condenado en primera instancia a un año de prisión en suspenso y al pago de multa de treinta pesos por considerarlo autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes. El pronunciamiento es apelado por la defensa y confirmado por la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Frente éste escenario, el letrado defensor presentó recurso extraordinario aduciendo que dicha norma viola la garantía establecida en la primera parte del art. 19 de la CN y pone énfasis en la exigua cantidad de sustancia incautada (3,6 grs. de marihuana y 0.06 de clorhidrato de cocaína).

Veremos a continuación los argumentos vertidos por el Máximo Tribunal.

[82] Fallos de la CSJN 308:1392, del 26 de agosto de 1986.
[83] Del voto concurrente del juez Petracchi, in re "Bazterrica", Fallos: 308:1392, considerando 27.

La CSJN señaló: “Que el campo del art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros.”

En virtud de ello, estimó: “Que no está probado -aunque si reiteradamente afirmado dogmáticamente- que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6 de la ley 20.771, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad.”

Pues bien, teniendo en claro ello, el Tribunal advierte “El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción.”

Dicho lo cual, atacando los argumentos esgrimidos en el precedente inmediato “Colavini” la CSJN consideró: “Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse “de acuerdo a los datos de la común experiencia” no se justifica frente a la norma del art. 19…”

Sentado ello, el voto del Dr. Enrique Petracchi merece una particular mención pues, como hemos ya anticipado, con naturales variantes, muchos de sus argumentos configuraron el germen del último fallo de la CSJN en materia de estupefacientes.

En su voto, el Dr. Petracchi, en miras de bosquejar el contenido del art. 19 de la CN, se remite a los fundamentos esgrimidos por la CSJN en el fallo “PONZETTI DE BALBÍN C/ ED. ATLÁNTIDA, S.A.” donde el Alto Tribunal expresó: “El art. 19 de la Constitución Nacional en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que,

teniendo en cuenta la forma de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo…", y que el derecho a la privacidad comprende "...aspectos de la personalidad espiritual o fisica de las personas tales como la integridad corporal…" y que "...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar areas de su activvidad no destinadas a ser difundidas…"

En éste sentido, el Juez expone: "El art. 19 de la Constitución Nacional impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan el orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros."

Al respecto, el Dr. Petracchi continúa: "Si se aceptara que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional, es solo el del fuero íntimo, en cuanto no se refleje en acciones privadas, de proyecciones comunitarias, la disposición constitucional sólo consagraría una especie de libertad interior, pero negaría toda libertad exterior, definición de aquella cláusula sólo sustentable en la ficción de que pueda dividirse de los individuos según su interioridad o su compartimiento externo, como si fueran elementos independientes en su origen y desarrollo."

Siguiendo ésta idea, asevera que no resulta viable "sancionar penalmente acciones que sólo se refieren a la moral individual, siendo requisito para la intervención de la ley penal, que se afecten bienes jurídicos privados o colectivos incluidos en el orden de la justicia, según el sentido aristotélico."

Pues, ".. 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 esta pública o privada."

Al efecto, resaltó: "Aún si se considera que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos estándares éticos de nuestra comunidad, no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con presidencia de los peligros y daños efectivos."

En nuestro ordenamiento, “El art. 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral pública, igual derecho a los demás.”, más “No es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacifica, que brinda una igual protección a todos los miembros de la comunidad creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales “desviaciones” morales a los demás.”

Planteado ello, el Dr. Petracchi aseveró: “La prohibición del art. 6 de la ley 20.771 no satisface los requisitos generales de nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un delito.”, y que “La incriminación contenida en el art. 6 de la ley 20.771 tiene la importante falla técnica de constituir un tipo penal, con base en presupuestos sobre la peligrosidad del autor más que por su relación al daño o peligro concreto que pueda producirse a derechos o bienes de terceros, o a las valoraciones, creencias y standards éticos compartidos por conjuntos de personas, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica.”

El referido juez afirma que la norma penal atacada “obedecede a un presupuesto dogmático en cuanto a su finalidad, según la cual la punición es un remedio efectivo a la grave cuestión social de las drogas, afirmación ésta que, al no haberse corroborado en los hechos, es escasamente científica y particularmente imprecisa.” Con ello en mente, resalta: “La persecución penal o la acción policial sobre las víctimas de conductas ilícitas no puede ser concebida como un medio apto para evitarlas.”

Siguiendo esta línea argumental, expone: “Afirmar que quien es detenido por tener en su poder un cigarrillo de marihuana para su consumo personal, declarará sobre el acto de tráfico del que por consiguiente se hace responsable, solo tiene sentido si se transforma la garantía del art. 18 de la Constitución en puro verbalismo, y se obedece a una práctica represiva para obtener información que nuestro intenta desterrar definitivamente.”

En tal sentido, reflexiona: “Pensar que el consumidor de estupefacientes, al ser

calificado como delincuente, estará a disposición de la autoridad para poner en evidencia al proveedor, significa argumentar sobre la base de prácticas de prevención del delito correspondientes a una estructura de hábitos autoritarios que entraña riesgos no menos graves que el propio consumo de estupefacientes."

En efecto, plantea "La presentación de la víctima del recurso de las drogas como un delincuente…implica el peligro de obstaculizar por vía de la prohibición el objeto superior al de la pena, o sea la rehabilitación, cura, reinserción social de la víctima."

En refuerzo de lo antedicho, Petracchi dice: "Parece ser que, con relación a los adictos y simples tenedores de estupefacientes para consumo personal, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede representar un ulterior estigma que facilite su adhesión a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas en lugar de fortalecer su readaptación a la vida productiva. En tales condiciones, la sanción *per se* es inutil, y, por lo mismo, irrazonable."

c) Fallo Montalvo (1990)

El presente caso llega a nuestro Más Alto Tribunal en ocasión del recurso extraordinario interpuesto por la defensa ante la sentencia de la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771 y condenó a Ernesto Alfredo Montalvo a la pena de tres meses de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes.

El hecho que dio origen a la causa toma lugar el 8 de junio de 1986 cuando el procesado, por sospecha de sustracción de dólares, es detenido y al momento previo de ingresar a la dependencia policial, es sorprendido por personal policial al arrojar una bolsita que contenía 2.7 grs. de marihuana.

En el referido caso, la CSJN se aparta del precedente sentado por el Fallo Bazterrica, declara inadmisible el recurso planteado por la defensa y confirma la sentencia que rechazó la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 20.771.

Al respecto, la CSJN señaló: “Que conforme al art. 19 de la Constitución Nacional las “acciones privadas” están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales -en el sentido indicado- en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que “de algún modo” cierto y ponderable tengan ese carácter. Lo que “de algún modo” trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente. No es compatible, pues, el criterio expuesto en el primer voto de Fallos 308:1392 (consid. 8). donde se sostuvo que la norma constitucional *sub examine* sólo es inaplicable si “debe presumirse” que las acciones privadas afectarán a la ética colectiva “*en todos los casos”.* Lo que el texto dice es lo opuesto. El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas “consecuencias” *en algunos casos,* que es lo que con toda evidencia sucede en las situaciones a que se refiere esta causa. Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. 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 (Fallos: 238: 550 y los que en esta sentencia se inspiran) que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su “intimidad” (véase Fallos: 308: 1392. consid. cit.. segundo párrafo) sino que “se exteriorizan en acciones”, como dijo alguna vez la Corte Suprema (Fallos: 171: 103. en pág. 114) para definir los actos que son extraños al art. 19. Porque es claro que no hay “intimidad” ni “privacidad” si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza “de algún modo” es apartarse de los datos más obvios. penosos y aún dramáticos de la realidad cotidiana.”

Siguiendo esta línea, la Corte subrayó: “entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal, porque al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, 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. Y tampoco debe exigirse en cada caso la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública, pues de ser así se agregaría un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, con el peligro de que tal inteligencia la torne ineficaz para la consecución de los fines que persigue (Fallos: 300: 254)."

La CSJN continúa esta idea y dice: "no es la cantidad lo que debe ponderarse, sino la naturaleza y efectos de los estupefacientes, máxime que el legislador no pudo dejar de tener en cuenta que, por lo general. el tenedor para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento, y después, al ser detenido, declara que la droga es para uso personal y así la relación entre el tenedor y el traficante se consolida y hasta lo hace aparecer exclusivamente como "víctima del mal" cuando ello es sólo parcialmente cierto. Se advierte así que la teoría de la "insignificancia" -sostenida a veces por doctrinarios y sustento de algunos pronunciamientos judiciales- atenta contra el verdadero fin querido por el legislador: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante."

En refuerzo de éstos fundamentos prohibicionistas, el Máximo Tribunal cita lo dicho por la Cámara de Diputados en la sesión del 8 de marzo de 1989: "son tremendas las consecuencias de esta plaga tanto en lo que se refiere a la práctica aniquilación del individuo como a su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducidas en la delincuencia común y subversiva, la incapacidad para realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, que es la base fundamental de nuestra civilización ... Hay quienes piensan que somos libres de envenenarnos como nos place y que por consiguiente todo esfuerzo que haga la sociedad para impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado contra la libertad individual. Se trata de una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo sino que al hacerlo así causa perjuicio a quienes lo rodean (Diario de sesiones del 8 de marzo de 1989, pág. 7781)."

En igual sentido, la CSJN trae a colación lo dicho por la Cámara de Senadores que sostuvo: "este es un problema que afecta fundamentalmente no sólo la vida del país

sino la de todo el mundo. Evidentemente la producción, el tráfico y el consumo de estupefacientes ha logrado cambiar la fisonomía política, social y ética de numerosos países. Avanza inconteniblemente como una lacra que se expande por encima de las fronteras, resistiendo de modo fundamental la personalidad de los individuos y de los Estados…(Diario de sesiones del 21 de agosto de 1986, pág. 1868 y sgtes.)"

Por su parte, en el voto disidente, el Dr. Petracchi, fiel a sus fundamentos expuestos en el Fallo Bazterrica, sostuvo: "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 sí mismas."

En tal dirección, señaló: "El art. 14, segunda parte, de la Ley 23.737 es inconstitucional en tanto surge claramente la intención del legislador de castigar la mera tenencia de estupefacientes para uso personal aún en ausencia de un daño o peligro concreto a derechos o bienes de terceros."

Y que: "Por tal razón, una vez recuperada la plena vigencia de nuestras instituciones democráticas se hace imperiosa de ahora en más la necesidad de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte Suprema más allá de los cambios circunstanciales en su integración con el objeto de mantener "la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas"

d) Fallo Arriola (2009)[84]

Por último, y no por ello menos importante, analizaremos en adelante el último fallo de la CSJN que se dictó en el año 2009, ergo, luego de la reforma constitucional del año 1994 y bajo la vigencia de la actual Ley de Estupefacientes (N° 23.737).

En el referido fallo, la CSJN, con sustento en el Fallo Bazterrica, declaró la inconstitucionalidad del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737, en tanto no traiga

[84] Fallos A 891 XLIV del 25 de agosto de 2009.

aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, por invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

Bajo ésta tesitura, la Corte señaló que desde la reforma del año 1994 "el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, es reconocido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."

En este sentido, la CSJN resaltó la relación entre el referido derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal" y en consecuencia citó lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones."[85]

Agregando igualmente: "Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio "pro homine". De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio "pro homine" resulta más compatible con la posición de la Corte en "Bazterrica" que en "Montalvo", pues aquél amplía la

[85] CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez.

zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva."

Precisamente por ello se señala que: "El Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio. De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial."

De este modo, la CSJN resalta que: "la Corte Interamericana ha señalado que (...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"[86]

Para luego advertir que: "ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino en relación a la temática (Convención de las Naciones Unidas contra el

[86] (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardo v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas)

Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1917 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 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."

Así planteadas las cosas, la CSJN sentenció: "Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo −24− 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, como ha ocurrido en autos."

3. **Argumentos prohibicionistas**

Con una clara visión premonitoria, dentro los fundamentos que se esgrimen dentro de la corriente prohibicionista, Carlos Nino deslinda tres argumentos independientes, a saber:

a) El argumento perfeccionista que sostiene que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica, constituye, independientemente de toda consideración acerca de los daños físicos y psíquicos, individuales y sociales, que ese hábito genera, una razón suficiente para que el derecho interfiera con ese consumo, induciendo a los hombres a adoptar modelos de conducta digna.

b) El argumento paternalista que afirma que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de estupefacientes, con el fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos que se autoinfringirían si se convirtieran en adictos.

c) El argumento de la defensa social que alega que la punición del consumo de drogas (o la tenencia con fines de consumo) está justificada en tanto y en cuanto se dirige a proteger a otros individuos, que no son drogadictos, y a la sociedad en conjunto, contra las consecuencias nocivas que se generan por el hecho de que algunos miembros de la sociedad consuman estupefacientes.[87]

[87] Nino, Carlos Santiago (1979) ***¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas" de los hombres?***, Revista Juridica, La Ley.

Capítulo IV

REVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA LEY 23.737

Enfáticamente, el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, dentro de los grandes objetivos propuestos por el constituyente declara "asegurar los beneficios de la *libertad*, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

Por su parte, el art. 19 de la CN reza: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados…"

Precisamente, como señala Bidart Campos: "En nuestra constitución la libertad merece tenerse como un *valor* y como un *principio general*: el *valor* libertad y el *principio* de libertad."[88]

Con ello en mente, para una adecuada dilucidación del tema que debemos esquematizar, antes de seguir avanzando, encontramos oportuno plantear: En el marco del art. 19 de la CN, ¿es constitucional el delito estipulado en el art. 5, inc.a in-fine y el art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737?

La respuesta nos la da la CSJN en sentido claramente negativo. Según hemos visto en su oportunidad, la CSJN en el Fallo Arriola (2009) declara la incosntitucionalidad del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737 en cuanto conculca el art. 19 de la CN.

Siguiendo el criterio de la Corte, el consumo de estupefacientes es lícito en la medida que la conducta se realice *en privado* y "que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros".

Al respecto, entendemos que en base a los argumentos allí vertidos, corresponde aplicar igual formula al delito prescripto en el art. 5, inc.a in-fine de la ley 23.737

[88] Bidart Campos, Germán J (2013) ***Manual de la Constitución Reformada***, t. II, Ediar, Buenos Aires.

referida al autocultivo de cannabis para consumo personal.

En definitiva, siguiendo esta línea, todo aquel ciudadano que decide acceder al cultivo de plantas de cannabis para luego consumir su producto derivado no incurre en afectación alguna a terceros o al orden público, lo cual encuadra dentro de las permisiones que establece el art. 19 de la CN. A la vez que también evita ser parte de la cadena de narcotráfico, dado que consume su propio cultivo.

Al margen de ello, debe destacarse que en nuestro sistema legal, la sentencia declarativa de inconstitucionalidad no produce la derogación de la norma.

En efecto, aun siendo la CSJN intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, en el Derecho Constitucional Argentino, la regla general es que la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos *inter partes,* ergo, no deroga la norma en pugna.

Aunque en este sentido Bidar Campos advierte que: "Sin estar institucionalizado el sistema de efecto amplio o *erga omnes*, puede ocurrir que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, cuyo efecto se limita al caso, adquiera ejemplaridad y funcione como modelo que suscite seguimiento, en cuyo caso la fuente judicial, sin derogar la norma, consigue que el precedente se reitere, o que voluntariamente el órgano que dictó la norma la derogue."[89]

Claro que como hemos señalado antes; hoy, esto último no ha sucedido, más el art. 5, inc.a in-fine y el art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737 aún siguen vigentes. Escenario que nos lleva a esbozar renglón abajo una serie de revisiones sobre los delitos en estudio.

De acuerdo a esto, según se ha explicado, en el Fallo Arriola se ha resuelto que la tenencia de estupefacientes para consumo personal es lícita en la medida que se realice dentro del ámbito *privado.* De aquí la necesidad de revisar el alcance del referido art. 19 de la CN en miras de dar con un enfoque amplio que nos permita revisar la valoración tomada por la CSJN, máxime cuando pretendemos proyectarlo y cristalizar en una

[89] Bidart Campos, Germán J. (2005)***Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino***, t. I-A, Ediar, Buenos Aires, pág. 442.

posible reforma legislativa.

Ello nos lleva a conceptuar este enfoque del principio constitucional en pugna, pues consideramos que las acciones privadas a las que refiere el art. 19 de la CN no se circunscriben sólo a la esfera del ámbito privado.

Como bien señala Eduardo Sampay, reconocido constitucionalista, el art. 19 de la CN "...resuelve, conforme los principios de la filosofía clásica, que sólo los actos externos materia de la virtud de justicia caen bajo la potestad legislativa del Estado…" y que "orden es la disposición de las partes en el interior de un todo; consecuentemente, para que el orden social no sea ofendido, el legislador debe reglar la actividad externa de los sujetos enderezada a cambiar bienes de uso humano, de modo que cada uno actúe respetando los derechos de los otros. Si se considera que el adjetivo *publicus*, esto es, *populicus*, denota la calidad de pertenecer a un *populus*, es decir, a una muchedumbre de hombres organizada en orden, resulta lógico inferir que la expresión constitucional "moral pública" significa la parte de la moral que regla las acciones referentes al orden de la comunidad, y sabemos que la justicia es la virtud que causa y conserva ese orden, por lo que Aristóteles afirma que la justicia es cosa de la polis porque la justicia es el orden político. "No perjudicar a un tercero", es la definición de acción justa dada por Aristóteles y que Ulpiano, según ya quedó advertido, recogió en su definición del derecho con la tajante locución: *alterum non laedere*. En conclusión, establecido que el art. 19 de la Constitución Nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera "acciones privadas de los hombres", no sólo a las acciones interiores, sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes, lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia."[90]

En consonancia con su razonamiento, Sampay recuerda que el General Pedro Ferré, en los bosquejos del proceso legislativo constitucional de la redacción del art. 19 de la CN, planteó que la fórmula dijese "a la moral y al orden público", corrigiendo ésta por la redacción que llega a nuestros días: "al orden y a la moral pública".[91]

---

[90] Sampay, Arturo E. (1975) ***La filosofía jurídica del art.19 de la Constitución Nacional,*** Cooperado de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Pág. 37-38.
[91] Ibidem, pág. 19-20.

Al respecto, Petracchi tiene dicho: "El propio Ferré aceptó que su propuesta inicial implicaba un grave error filosófico-jurídico que desnaturalizaba el espíritu de su propuesta. 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."[92]

Siguiendo esta línea argumental, Petracchi resalta "el ordenamiento jurídico, por imperio de nuestra Constitución, debe asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado." [93]

En este sentido, Bidar Campos advierte: "Con encuadre en el art. 19, estamos acostumbrados personalmente a tener como sinónimos el derecho a la "intimidad" y el derecho a la "privacidad"; la intimidad sería la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros, y la privacidad sería la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañan a otros) por más que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos. Se trata siempre de una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano."

A mayor claridad, Bidar Campos advierte: "La libertad de intimidad presupone la tutela jurídica de la vida privada, o lo que los ingleses llaman "*right of privacy*". La fórmula constitucional viene dada por el art. 19, que deja reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a terceros." y que "La intimidad o la privacidad incluyen en su ámbito a las conductas autorreferentes, es decir, las que sólo se refieren y atañen al propio sujeto autor, sin proyección o incidencias dañinas de modo directo para terceros."

Al respecto Carlos Nino, señala: "La norma del Art. 19 sufre cierta trivialización cuando se la interpreta como si meramente consagra un derecho a la intimidad, o sea un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de

[92] Fallos de la CSJN 308:1392, del 26 de agosto de 1986.
[93] Ibidem

intromisiones por parte de terceros. En realidad este último derecho no surge del Art. 19, sino que está presupuesto por el Art. 18 cuando consagra la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados. El énfasis del principio adoptado por el Art. 19 no está puesto en la privacidad de las acciones; él no está dirigido a proscribir interferencias con la conducta de los individuos que se realiza en la intimidad. Cuando el artículo en cuestión habla de "acciones privadas de los hombres", esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que "ofenden la moral pública". El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública."[94]

En palabras de Stuart Mill: "La única libertad que merece este nombre (el de social) es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, en tanto que no intentemos privar de sus bienes a otros, o frenar sus esfuerzos para obtenerla. Cada cual es el mejor guardián de su propia salud, sea física, mental o espiritual."[95]

Siguiendo esta línea asevera "el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente."[96]

En la filosofía de Mill, la libertad se convierte en un componente necesario para la felicidad. El eje principal de su tesis infiere en la importancia del individuo como ser dotado de autonomía. El argumento principal que plasma en su obra *On Liberty* es que la libertad social -entendida como ausencia de injerencias del Estado y de presiones de la opinión pública- es un bien imprescindible para el desarrollo del individuo.[97] En este sentido Mill afirma: "Todo lo que tiende a destruir la individualidad es despotismo, sea cualquiera el nombre que se le dé" y que "Para aquello que no le atañe más que a él, su

---

[94]Nino, Carlos Santiago. (1979). ***¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de "las acciones privadas de los hombres?***, Revista Jurídica, La Ley, Buenos Aires.

[95] Mill, John Stuart. (1971) ***Sobre la libertad,*** Traducción de Josefa Pulido, Introducción de Antonio Rodríguez Huéscar, Aguilar, Madrid.

[96] Ibidem

[97] Marta Bisbal Torres. ***La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill***, Universitat de Lleida.

independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano."[98]

Continuando con esta tesis, Mill enuncia la necesidad imperiosa de proteger estas libertades. Los individuos de una sociedad serán libres sólo cuando éstas libertades sean respetadas y garantizadas de manera absoluta por el gobierno. Mill afirma "No se puede llamar libre a una sociedad, cualquiera que sea la forma de su gobierno, si estas libertades no son respetadas por él a todo evento; y ninguna será completamente libre, si estas libertades no existen en ella de una manera absoluta y sin reserva."[99]

Esto nos permite obtener una amplia significación de la fórmula constitucional. No es posible la interferencia del poder punitivo del Estado respecto de aquellas acciones que no afecten intereses legítimos de terceros, aun cuando éstas difieran de los modelos de virtud personal media y le signifique al consumidor un efecto moralmente auto-degradante.

Como enseña Jakobs: "cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto: sin su ámbito privado el ciudadano no existe."[100]

No caben dudas de que estas previsiones han de ser ponderadas al momento de decidir sobre la juridicidad o antijuridicidad del autocultivo, tenencia y consumo de estupefacientes.

Pues como señala Otto: "Cuando se dice que la libertad ha de limitarse para proteger otros valores objeto de tutela constitucional parece olvidarse que la libertad también es un valor constitucionalmente reconocido y que, en consecuencia, es preciso explicar por qué es la libertad la que debe ceder ante ese otro valor y no a la inversa."[101] y que "Es verdad que ciertos aspectos de la moral pública pueden considerarse consagrados constitucionalmente en cuanto coinciden con bienes que son objeto de reconocimiento constitucional, pero está también claro que la moral pública, sin más

---

[98] Mill, John Stuart. Ob. cit.
[99] Mill, John Stuart. Ob. cit.
[100] Jakobs, Günther (1996) ***Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico,*** Fundamentos del Derecho Penal, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad Hoc, Buenos Aires, pág.188.
[101] Otto, Ignacio (1988) ***Derechos fundamentales y Constitución***, Civitas, Madrid, pág. 116-117

especificaciones, no es un bien constitucionalmente protegido y situado en pie de igualdad con los derechos fundamentales cuando se la identifica con un sentir común de contornos imprecisos y acerca de cuyo contenido es posible cualquier opinión".[102]

En un Estado social y democratico, enseña Mir Puig , el derecho penal debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, y ello debe hacerse con arreglo a estos tres principios: el principio de protección de bienes jurídicos, el de proporcionalidad y el de culpabilidad.[103]

"Si estos fines pueden llevarse a cabo de otra manera; esto es, si el restablecimiento del orden jurídico violado se puede concretar a través de otras medidas distintas a la sanción criminal, la intervención del derecho penal aparece como carente de toda significación." dice Buompadre.[104]

En efecto, Buompadre señala: "El ejercicio del poder punitivo del Estado debe estar limitado a su más estricta y necesaria intervención. Estos límites surgen de dos principios fundamentales que son las bases del estado de derecho: el principio de mínima intervención y el principio de legalidad." Pues "La concepción de un derecho penal como *ultima ratio* aleja toda posibilidad de autoritarismo y consolida, al mismo tiempo, las bases para un *ius puniendi* sustentado en la libertad y dignidad de la persona humana."[105]

"El derecho penal sólo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social, esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad." advierte Buompadre.

Sin embargo no debe ocultársenos el hecho de que en toda sociedad, los interés evolucionan, surgen y caen al ritmo de cambiantes situaciones y grados de cultura, y el Derecho puede aparecer, y a veces ocurre, garantizando intereses *que ya no son comunes*, sino individualizados en pequeños sectores que elevan lo tradicional a la categoría de artículo de fe.[106]

---

[102] Ibidem, pág. 115
[103] Mir Puig, Santiago (1982) ***Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrativo de derecho***, Bosch, Barcelona, pág. 30.
[104] Buompadre, Jorge E. (2003) ***Derecho penal, Parte Especial***, t.I, Mario A. Viera, Corrientes, pag. 57.
[105] Ibidem, pág. 59
[106] Ibidem, pág. 64 y 65.

Consecuentemente, si el jurista olvida el carácter funcional del Derecho, su naturaleza medial al servicio de ciertos fines en una situación social históricamente dada, habrá hispostasiado su material de trabajo, sin tener presente[107], como señala Ihering, que si ciertas instituciones persisten, no lo deben al mero transcurso del tiempo ni a una oposición entre lo legal y lo oportuno, sino por aparecer lo oportuno sujeto a la prueba de los siglos.[108]

En este sentido, Laski señala: "El poder en un Estado no se ejerce en el vacío. Se aplica a alcanzar ciertos fines y sus leyes son modificadas para asegurar los fines juzgados como buenos, en una *época determinada*, por aquellos que están en posesión del derecho legal para ejercer su poder."[109]

La delimitación del ordenamiento jurídico es triple, por cuanto hace a la materia, al tiempo y al lugar: lo jurídico de este concreto grupo social en una época dada.[110]

En este sentido y respondiendo a la pregunta que nos planteamos como pauta central de este trabajo, estamos en condiciones de afirmar que los delitos estipulados en el art. 5, inc.a in-fine y el art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737 son inconstitucionales pues conculcan las acciones privadas de los hombres protegidos por el art. 19 de la CN.

Esta ley ha permanecido inerte a la reforma constitucional del año 1994 y la sanción de la Ley de Salud Mental del año 2010. En efecto, se extralimita al perseguir penalmente a los usuarios de cannabis.

La ley 23.737, como dijéramos, instaura un sistema prohibicionista que criminaliza y estigmatiza a los consumidores por acciones resguardas dentro de la esfera del art. 19 de la CN.

Lo cierto es que en Argentina, al igual que en muchos países, persisten asimetrías inexplicables en la consideración de las drogas psicoactivas por parte del Estado que

---

[107] Losada, Alfredo (1987) ***El derecho como experiencia***, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 64.
[108] Von Ihering, op. cit. pág. 273
[109] Laski, Harold J. (1957) ***Introducción a la Política,*** Siglo Veinte, Buenos Aires, pág. 9.
[110] Olmedo, Jorge A. Claria. Ob. cit. pág. 33.

probablemente están basadas en prejuicios morales, y como decía Albert Einstein, "es más difícil romper un prejuicio que un átomo".[111]

Empero, nuestro contexto actual indefectiblemente nos invita hoy a reveer nuestro ordenamiento legal y los valores que éste defiende.

Dentro de los usuarios, el número de cultivadores de cannabis para consumo propio ha ido aumentando en los últimos años al mismo ritmo de un grupo de movimientos que, además de desarrollar una cultura en torno de esta actividad, pugna por la despenalización de estas conductas.[112]

Al respecto, cabe señalar que, desde una perspectiva puramente legal, la legalización del cultivo y la tenencia de cannabis para consumo personal puede prosperar sin intervención del Órgano Legislativo. Pues, como señalamos en el Capítulo II, el objeto material de los delitos en estudio son los *estupefacientes*. Y bien, para determinar qué sustancias son consideradas "estupefacientes", hemos de remitirnos al Decreto 560/2019. Ergo, es facultad del Presidente de la Nación, por vía reglamentaria, establecer qué sustancia es considerada merecedora de la atención del derecho penal. Y, además, recordemos que los Tratados Internacionales a los cuales hemos suscrito tampoco requieren expresamente la criminalización de las conductas relacionadas al cannabis, más pueden ser reguladas por vía administrativa. Como sucede con el alcohol, por ejemplo.

---

[111] Berenguer, Alvaro Diaz (2013) ***A propósito del alcohol, la marihuana y otras yerbas***, Scielo Uruguay, Montevideo.
[112] Paladines, Jorge Vicente (2013) ***El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América***, Colectivo de Estudios, Drogas y Derechos, Ecuador, pág. 42.

Capítulo V

DERECHO COMPARADO

Resulta interesante y al mismo tiempo enriquecedor, conocer la forma en la que la tenencia y cultivo de cannabis para uso personal que es objeto de estudio en este trabajo se encuentra regulada en el derecho comparado.

En este sentido, nos ocuparemos de brindar un panorama general del actual Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD) y de las previsiones que al respecto contienen los ordenamientos de Uruguay, Paraguay, Brasil, Canadá y Holanda en materia de cannabis, con la finalidad de conocer y evaluar cómo los diferentes sistemas jurídicos han receptado en su legislación la regulación del cannabis para uso personal.

1. Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD)

Como hemos anticipado en el capítulo 1, el actual Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD) se compone de tres convenciones internacionales: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

La Convención Única de Estupefacientes de 1961 que aún se encuentra en vigencia, en su art. 36 dispone: “A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.”

Por su parte, el Convenio de las Naciones Unidas de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas en su art. 22 afirma que: "A reserva de lo dispuesto en su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio…"

En lo que respecta a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, en su art. 3. 2 sobre delitos y sanciones, dispone que: "A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971."

Existen, naturalmente, ciertos rasgos comunes entre todos los instrumentos de conexión mencionados. Empero, nótese que mientras que la Convención de 1988 distingue, por lo menos, entre la posesión para consumo personal y las otras acciones delictivas, las convenciones anteriores prohíben indistintamente todo el tráfico de sustancias psicotrópicas si eso no estuviese justificado por fines médicos o científicos. Por esta razón, los mencionados órganos de control siguen manteniendo que, en general, cualquier liberalización está prohibida, aunque sólo esté destinada al consumo personal.

2. Sistema vigente en Uruguay

El primer país en legalizar el cannabis fue Uruguay en el año 2003 con la sanción de la Ley 19.172 que estableció el control y la regulación por parte del Estado de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y consumo de marihuana y sus derivados, reglamentada por el Decreto 120/014.[113]

[113] La legislación uruguaya puede consultarse en la web oficial www.impo.com.uy.

En esta progresista legislación orientada al amparo de los derechos de los consumidores, la ley suprime la caracterización cuantitativa en relación a la tenencia: la licitud de la tenencia de drogas ilícitas está dada por el destino, esto es, es lícita toda tenencia destinada al consumo personal, el cual puede ser individual o grupal, en privado o en público.

A su vez, la ley considera lícito el acopio o almacenamiento de la o las drogas que el individuo consuma, con el propósito explícito manifestado por el legislador de que aquél tenga el menor contacto posible con los traficantes. Esta solución, complementaria de la anterior, es revolucionaria en términos de derecho comparado.[114]

Conforme lo estipula la letra de la referida ley, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar es una actividad lícita *per se.* A su vez, señala que se presume destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales.

Con similar criterio, la norma refiere también a los clubes de membresía, quienes podrán tener un máximo de cuarenta y cinco socios y plantar hasta noventa y nueve plantas en estado de floración, pudiendo acopiar anualmente hasta 480 gramos de marihuana por socio.

Así también resulta interesante traer a colación que se permite, previo registro en el organismo controlador y siempre que los usuarios sean mayores y capaces, la plantación, el cultivo y la cosecha de cannabis psicoactivo con destino a su expendio a la población a través del sistema de farmacias. Podrán retirar hasta cuarenta gramos mensuales de cannabis psicoactivo. La ley también establece una presunción de destino lícito para toda persona (usuario registrado o no) que transportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyera hasta 40 gramos de marihuana.

---

[114]Suppa Altman, Juan Manuel y otros (2019) ***Cannabis medicinal: una cuestión de derechos***, Defensoría
General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 223.

Esto quiere decir que el sistema uruguayo no es un sistema de cantidades tasadas, como erróneamente se afirma en distintos ámbitos, sino que será el destino de las sustancias el que determinará su licitud.[59] [115]

3. Sistema vigente en Paraguay

El régimen legal vigente en materia de drogas se encuentra regulado por Ley 1.340 de año 1988 "que modifica y actualiza la Ley 357/72 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes."[116] A los efectos de la ley, se considera sustancias estupefacientes y drogas peligrosas a las incluidas en la lista anexa a la Convención Única sobre Estupefacientes y al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, ratificados por el Estado Paraguayo por las Leyes 338/71 y 339/71, respectivamente.

El cannabis se encuentra en la Lista I de la Convención Única sobre Estupefacientes, que prohíben la producción y posesión de esta sustancia excepto para fines médicos y científicos.

Sin perjuicio de ello, conforme lo establecido en el art. 30 de la Ley 1.340 una persona puede tener en su poder hasta 10 gramos de marihuana diarios. De lo expuesto se deduce que la tenencia de cannabis con fines recreacionales, dentro del límite señalado, se encuentra exenta de pena.

En lo que atañe al uso medicinal del cannabis, en diciembre del año 2017 se promulgó la Ley 6.007[117] que crea el programa nacional para el estudio y la investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, reglamentada por el Decreto 9303/2018.

El actual problema en Paraguay respecto al consumo de cannabis reside en el abastecimiento de los consumidores, pues conforme la normativa vigente, la ley

---

[115] Ibidem, pág. 224.
[116] Disponible en: https://www.mspbs.gov.py/dependencias/dnvs/adjunto/04944e-LEYN13401988QUEREPRIMEELTRFICOILCITO.pdf (Visitado 05/12/22)
[117] Vease: Secretaría Nacional Antidrogas - http://www.senad.gov.py/

penaliza tanto la producción como la comercialización de cannabis. Escenario a todas luces incongruente, pues la ley penal no persigue el consumo, pero si a todo aquel que "que sembrare, cultivare, cosechare o recolectare plantas que sirvan para la fabricación de sustancias estupefacientes o drogas peligrosas y el que proporcionare dinero, inmueble, semillas o cualquier otro elemento para ello, será castigado con penitenciaría de diez a veinte años, debiendo destruirse la plantación o producción" (art. 33).

4. Sistema vigente en Brasil

En Brasil se encuentra vigente la Ley 11.343[118], sancionada el 23 de agosto de 2006 que establece el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD); prescribe medidas para prevenir el abuso de drogas, atención y reinserción social de los consumidores de drogas y los adictos; establece normas para la represión de la producción y el tráfico de drogas no autorizadas; define los delitos y otras medidas. Reglamentada por el Decreto 5912/2066.

En el régimen anterior, léase bajo la ley Ley 6.368 de 1976, en el artículo 12 se regulaba el delito de tráfico y en el artículo 16, se hacía referencia al usuario. La escala penal dispuesta para el tráfico de drogas era de 3 a 15 años de prisión; bajo la legislación actual, este delito puede ser sancionado con una pena de reclusión de entre 5 y 15 años.[119]

La Ley actual en su art. 28 tipifica el delito de tenencia de drogas para consumo personal, pero no prevé sanción penal alguna, más dispone la advertencia sobre los efectos de las droga; prestación de servicios a la comunidad; medida educativa de comparecencia a un programa o curso educativo. Quedando sujeto a la misma sanción aquél que siembre, cultive o coseche plantas destinadas a la preparación de una pequeña cantidad de sustancia que pueda causar dependencia física o psíquica.

Ahora bien, en el párrafo in fine del art. 28 de la Ley 11.343, el codificador previó que en orden de determinar si la tenencia de droga estaba destinada al uso personal del consumidor, el juez atenderá a la naturaleza y la cantidad de sustancia incautada, el

[118] Véase: Diário Oficial da União - http://www2.planalto.gov.br
[119] En Brasil, la "pena de reclusión" es aquella que debe cumplirse en régimen cerrado, semiabierto o abierto; por su parte, la "pena de detención" puede cumplirse bajo el régimen semiabierto o abierto.

lugar y las condiciones bajo las cuales se desarrolló la acción, las circunstancias sociales y personales, así como la conducta y los antecedentes del agente.[120] Criterios que en la práctica se han traducido en cuestiones estigmatizantes.

5. Sistema vigente en Canadá

El ordenamiento jurídico canadience fue uno de los pioneros en Occidente en penalizar el cannabis. La prohibición se remonta al año 1923, momento para el cual el cannabis era poco conocido entre sus habitantes, pero fue incluido en la ley impulsada por el Primer Ministro, William Lyon Mackenzie King, con el fin de prohibir el uso indebido del opio y otras drogas.

Actualmente, en Canadá se encuentra vigente la Ley de Cannabis que entró en vigor el 17 de octubre de 2018 que legalizó el consumo no médico de cannabis mediante un "un marco legal estricto para controlar la producción, distribución, venta y posesión de cannabis en Canadá". Dentro de los objetivos que se propuso la referida ley, podemos mencionar: la protección de la salud pública, la protección de los jóvenes y la reducción de la criminalidad asociada con el mercado ilegal.[121]

Resulta interesante resaltar que Canadá, al igual que Argentina, presenta una estructura federal, de manera que las provincias y los territorios pueden adoptar restricciones adicionales a las aplicadas por la ley federal, tales como: aumentar la edad mínima, reducir el límite de posesión personal, reducir la cantidad de plantas de cannabis disponibles por residencia; y restringir dónde los adultos pueden consumir cannabis, así como prohibir el consumo en público.[122]

Según la Ley, salvo restricciones territoriales, las personas mayores de 18 años podrán tener hasta 30 gramos de cannabis (seco) en público[123]; compartir hasta hasta 30 gramos de cannabis (seco) con otros adultos; comprar cannabis o aceite de cannabis en un minorista con licencia provincial o en una tienda en línea; el autocultivo de hasta

[120]Galdeano, Ana Paula (2018) ***Informe final de Investigación: Brasil - Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos***, CWS, pág. 12.
[121] Departamento de Justicia de Canadá (2017). Legalización y regulación del cannabis. https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/cannabis/ (Visitado el 04/12/2022)
[122] Departamento de Justicia de Canadá (2017). Legalización y regulación del cannabis. https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/cannabis/ (Visitado el 04/12/2022)
[123] Conforme señala la ley, 30 gramos de cannabis seco equivalen a 150 gramos de cannabis fresco.

cuatro por residencia; fabricar en el hogar productos con cannabis, como alimentos y bebidas, siempre que no se utilicen disolventes orgánicos para crear productos concentrados.[124]

6. Sistema vigente en Holanda

En los países bajos, desde el año 1976, el consumo de cannabis es legal, no así su cultivo. En este extraño e incoherente escenario, los establecimientos conocidos como "coffee shops" venden cannabis bajo normas estrictas, pero los dueños del establecimiento se ven compelidos a abastecerse ilegalmente de un producto que luego venden sin problemas.

En efecto, los "coffee shops" se encuentran sujetos a criterios normativos nacionales llamados AHOJ-G(I) dentro de los cuales podemos mencionar: la no publicidad en los establecimientos, salvo una referencia mínima dentro de estos; está prohibido guardar o vender drogas duras en el establecimiento; se prohíbe la venta y la entrada a los jóvenes menores de 18 años; el acceso se limita exclusivamente a las personas con residencia; no se permiten molestias producto problemas de estacionamiento cerca de los coffeeshops, ruido, basura o clientes que merodean frente al establecimiento o en el vecindario; no se pueden vender grandes cantidades por transacción, es decir, cantidades superiores a las correspondientes a uso personal (5 gramos). Una transacción comprende todas las compras y ventas en un coffeeshop en un mismo día y por parte del mismo cliente. Las existencias para la venta se fijan en un máximo de 500 gramos.[125]

Los coffeeshops venden cannabis a los consumidores por la llamada "puerta delantera", pero es evidente que esto solo es posible cuando los establecimientos cuentan con suministros suficientes. El abastecimiento de los coffeeshops se suele conocer en los Países Bajos como la "puerta trasera", aunque, en realidad, tanto los proveedores como los clientes utilizan la misma puerta para entrar en ellos. La política holandesa de tolerancia con respecto a los coffeeshops no es aplicable a la puerta

[124] Departamento de Justicia de Canadá (2017). Legalización y regulación del cannabis. https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/cannabis/ (Visitado el 04/12/2022)
[125] Korf, Dirk J. (2019) ***La regulación del cannabis en Europa: informe sobre los Países Bajos***, Universidad de Amsterdam Instituto de Criminología Bonge, Transnational Institute, Amsterdam, pág. 6.

trasera, pero este problema se ha ignorado durante muchos años. En los últimos años, esta incoherencia ha cobrado un protagonismo importante en el debate nacional sobre la política en materia de cannabis, entre otras cosas porque las autoridades locales han estado instando a que se revise, sobre todo con el fin de regular la puerta de atrás y establecer un circuito cerrado, que abarque desde el cultivo hasta la venta a los consumidores en los coffeeshops.[126]

[126] Ibidem.

CONCLUSIONES

El tema de estudio encierra múltiples problemas de orden constitucional. Empero, nuestro campo temático se circunscribió a tratar el que entendemos que inquieta el basamento de todo Estado de Derecho Constitucional: la injerencia arbitraria del Estado en las acciones privadas de los hombres.

Lo cierto es que, como adelantamos, el párrafo in-fine del inc.a del art. 5 y el segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737 son inconstitucionales en cuanto conculcan el principio de libertad consagrado por el Artículo 19 de la Constitución Nacional.

Evidentemente, este esquema padece una contradicción de fondo. Las normas en pugna violentan los postulados genéticos de la Constitución Nacional.

Los delitos prescriptos por éstas normas son herencia del modelo prohibicionista que se constituyó en el siglo XX, y desde entonces han permanecido inertes a las necesidades de la sociedad moderna.

Pero en la actualidad, después de la Reforma Constitucional del año 1994; de la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, párrafo segundo de la Ley 23.737 decretada en el año 2009 por la CSJN en el Fallo Arriola; la sanción de la Ley de Salud Mental en el año 2010 y la entrada en vigencia en el año 2017 de la 27.350 sobre Cannabis Medicinal, este texto vigente aparece tanto más desubicado en nuestro ordenamiento jurídico de lo que estaba con anterioridad.

En virtud de ello, frente a la manifiesta falta de cohesión entre las normas en estudio y el complejo sistema normativo específico que se actualiza constantemente, sumada la evolución en el panorama legislativo que presenta el derecho comparado, puede advertirse la necesidad impostergable de someter a revisión las concepciones sesgadas en materia de cannabis que residen en el imaginario colectivo de nuestra sociedad en orden de reestructurar y redimensionar nuestro actual esquema jurídico-normativo desde una perspectiva de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) (2008) ***Psicotrópicos y Estupefacientes: Visión farmacológica y normativa***, Buenos Aires. Disponible en: http://www.anmat.gov.ar/ssce/libro-psicotropicos-estupefacientes.pdf (visitado 06/08/22).

Baca Paunero, Victoria (2022) ***Introducción al régimen legal del cannabis***, Revista Atípica. Disponible en: https://revistaatipica.mjus.gba.gob.ar/introduccion-al-regimen-legal-del-cannabis/ (Visitado 28/01/23)

Barbero Santos, Marino (1973) ***Los delitos de peligro abstracto***, en "Actas, relatos, ponencias y conclusiones", Universidad de Belgrano, Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, Buenos Aires.

Berenguer, Alvaro Diaz (2013) ***A propósito del alcohol, la marihuana y otras yerbas***, Scielo Uruguay, Montevideo.

Bidart Campos, Germán J. (2005) ***Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino***, Ediar, Buenos Aires.

Bidart Campos, German J. (2013) ***Manual de la Constitución Reformada***, t. I, Ediar, Buenos Aires.

Bidart Campos, German J. (2013) ***Manual de la Constitución reformada***, t. II, Ediar, Buenos Aires.

Buompadre, Jorge E. (2003) ***Derecho penal, Parte Especial, t.I***, Mario A. Viera, Corrientes.

Cattani, Horacio Rolando (2000) ***Tóxicos prohibidos y afectación del bien jurídico***. En Las drogas: entre el fracaso y los daños de la prohibición. Silvia Inchaurraga (comp.). Rosario: Centro de Estudios Avanzados en Drogodependencia y Sida de la Universidad Nacional de Rosario-Asociación de Reducción de Daños de la Argentina.

Claria Olmedo, Jorge A (2008) ***Derecho Procesal Penal***, Rubinzal-Culzoni, Santa fe.

Colautti, Carlos (1999) ***Los tratados internacionales y la Constitución Nacional***, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Conrad, Chris y otros.(2014) ***Marihuana en Argentina: Historia, rendimiento, usos industriales y terapéuticos de la cannabis sativa,*** Asociación Rosarina de Estudios Culturales (AREC), Santa Fe.

Corda, Alejandro (2010) ***Encarcelamientos por delitos con estupefacientes en Argentina, Intercambios Asociación Civil***, Buenos Aires. Disponible en:

https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/6-3/sistemas%20sobrecargados%20-%20completo%20argentina.pdf (visitado 06/08/22).

Corda, Alejandro y otros (2018) ***Cannabis en Latinoamérica: la ola verde y los retos hacia la regulación.*** Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/02/Cannabis-en-Latinoam%C3%A9rica-La-Ola-Verde.pdf (visitado 08/03/22).

Creus, Carlos (1997) ***Derecho Penal, Parte Especial,*** T.1, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Díaz Arana, Andrés Felipe (2021) ***Aproximación al bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia***, Nuevo Foro Penal 97.

Donna, Edgardo Alberto. ***Derecho penal, Parte Especial***, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Fontán Palestra, Carlos (2002) ***Derecho Penal Parte Especial***, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimosexta edición actualizada, Lexis Nexos Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Galdeano, Ana Paula (2018) ***Informe final de Investigación: Brasil - Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos***, CWS.

Herer, Jack (1985) ***El Emperador está desnudo: El cáñamo y la conspiración de la marihuana.*** Disponible en: http://www.biblioteca.cij.gob.mx/Archivos/Materiales_de_consulta/Drogas_de_Abuso/Articulos/Planta2.pdf (visitado 22/07/2022)

Hassemer, Winfried (1984) ***Fundamentos del Derecho Penal***, Bosch, Barcelona.

Jakobs, Günther (1996) ***Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico***, Fundamentos del Derecho Penal, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad Hoc, Buenos Aires.

Jakobs, G. (1997). ***Derecho Penal, Parte General***, Marcial Pons, Madrid.

Jakobs, G. y Struensee, E. (1998) ***Problemas capitales del Derecho Penal moderno***, Hammurabi, Buenos Aires.

Korf, Dirk J. (2019) ***La regulación del cannabis en Europa: informe sobre los Países Bajos***, Universidad de Amsterdam Instituto de Criminología Bonge, Transnational Institute, Amsterdam.

Laski, Harold J. (1957) ***Introducción a la Política,*** Siglo Veinte, Buenos Aires.

Llovera, María Soledad y Scialla, Marina (2017) ***Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado***, Universidad Nacional de Rosario, Repositorio Hipermedial UNR, Rosario.

Lopez, Andres (2021) ***La cadena de valor del cannabis: Situación y tendencias internacionales, y oportunidades para la Argentina,*** Consejo para el Cambio Estructural - Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

Losada, Alfredo (1987) ***El derecho como experiencia***, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Manzano, V. (2015) ***The creation of a social problem: Drugs, youth, and politics in cold war Argentina***, Hispanic American Historical Review

Marta Bisbal Torres. ***La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill***, Universitat de Lleida.

Maurach, Reinhart y Góssel, Karl Heinz. ***Derecho Penal. Parte general***, t. III.

Mill, John Stuart (1971) ***Sobre la libertad***, Traducción de Josefa Pulido, Introducción de Antonio Rodríguez Huéscar, Aguilar, Madrid.

Mir Puig, Santiago (1982) ***Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrativo de derecho***, Bosch, Barcelona.

Mir Puig, Santiago (1991) ***Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi***, Estudios penales y criminológicos, XIV, Universidad de Santiago de Compostela.

Nestler, Cornelius (2000) ***El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes***, en La insostenible situación del derecho penal, Comares, Granada.

Nino, Carlos Santiago. (1979) ***¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas" de los hombres?***, Revista Juridica, La Ley.

Otto, Ignacio (1988) ***Derechos fundamentales y Constitución***, Civitas, Madrid.

Paladines, Jorge Vicente (2013) ***El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América***, Colectivo de Estudios, Drogas y Derechos, Ecuador.

Paladines, Jorge Vicente y otros (2013) ***El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América***, Colectivo de Estudios, Drogas y Derechos (CEDD), Quito.

Radwan, M. A y otros (2017) ***Natural Cannabinoids of Cannabis and Methods of Analysis***.

Rodríguez Montañez, Teresa (2004) ***Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Rubinzal - Culzoni***.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo (1978) ***Derecho Penal. Parte General,***Civitas, Madrid.

Roxin, Claus (1997) ***Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito***, Civitas, Madrid.

Roxin, Claus (1997) ***Derecho penal. Parte general***, t. I, trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Civitas.

Russo, Daniel y otros (2017). ***Un libro Sobre Drogas***, El Gato y La Caja.

Sampay, Arturo E. (1975) La filosofía jurídica del art.19 de la Constitución Nacional, Cooperado de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Pág. 37-38.

Silva Sánchez, Jesús María (1999) ***La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales***, Civitas, Madrid.

Soler, Sebastian. ***Derecho Penal Argentino***, Tipográfica Editora Argentina SA, Buenos Aires.

Soler, Sebastián. (1987) ***Derecho Penal Argentino***, t. I, 5ta ed., TEA, Buenos Aires.

Suppa Altaman, Juan Manuel y otros (2019) ***Cannabis Medicinal: Una cuestión de derechos***, Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Terradillos Basoco, Juan. (1999) ***Peligro abstracto y garantías penales***, Nuevo Foro Penal, 62, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia,Temis, Medellín.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas. ***Un siglo de fiscalización de drogas***. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/26june/26june08/100ydrugcontrol_S.pdf (visitado 06/08/22)

Welzel, Hans (1939) ***Studien zum System des Strafrechts***, en ZStW.

Zaffaroni, Eugenio Raul (1981) ***Tratado de derecho penal, Parte General***, Ediar, Buenos Aires

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1987) ***Tratado de Derecho Penal. Parte General***, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1989). ***Manual de Derecho Penal***, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros. (2000) ***Derecho Penal. Parte General,*** Editorial Ediar. Buenos Aires.

Zorraquin Becu, Ricardo (1996) ***Historia del derecho argentino***, t. I., Perrot, Buenos Aires.

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS

Buenos Aires, 13 de abril de 2023.-

AL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA
DR. CÓRDOBA, MARCOS M.
S_____/_____D

Por el presente comunico al Sr. Decano Marcos M. Córdoba que la alumna ALLORA, Camila Sol, titular del D.U. Nro. 41.434.835, ha confeccionado bajo mi guía el Trabajo Final que lleva el título "LA TENENCIA Y AUTOCULTIVO DE CANNABIS PARA CONSUMO PERSONAL SIN FINES MÉDICOS: CONSTITUCIONALIDAD Y PROBLEMÁTICAS" y que considero éste merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

La producción integral del presente trabajo resulta de exclusiva propiedad intelectual de la tesista y el carácter de las instrucciones realizadas por el abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación.

Sin otro particular, saludo a ud. atentamente.