



SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Sr. Juez:

ADRIÁN NORBERTO MARTÍN, D.N.I. 23.476.504, y **FERNANDO GAUNA ALSINA**, D.N.I. 30.673.412, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la **ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL**, respectivamente, con el patrocinio letrado de **MARIANO FUSERO** (T°92 F°635 CPACF) constituyendo domicilio en la calle Río de Janeiro 1240 de la Ciudad de Rosario y **en formato electrónico en CUIT 20280798623**, en los autos **“HILBE, ALCIDES PACÍFICO, infracción ley 23.737”** Exp. N° 2664/2014, a usted nos presentamos y decimos:

I. OBJETO

La Asociación Pensamiento Penal viene a expresar su opinión sobre el asunto debatido en este proceso, en los términos de lo dispuesto por la Acordada 7/2013 CSJN, esperando contribuir a la mejor resolución del caso.

El presente proceso versa sobre una cuestión de interés general, ya que se trata de la imputación y procesamiento de un ciudadano adulto mayor, por un hecho relacionado estrictamente con conductas privadas de su persona, en violación a vitales garantías constitucionales que rigen en el Estado Constitucional de Derecho; y porque existe el riesgo de que la situación de salud del imputado se vea gravemente perjudicada con motivo de habersele quitado la posibilidad de acceder a la sustancia (cannabis) sobre la cual hace un uso medicinal.

II. PERSONERIA

La presentación es suscripta por Adrián Norberto Martín y Fernando Gauna Alsina, Presidente y Secretario General de APP, respectivamente, conforme se desprende del acta de asamblea donde se produjeron las designaciones, que se encuentra certificada por la Dirección de Personas Jurídicas y los estatutos sociales, cuyos originales se encuentran a su disposición, resultando que nos encontramos estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación -(Resolución D.P.P.J. 9196).

III. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN

APP es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, docentes y estudiantes) de todo el país,



cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos en general y de los incorporados a la Constitución nacional en el artículo 75 inciso 22.

Cabe remitir al artículo 2 del estatuto social, que fija el objeto social de la entidad, y particularmente a sus incisos a (Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país), e (Propender al progreso de la legislación en general y en articular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual) y h (Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que traten directa o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad).

APP es responsable de la publicación de la revista "Pensamiento Penal" (www.pensamientopenal.com.ar) en la que se publican materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con una publicación institucional (www.pensamientopenal.org.ar) donde diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a unos quince mil contactos. También cuenta con un Observatorio de Prácticas del Sistema Penal (www.opsp.com.ar) y una radio (www.tradioutopia.com.ar).

Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que abarcamos, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular, sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta el "amicus curiae" acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en **Penitenciarías de Mendoza** en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (autos N° 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza).

APP ha acompañado con sendos amicus curiae ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del hábeas corpus de la causa "**Verbitsky**".

También hemos efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional apoyando los planteos referidos a la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería



nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “**Tonore Arredondo**” y “**Jiménez Manrique**”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, brindando argumentos a favor de la declaración de inconstitucionalidad y anti-convencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Asimismo, entre otras actuaciones, nos hemos presentado en los casos “**Chena**” –acompañando el hábeas corpus colectivo presentado por el Defensor General de La Pampa ante el Tribunal de Impugnación pampeano, por los traslados de personas privadas de la libertad dispuestos por el Servicio Penitenciario Federal fuera de la provincia; “**Todarello**” –acompañando el habeas corpus colectivo promovido por la Defensoría General de la Nación a raíz de las paupérrimas condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en la Unidad 6 de Rawson–; “**Cibotti**” –acompañando el amparo presentado por el actor ante el fuero CAYT de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que el Estado local reconozca el derecho al uso medicinal del cannabis, garantizando el acceso a dicha sustancia o autorizando su autocultivo-.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas.

IV. ANTECEDENTES

El señor Alcides Pacífico Hilbe, un jubilado del rubro siderúrgico, de 71 años, tiene padecimientos de salud que incluyen acúfenos, dolores cervicales, lumbalgia, disminución auditiva, cuadro depresivo y problemas para comer, entre otros. A fin de paliar los efectos de sus enfermedades y padecimientos, ha consumido toda clase de medicamentos tradicionales, pero nada le ha producido mejoras ni resultados positivos. Como consecuencia de esta situación, hace años hace uso medicinal del cannabis, procediendo a abastecer su propio consumo mediante el cultivo de sus propias plantas de cannabis. Tal forma de provisión, el “autocultivo”, es una actividad que realiza a fin de evitar acudir al mercado ilegal para proveerse de su medicina y tener un control de la calidad del producto que consume a tales fines (sin las suciedades, aditamentos e impurezas propias de la sustancia comprada en el mercado ilegal).

En marzo de 2014, la Brigada Operativa Departamental N°1, dependiente de la Dirección General de Prevención y Control de Adicciones, habría comenzado a realizar investigaciones sobre su persona y su propiedad ubicada en Villa Constitución, provincia de Santa Fe. De tal forma, habría filmado y sacado fotos de cada movimiento que había en su casa.



Como resultado de ello, el único movimiento que ha llamado la atención de los investigadores habría sido el de un hombre a bordo de una motocicleta que llegó a la casa el 27 de dicho mes, habiendo realizado supuestamente un intercambio que, aunque no pudieron requisar la moto ni tomar siquiera su patente, la policía concluyó que era supuestamente una “transacción de droga por dinero”. En seis días de vigilancia constante, ese fue el único movimiento “sospechoso” y sobre el cual se basa la presente acusación y procesamiento del señor Hilbe.

Tan sólo ello fue necesario para habilitar el ingreso a la intimidad de su propiedad, mediante una orden de allanamiento, y ser sometido a proceso penal por haberse encontrado cinco plantas de marihuana con escasa cantidad de THC (según peritaje), semillas, y elementos varios que claramente indican el consumo personal (*“plato, tuquera, tijera, papelillos con restos de sustancia”*). Asimismo, aun siendo un jubilado de clase media baja, se consideró pertinente embargarlo por la suma de veinte mil pesos, a efectivizarse en el término de cinco días hábiles.

A pesar de no haberse encontrado ningún otro elemento que indicara fraccionamiento, pesaje o estiramiento de la droga para la venta, ni se haya observado movimiento alguno en el lugar que indique la presencia de personas que vayan a comprar a su domicilio, el procesamiento del señor Hilbe versa sobre los delitos tipificados *“...en los arts. 5º inc. C) –en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- e inc. a) de la ley 23.737 –en la modalidad de cultivo de estupefacientes-, en concurso real (art. 55 del C.P.), de conformidad con lo establecido por el art. 306 del C.P.P.N.”* (cfr. auto de procesamiento).

En caso de no revertirse la actual situación, el señor Hilbe podría ser sometido a la improbable, aunque siempre posible, pena de cuatro a quince años de prisión, tan sólo por haber hecho uso personal y cultivo de una sustancia actualmente reconocida en su potencialidad terapéutica y medicinal.

V. MOTIVOS DE LA PRESENTACIÓN

El objetivo de esta presentación es aportar una serie de argumentos en torno a la relación que existe entre el derecho penal y el consumo de sustancias estupefacientes. Para tratar de entender la cuestión analizaremos el tema desde varias ópticas, en particular la política criminal y la cuestión de la autonomía personal.

También esbozaremos algunos argumentos en torno al derecho del paciente a elegir el tratamiento que desee para tratar sus padecimientos o dolores.



V. 1. I. La ley de estupefacientes y la “guerra contra las drogas”. Crónica de un fracaso anunciado.

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

La ley 23.737 es, en parte, producto de directivas establecidas en instrumentos internacionales, impulsados por los países centrales y, entre ellos, fundamentalmente los Estados Unidos. Resulta claro que muchas de sus disposiciones han ido más allá de lo que los instrumentos obligan y de lo que los países promotores de dichas políticas han implementado y/o implementan en sus propios territorios.

Por ejemplo, ninguna de las Convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal. Las Convenciones no descartan tal opción, pero expresamente, al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda *“a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”*¹.

La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de la ONU, en el primer considerando de su preámbulo, tempranamente establece un límite al prohibicionismo incipiente por aquellos años *“reconociendo 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”*.

Asimismo, en el desarrollo consecuente de su plexo normativo, los instrumentos internacionales sucesivamente resguardan y exceptúan de su régimen represivo, prohibicionista y abstencionista, los usos medicinales y científicos de las sustancias declaradas como ilegales, a fin de garantizar el derecho a la salud de las personas que precisen hacer uso medicinal y/o terapéutico de las mismas.

Sin embargo, la normativa de nuestro país siempre ha ido más allá de lo establecido por el régimen de fiscalización internacional, e incluso más allá de las políticas implementadas en los

¹ Artículo 3º, inc. 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes.



territorios de los países promotores de la cruzada², planteando criminalización en materias claramente exceptuadas por la legislación internacional.

Las víctimas de tal demagogia e inflación punitiva, como formas solapadas del control y el prejuicio ejercido contra los que ya están destinados a ser clasificados y separados del conjunto, son los mismos de siempre: los excluidos, los prisionizados, los jóvenes, los “locos”, los “drogadictos”, los “enfermos”, los viejos, los etiquetados, los otros³.

De tal forma, Argentina es uno de los países de la región con mayor influencia del prohibicionismo en su política de drogas, conservándose hoy en día la penalización de la tenencia para consumo personal y el “autocultivo” -entre otras conductas relacionadas al consumo-, una indudable selectividad penal de los usuarios y medidas de sanitarias compulsivas (tratamientos contra la voluntad) de las personas con usos problemáticos o adicción, entre otras imposiciones legales.

Tan determinante ha sido dicha influencia que, a pesar de los reiterados argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace veintinueve años (fallo “Bazterrica” -1986-), y recordadas hace seis años (fallo “Arriola” -2009-) declarando sucesivamente la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal, aún no se ha avanzado consecuentemente en sede legislativa con una norma que impida la violencia institucional, extorsión, discriminación y persecución penal selectiva de los usuarios mediante dicha figura y otras relacionadas al consumo.

Más allá de estas consideraciones y del *prohibicionismo-abstencionismo* impuesto, los hechos contundentes de la realidad indican que en las últimas décadas el consumo de sustancias psicoactivas ilegales ha crecido en el mundo, a la vez que se ha diversificado. Consecuentemente, lo propio ha ocurrido con la producción, la distribución, el tráfico y la venta.

² En la actualidad existen numerosos países que receptan con distintas modalidades y alcances (ya sea mediante formas de consumo directo o través de fármacos derivados) el uso medicinal del cannabis. Entre los países europeos pueden mencionarse el Reino Unido, España, Alemania, Italia, Suecia, Dinamarca, Austria, República Checa, Bélgica, Finlandia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Suiza y Croacia. En nuestro continente lo prevén numerosos estados de EEUU (Alaska, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, Vermont, Washington, y District of Columbia), Canadá, Uruguay y Chile.

³ Cfr. Mariano FUSERO, “La adicción al prohibicionismo y un caso de uso medicinal de cannabis”. Asociación de Pensamiento Penal, 2015. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41910-adiccion-al-prohibicionismo-y-caso-uso-medicinal-cannabis>.



A nivel local, si bien no puede deducirse inmediatamente que la norma haya sido la causante de la situación descrita —lo cual no quita que un análisis más profundo pueda eventualmente llegar a dicha conclusión—, lo cierto es que lejos estuvo de cumplir con sus objetivos. En particular, vio frustrado su objetivo fundamental: la protección de la «salud pública». En palabras de la CSJN, *“...lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos”* (Fallo “Arriola”, 2009⁴).

Recordemos que el bien jurídico “tutelado” por la ley 23.737, a partir del cambio de paradigma de su antecesora ley 20.771, que contemplaba supuestamente “la seguridad nacional” mediante una postura beligerante aún mucho más arraigada, es actualmente la salud pública. La exposición de motivos de las comisiones informantes con motivo del debate de la ley, dejaron en claro que con la norma se estaba ejerciendo un rol fundamental *“el Estado no resigna su obligación primaria (...) la de proteger la salud pública”*.

No obstante surgir de la ley actual como función manifiesta la protección de la salud pública, muchas veces se ha ubicado la cuestión “drogas” en foco de atención de la seguridad ciudadana en vez de la preocupación sanitaria⁵.

Este quizás sea uno de los aspectos más vulnerables que podemos encontrar cuando analizamos las consecuencias de la aplicación de la ley. Es, a esta altura de la experiencia, indiscutible que la incriminación de la tenencia de drogas para uso personal y otras conductas relacionadas al consumo, conlleva muchísimos daños a la salud pública, ya que la respuesta penal condiciona el contacto de los usuarios de drogas con las instituciones de salud en razón de representarse la posibilidad cierta de ser detenidos por la amenaza de sanción penal. Ello se debe a que la incriminación de los *“delitos de consumo”* sumada al estereotipo negativo de peligrosidad arraigado sobre los usuarios de drogas, los convierte en sujetos pasibles de persecución penal, o sea, de eventuales “delincuentes” conforme la tipificación de tales conductas.

Ello se manifiesta con mayor claridad contra los sectores más vulnerados de la sociedad, principalmente hacia los jóvenes en situación socioeconómica de pobreza, quienes son los seleccionados esencialmente por el sistema punitivo como objeto de extorsión, discriminación y

⁴ CSJN, RECURSO DE HECHO “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”. Año 2009.

⁵ En este sentido, ZAFFARONI afirma que *“Desde 1985 se viene perfilando un embate bajo el signo de la ideología de la seguridad ciudadana, apoyado por campañas publicitarias emprendidas por comunicadores mercenarios y operadores políticos clientelistas (...) En lo legislativo la ideología de la seguridad ciudadana se tradujo en la Ley 23.737 de 1989 en materia de estupefacientes”*. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR (2011). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar.



vulneración de sus derechos. Entre los derechos vulnerados se encuentra la posibilidad cierta de acceder al sistema público de salud sin temor a ser perseguidos o arrestados por el consumo de sustancias prohibidas.

La amenaza de sanción penal obstaculiza seriamente la posibilidad de aplicar una política de salud preventiva, información y educación, como así también el tratamiento de casos de usos problemáticos o adicciones.

En palabras de la CSJN, ***“es primariamente en el ámbito sanitario —y mediante nuevos modelos de abordaje integral— que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancia (...) la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial (in re “Capalbo”, disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308: 1392), se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro”.***

V. 1. II.- Breve historia de la prohibición.

El Código Penal de 1921 no contenía disposiciones específicas con relación al comercio y tenencia de estupefacientes, y tan sólo contemplaba penas para quienes vendieren, pusieren en venta, entregaren o distribuyeren medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo. En 1924 se promulgó la ley 11.309 que penaba a quien, estando autorizado, vendiera, entregare o suministrare alcaloides o narcóticos sin receta médica, o al que lo hiciera sin autorización.

Recién en 1926 se modificó la ley para que también fuera ilícita la tenencia de narcóticos que no estuviera justificada por una razón legítima (ley 11.331).

En el marco de las reformas al Código Penal impulsadas por Sebastián Soler, formalizadas mediante el Decreto-Ley 17.567 de 1968, se modificó el artículo 204, estableciendo que sólo serían penados quienes tuvieran en su poder cantidades mayores a las que correspondieran al uso personal, *despenalizándose así la tenencia para consumo.*

Cabe remarcar la paradójica circunstancia histórica en que dicha reforma fue llevada a cabo, siendo *“...el único momento en la historia del país que excluye la persecución de la tenencia que no exceda el consumo personal, es decir su despenalización. Algo inédito en la región (a excepción de la República Oriental del Uruguay, que nunca penaliza la tenencia para consumo). Este posicionamiento parecería extraño en una dictadura signada por una moral nacionalista-*



católica, donde se perseguía a jóvenes por tener 'el pelo largo', a mujeres por utilizar minifaldas, entre otras prohibiciones más duras, como la prohibición de los partidos políticos o la actividad sindical; pero en el plano económico y legal, este gobierno llevó adelante un claro modelo liberal y el impulsor de esta reforma legislativa, es uno de sus mayores exponentes: el abogado Sebastián Soler, que logra mediante la intervención en su cargo de asesor jurídico de la presidencia, la introducción de esta salvedad, ya que las libertades individuales y el respeto por la esfera privada exenta del control del estado, son para él base y consecuencia de este posicionamiento ideológico”⁶.

La posterior ley 20.509, de 1973, anuló por completo la reforma al Código Penal de 1968, incluyendo las modificaciones al artículo 204. Además del contexto nacional, el endurecimiento de la legislación sobre estupefacientes era un fenómeno mundial en el marco del lanzamiento de la “Guerra contra las Drogas” por parte del presidente de Estados Unidos, Richard Nixon, quien califica a las drogas como *“el enemigo público, no económico, número uno”*, procediendo a la creación de la DEA (Drug Enforcement Agency).

Es inevitable disociar este nuevo marco normativo de la “Doctrina de Seguridad Nacional” que comenzaba a ser implementada en nuestro continente bajo los influjos de la potencia del norte. En tal sentido, el entonces Ministro de Bienestar Social y creador de la fuerza paramilitar conocida como Triple A, José López Rega, declaraba que *“las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por lo tanto la campaña antidrogas será auténticamente una campaña antiguerrilla”*.

“Esta construcción y la imagen bélica potenciada por el régimen prohibicionista, en donde el bien jurídico a proteger mediante la normativa legal era la «seguridad nacional» y el «enemigo» a vencer entre otros fantasmas era la narco-guerrilla, fue funcional a la acción desplegada por el terrorismo de Estado y las dictaduras genocidas en el continente americano que conllevaron a la desaparición física de aproximadamente 200.000 personas (entre otros crímenes de lesa humanidad como el asesinato, la tortura, la apropiación de recién nacidos, etc.). Fue tal la asociación y complemento funcional entre las doctrinas de seguridad nacional relacionadas a la criminalización de drogas y la doctrina de aniquilamiento de la «subversión política», que las normativas vinculadas a ambas materias, datan de fechas muy cercanas y circunstanciadas en un contexto sociopolítico determinado. En Argentina, por ejemplo ambas normativas distan tan sólo en un año desde su promulgación: 1974, Régimen Penal de las Conductas Delictivas Concernientes a Estupefacientes, y 1975 los llamados ‘Decretos de aniquilamiento’ N° 2770/75, 2771/75 y

⁶ Cfr. IGNACIO N. CANABAL, “Historia de las Políticas de Drogas en Argentina”. Asociación Rosarina de Estudios Culturales -AREC-, 2014.



2772/75. Este último decreto ordenaba a las Fuerzas Armadas, la ejecución de las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de *aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país*⁷.

En septiembre de 1974 se aprobó la ley 20.771, la cual procede a la criminalización de los usuarios, sancionándolos duramente con una pena determinada entre uno a seis años prisión, por el hecho de tener en su poder estupefacientes *“aunque estuvieran destinados a uso personal”*.

En 1978, ya en plena dictadura cívico-militar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación – integrada por Adolfo Gabrielli (presidente), Elías Guastavino, Emilio Daireaux, Pedro Frías y Abelardo Rossi– ratificó en el fallo “Colavini” la constitucionalidad de la represión a la tenencia para el consumo personal, interpretando y legitimando el mencionado artículo 6º de la ley 20.771.

Con el agotamiento del escenario bipolar, el problema de las drogas tomó renovada importancia, ya no cómo instrumento de “la lucha antisubversiva”, sino cómo uno de los ejes a partir de los cuales Estados Unidos consolidaría su hegemonía a nivel mundial. En ese marco, se aprobó en 1988 la *“Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, que definía una serie de principios normativos sobre el problema de las drogas.

La mayoría de los países actualizaron su legislación a partir de la puesta en vigencia de la Convención. Argentina no fue la excepción, y el recientemente asumido gobierno de Carlos S. Menem promulgó en 1989 la ley 23.737, que actualmente se encuentra vigente. En su artículo 14 se establece la punición tanto de la tenencia simple como de la tenencia para consumo personal.

Un año después, en 1990, la Corte Suprema dictaba el fallo “Montalvo” que determinaba la legitimidad de la penalización de la tenencia para consumo personal. Dicha punición había sido declarada inconstitucional en 1986, cuando en plena “ola democrática” la Corte estableció, en el fallo “Bazterrica”, que la conducta estaba amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

A pesar de dicho fallo, de gran contenido jurídico en sus considerandos, la sumisión hacia la imposición internacional en la materia pudo más y se dictó la ley 23.737 y el fallo “Montalvo”, reforzando las incipientes “relaciones carnales” entre ambos gobiernos.

V. 1. III. Situación actual

⁷ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>



La situación jurisprudencial de legitimación de la punición de la tenencia para consumo personal no ha sufrido variantes hasta 2009, año en el que la CSJN da a conocer un nuevo cambio jurisprudencial, con el conocido fallo “Arriola”, el cual retoma los lineamientos de “Bazterrica” y declara la inconstitucionalidad de la punición (actualmente establecida en el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737).

La claridad y contundencia del fallo “Arriola”, en cuanto a rol de un Estado Constitucional de Derecho ante la política criminal en la persecución del tráfico de drogas, se opone a la plena vigencia de las disposiciones de la ley 23.737 relativas a la criminalización de los consumidores.

El fallo, a pesar de su contundencia jurídica y de provenir del máximo tribunal de la Nación, no tiene la capacidad de quitar validez a la norma legal vigente, y sólo se aplica al caso en concreto. Ello significa, en la práctica cotidiana, que por más lineamientos y claridad argumentativa que pueda desprenderse de tal decisorio, los tribunales de grado pueden abstraerse de su aplicación (aunque no suceda con frecuencia), y las agencias punitivas (fuerzas de seguridad, fiscales, etcétera) puedan proseguir en la persecución y encausamiento de meros consumidores, avalados por la vigencia de la norma (cuestión ella, cotidiana).

Esta contradicción se torna aún más peligrosa cuando observamos que la norma ha sido y es utilizada por las fuerzas de seguridad, jueces y fiscales, como fundamento necesario y suficiente para cometer todo tipo de abusos, violencia institucional y selectividad penal en perjuicio de los más vulnerados, mediante una clara manifestación de la criminalización de la pobreza.

Ha llevado, por ejemplo, a disparidad de intervenciones o resoluciones judiciales conforme la subjetividad policial y judicial –acorde siempre a sus preconceptos, creencias, ideología o valores–, de acuerdo a la persona que tenían enfrente y la sustancia consumida.

“La caracterización social de los usuarios conforme las sustancias de las cuales hacen uso, denota la vinculación que se realiza sobre la situación socioeconómica de los mismos y sus potenciales comportamientos antisociales mediante estigmas negativos de peligrosidad respecto de la pobreza y su vinculación con el delito. Así puede observarse que el consumo de determinadas sustancias ilegales suele vincularse con los sectores más vulnerados de nuestras sociedades (pasta base, crack, marihuana, inhalantes, etc.) y otros consumos a las clases más beneficiadas (éxtasis, MDMA, cocaína de buena calidad, etc.). Tal primigenia asociación se traduce en otra que la secunda, mediante la asociación de tales consumos con supuestos comportamientos antisociales de sus usuarios. Ello más allá de los efectos farmacológicos y factores criminógenos reales o supuestos de cada sustancia. Los contextos en donde se dan tales consumos, suelen propiciar tal imaginario, ya que el consumo de una persona en situación de calle



o en un barrio vulnerado denota mayor peligrosidad para el prejuicio social adquirido, que el consumo de elevadas dosis de alcohol o éxtasis en contextos a los que suelen acudir sectores de altos ingresos (discotecas, fiestas electrónicas, etc.)”⁸.

En general, no ha sido la misma intervención para quien consume en un barrio popular que para quien consume en los contextos frecuentados por los sectores acomodados de la sociedad. Los recursos estatales han sido orientados a un histórico arraigo sociopolítico del prejuicio hacia tales sectores, y por tradiciones judiciales/policiales construidas en otros momentos de la historia argentina que deben ser modificados.

La criminalización primaria (normas) resulta la razón suficiente y necesaria en la mayoría de los casos, para que la criminalización secundaria (fuerzas de seguridad, fiscalías, poder judicial, etcétera) encuentre su respaldo y exculpación de los actos de violencia y extorsión hacia tales sectores.

Luego del dictado del fallo Arriola en 2009 la persecución de la tenencia para consumo ha disminuido –esto se observa con la disminución de causas judiciales–, pero todavía existe un número importante de causas que se inician por esta conducta, y muchos más son los ingresos a comisarías por este motivo, configurándose reiteradas situaciones de privación de la libertad de consumidores.

El Informe Estadístico (2014), editado por la Procuraduría de Narcocriminalidad respecto de las causas iniciadas en 2012, da cuenta de eso. Lejos de ser un tema superado, a pesar del fallo de la CSJN, el sistema penal continúa destinando gran parte de sus recursos y de su violencia estatal hacia la persecución penal de los consumidores, los que generalmente resultan absueltos cuando los operadores del sistema penal recuerdan el caso “Arriola”.

Puede observarse que, a pesar del gran índice de sobreseimientos en tales causas, que nunca debieron ser encausadas, la criminalización de los “delitos de consumo” coadyuva a la extorsión policial, a la violencia institucional, al derroche innecesario de recursos humanos y presupuestarios, y a la apertura de causas a personas seleccionadas, que ciertamente conservarán el resto de sus vidas el estigma social de su paso por el sistema penal o el encierro.

Las cifras sobre causas relacionadas a la ley 23.737 son más que elocuentes a la hora de mostrar el grave daño causado a las personas que son llevadas al sistema penal por la práctica de acciones de su esfera privada (cfr. el artículo 19 CN) y el enorme dispendio de recursos que son

⁸ Ídem nota 7.



destinados a atentar contra los derechos de los usuarios de sustancias, en vez de ser dirigidos a la prevención, educación y tratamiento de adicciones, o hacia la lucha contra el narcotráfico.

La Corte, en la jurisprudencia citada, afirma que *“...debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones **para combatir el narcotráfico, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades.** En este sentido resulta elocuente que según una investigación relevada por el "Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes" creado por resolución 433/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los últimos veinte años **sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El setenta por ciento de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal y el ochenta y siete por ciento se inició por tenencia de hasta cinco gramos de marihuana o cocaína incautada a varones jóvenes entre 20 y 30 años en la vía pública, que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito.** A su vez, la persecución no se ha dirigido a delitos tales como el lavado de dinero y el ingreso de precursores químicos (...) Conclusiones similares pueden colegirse a partir de los datos suministrados por el Observatorio Argentino de Drogas dependiente de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico. Como advertencia adicional, cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos”* (fallo “Arriola”, 2009 -el resaltado es propio-).

La persecución de los usuarios, además de ser una acción punitiva inconstitucional, que avasalla la dignidad, libertad y autodeterminación de las personas, es un dispendio de recursos, innecesario y sumamente contradictorio con lo que se pretende en la materia: involucrar los recursos en la prevención, educación, tratamiento y atención en materia sanitaria y contra el narcotráfico. La Corte, en el citado fallo, lo ejemplifica afirmando que *“...en el mismo empeño, puede citarse a prácticamente la mayoría de los países de la región que a la par de haber despenalizado la tenencia para consumo personal, dedican los recursos disponibles a la persecución del tráfico de estupefacientes”*.

VI.- LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAR CONDUCTAS QUE NO LESIONEN DERECHOS DE TERCEROS.

Una cuestión que debe tenerse en cuenta y resulta de trascendental para la comprensión de nuestra posición, es la inconstitucionalidad de la represión de los llamados *“delitos de*



consumo”; entre ellos la tenencia de estupefacientes para consumo personal y el “*autocultivo*”, desde la óptica del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Recordemos que la norma establece que *“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”*.

En cualquier precedente jurisprudencial o análisis de doctrina que aborde este tópico, la decisión queda supeditada a la interpretación que sobre este artículo se realiza o, en su defecto, de cómo se relaciona con la ley de estupefacientes.

La importancia de este artículo en nuestro ordenamiento jurídico es vital. A través de esta cláusula se protege la autonomía de las personas, esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía sólo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando daños o agresiones. Carlos Nino enseña que este principio de autonomía que *“subyace”* al artículo 19, *“es la base de los diversos derechos más específicos que están enumerados en diversos artículos de la primera parte”* de la CN⁹.

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

Nino afirma, respecto de la penalización de delitos de consumo, que *“La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial”*¹⁰.

⁹ CARLOS NINO, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 323.

¹⁰ CARLOS NINO, “La Constitución de la democracia deliberativa”, Gedisa, 1999, p. 279.



Luigi Ferrajoli dice que *“es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto de los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad”*¹¹.

La conquista de este derecho es uno de los logros más trascendentes del derecho penal liberal y es importante analizar detenidamente cualquier conflicto que, con relación a su interpretación, pueda suscitarse. El artículo 19 protege la privacidad, que Nino define como el conjunto de *“las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros”*¹². No se trata sólo de lo que ocurre fuera de la vista de los demás (lo íntimo), sino que la Constitución protege las elecciones de vida que cada persona hace sin afectar a otras, aunque esas elecciones sean conocidas por el resto. Se protegen también las expresiones públicas de la autonomía ejercida por cada individuo. La intervención estatal se justifica sólo cuando existe un daño a terceros, que - además- debe tener una entidad apreciable y no ser sólo una molestia¹³.

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

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

El derecho penal regula de diversos modos esta relación con el derecho constitucional. Por un lado estipula que no le interesan conductas que no afectan a terceros, e incluso, las autolesiones que puedan afectar la autonomía personal. La esencia de un hombre libre, es la del

¹¹ LUIGI FERRAJOLI, “El principio de lesividad como garantía penal”, publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología, Año 2, Número 8, editorial La Ley, p. 8.

¹² Op. cit., pág. 304.

¹³ Cfr. NÉSTOR P. SAGÜÉS, “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo 2, pág. 388).



que puede llevar a cabo su plan de vida de la forma que crea conveniente, sin que el Estado se entrometa, utilizando la faz más represiva del derecho.

Es que nos encontramos frente a la máxima constitucional y, por otro lado, la ley 23.737 regula en qué situaciones pueden criminalizarse conductas vinculadas a estupefacientes. El primer punto de la discusión tiene que ver directamente con la jerarquía normativa y, consecuentemente, ninguna duda debe quedar en cuanto que, en la posible discusión entre una norma constitucional y una ley inferior, debe prevalecer la primera.

La discusión relativa a qué norma debe prevalecer no puede abrigar dudas. La ley fue formalmente sancionada del modo previsto por la Carta Magna (es una ley vigente) y únicamente puede resultar válida si su texto es coherente con ella. Por ende, al momento de analizar esta colisión, siempre debe considerarse el artículo 19 reseñado. Todos asumimos el riesgo, aun cuando consideramos que otros ciudadanos adoptan ciertas conductas “equivocadas”, potencialmente autolesivas o distintas a nuestros planes de vida. Preferimos que continúen en ellas, a resignar este básico derecho a la libertad.

Un efecto derivado del principio de autonomía de la persona consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional es la idea que históricamente se encuentra condensada en los artículos 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando dicen: *"la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás"*, y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en párrafos como éstos: *"Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión (...) la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí solo para la seguridad de otros (...). Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón `prima facie` para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general (...). Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés solo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquélla porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente"*¹⁴.

Mill sostenía, claramente, que *"La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera*

¹⁴ JOHN S. MILL, "Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham", p. 136-137.



mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás".

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny, concluye que *"La tesis de Mill sigue siendo relevante en materia penal, pues admitir que el Estado pueda imponer coactivamente modelos de virtud, sería abrir el camino a la sociedad totalitaria. Un Estado fundado en el pluralismo y respetuoso de la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas no puede imponer, por medio del derecho penal, a sus ciudadanos modelos de virtud o formas de vida. Si se admite que el Estado prohíba u ordene a alguien efectuar una conducta sólo porque ésta es perjudicial para su propia salud o porque el Estado la considera inmoral, se habrá eliminado todo límite a la interferencia estatal en la autonomía de las personas. Mañana se podrá penalizar el homosexualismo, consumir chocolates o leer determinados libros"*¹⁵.

El principio de autonomía de la persona establece que, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. El artículo 19 de la C.N., vedando la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicio a terceros, hace explícito este principio de autonomía.

El principio presupone una distinción entre dos dimensiones o áreas de la moral: la moral personal o "autorreferente", que prescribe o prohíbe ciertas conductas y planes de vida por los efectos que tienen en el carácter moral de su propio agente, según ciertos modelos de virtud, y la moral social o "intersubjetiva", que prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de sus agentes. El principio de autonomía se apoya en

¹⁵ Cfr. RODRIGO UPRIMNY YEPES, "Drogas, derecho y democracia".



esta distinción y estipula que sólo en lo que hace a su desviación de la moral intersubjetiva una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos.

El principio tiene dos aspectos diferentes. El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida.

El segundo aspecto es la prohibición de que el Estado y los particulares interfieran en la libre elección y materialización de ideales de vida que son parte de la moral autorreferente (se trata de acciones que no afectan la autonomía de terceros).

La circunstancia de que el uso de sustancias involucre un aspecto íntimo de la persona (en sí no afecta a terceros), provoca que quede reservada a la moral autorreferente. El principio de autonomía exige que el Estado no interfiera en la elección de conductas o planes de vida que sólo afectan a la moral autorreferente. Entonces, no se justifica la intervención del Estado para regular tales conductas. En síntesis, dicha decisión debería quedar librada al sujeto, sin intromisiones de ninguna índole y sin necesidad de instancias previas.

VI.1. Antecedentes jurisprudenciales sobre la inconstitucionalidad de los delitos de consumo

a) Inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal

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

Asimismo, hace veintinueve años, la misma CSJN en su renombrado fallo “Bazterrica”, ha sostenido que *“Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada”*, declarando allí la inconstitucionalidad de la tenencia de sustancias prohibidas estipulada en el artículo 6 de la antigua ley 20.771.



En dicho fallo, Petracchi sostuvo que *“deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda”*.

Actualmente, el mismo Tribunal ha interpretado la disyuntiva expuesta en los apartados precedentes entre los fallos Colavini, Montalvo y Bazterrica. En 2009, la Corte resolvió el caso “Arriola” (Fallos, 332:1963), que representa la opinión actual del tribunal y retoma el antecedente de 1986 del caso “Bazterrica”.

Del fallo “Arriola”, en el cual la Corte declaró inconstitucional el artículo 14 de la ley 23.737 que reprime la tenencia para uso personal, se desprenden interesantes posturas respecto a la punibilidad de estas conductas. Se sostuvo que no se había logrado el objetivo de reducir, a través de esta prohibición, el problema de las adicciones ni el del narcotráfico; se añadió que los tratados de derechos humanos incorporados en 1994 (artículo 75.22 CN), prohíben la injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada y consagran la dignidad que impide tomar a una persona (por ejemplo, el consumidor de drogas) como instrumento en la lucha contra el narcotráfico; asimismo el tribunal destacó que ningún tratado internacional obliga a sancionar la tenencia para consumo personal.

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

- ✓ “...aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad”.
- ✓ Las normativas internas y de derecho internacional que protegen la autodeterminación de las personas (por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución Nacional), constituyen “...una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.
- ✓ “Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”.



- ✓ “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”.
- ✓ “La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...”.
- ✓ En referencia a la frustración del objetivo fundamental de la ley de drogas, como ser la supuesta protección de la «salud pública», la CSJN, “...lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos”.
- ✓ "Desde esta perspectiva se asume claramente que la "adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados" (cfr. UNODC, Informe del año 2009...). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue..." (Se hace referencia allí al Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).
- ✓ "No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud. (...) De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado -cuando no incoherente y contradictorio- de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta".
- ✓ "...resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" -e ignorado en su problemática- no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención".
- ✓ Mediante la reforma constitucional de 1994 y la inclusión de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte sostiene que se “ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional”.
- ✓ Más sistemáticamente, el presidente del cuerpo, Ricardo Lorenzetti, establece en su voto los siguientes criterios: «A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar



decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...».

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

Como antecedente administrativo de la línea argumentativa que sostenemos, recordamos que en 2008 el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), expresó que *“...la ley penal de estupefacientes vigente, no solo es inconstitucional por sancionar en modo ilegal una conducta como es la de tenencia de drogas para uso personal, que no lesiona bienes jurídicos de terceros e implica una clara intromisión a la privacidad (art. 19 de la Constitución Nacional), sino que lesiona un derecho fundamental como es el derecho al acceso a la salud, garantizado por los Pactos y Convenciones en materia de Derechos Humanos configurando a su vez una conducta discriminatoria violatoria del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación”*.

El INADI, en su extenso y fundado documento, culmina recomendando *“Al Honorable Congreso de la Nación: (i) Que sancione una ley que despenalice la tenencia de estupefacientes para consumo personal por su manifiesta inconstitucionalidad, al violentarse mediante tal criminalización el principio de NO discriminación, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho a la salud y el derecho al trabajo. (ii) Que mediando un criterio de razonabilidad, se instrumenten acciones afirmativas con relación a los grupos vulnerados y hasta ahora criminalizados por el consumo de estupefacientes, en relación principalmente al acceso al trabajo y a los sistemas de salud...”*¹⁶.

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

Las argumentaciones jurisprudenciales del fallo “Arriola” de la CSJN, referidas al artículo 14 de la ley 23.737, son trasladadas fundadamente a la penalización del cultivo para uso personal

¹⁶ Recomendación General N° 3 en Materia de Discriminación a Consumidores/as de Drogas Prohibidas. INADI-Autor: Mariano Fusero. Año 2008.



contenido en el artículo 5, anteúltimo párrafo, por la similitud que tienen ambas tipificaciones dirigidas al propio consumo. Ambas normas contienen atenuantes en los casos que *“...surja inequívocamente que (la siembra) está destinada a obtener estupefacientes para el propio consumo personal”* (Art. 5º), o *“...surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”* (artículo 14).

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

- En una causa en donde se habían incautado **97 plantas** de “Cannabis Sativa” destinadas para producir estupefacientes para consumo personal, se entendió que no existiendo *“...ningún elemento que resulte indicativo de que la tenencia del material se correspondería con un fin de comercio (...) se impone en el caso los criterios de justicia expuestos por el Máximo Tribunal de la Nación en el caso “Arriola” (...). Ello es así toda vez que la conducta de Zapata fue desarrollada en el ámbito privado, no se afectó a terceros ni al bien jurídico tutelado por la norma, por lo que debe invalidarse aquella disposición (Art. 5º de la ley Nº 23.737 anteúltimo párrafo) por haber conculcado la garantía constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales”*. Allí se citan otros antecedentes en el mismo sentido, como ser la causa Nº 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, del 3 de junio de 2008; causa Nº 42.649 “Dora, Carlos y otra s/sobreseimiento” del mismo tribunal del 13 de febrero de 2009. Finalmente, el fallo declara la inconstitucionalidad del artículo 5, inciso a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737 y sobresee al imputado (causa 1764, caratulada “C/Zapata, Alfredo Oscar s/ley 23.737”, del 25 de septiembre de 2012. Juzgado de Garantías Nº 5 del Departamento Judicial de La Matanza).
- En otro caso en el cual se imputaba la tenencia de **seis plantas** de Cannabis Sativa, y analizándose el artículo 5 en su parte pertinente, se entendió que *“...la norma analizada presenta, en principio –dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida– problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades (...). En diversos precedentes se ha efectuado la*



relectura del caso “Montalvo”¹⁷ en función de la revisión del parámetro de la razonabilidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, tras partir de una concepción según la cual las acciones privadas de los hombres previstas por el art. 19 C.N. se refieren a aquellas que no ingresan en el campo de la moral autorreferente, se estimó que en virtud de las consecuencias negativas de la aplicación de la ley en orden a los fines perseguidos, se ha verificado la inadecuación de los medios en relación con aquellos objetivos y, en consecuencia, una tensión irrazonable de la libertad personal comprometida por la incriminación (...). Dichas razones son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas, de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades (...) estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal”. De tal forma, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del art. 5º inc. a y anteúltimo párrafo de la ley 23.737 (causa 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, del 3 de junio de 2008).

- En una causa iniciada a una pareja a la que —en el ámbito de su hogar y sin que hubiese prueba alguna de eventual comercialización— se le incautaron **52 plantas** de marihuana, el juez de la causa los sobreseyó encuadrándose en el antecedente «Arriola», tras considerar respecto a la cantidad del material incautado “...que, si bien puede entenderse como ‘considerable’, dicha circunstancia por sí sola no es hábil para descartar que su finalidad haya sido el consumo (...) Es que si se considerase que sólo la cuantía del material ilícito resulta eficaz para sembrar una duda sobre su destino, sería de aplicación al caso el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso VEGA GIMÉNEZ¹⁸ (Fallos: 329:6019)”. Allí se resolvió que “El tribunal estima que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir ‘inequívocamente’ de la ‘escasa cantidad y demás circunstancias’ no puede conducir a que si ‘el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga’, quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, pues semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si con las pruebas adquiridas en el proceso puede emitirse un juicio de certeza sobre que la

¹⁷ Fallo del 2008, anterior al caso Arriola. Por ello se evalúa el precedente Montalvo, arribando a conclusiones semejantes a las que posteriormente ratificaría la CSJN en el 2009.

¹⁸ La Corte en el Fallo “VEGA GIMÉNEZ” (Fallos 329:6019), donde se afirmó que al término “inequívocamente” debe interpretarse teniendo en cuenta los principios “in dubio pro reo” y “favor rei”, es decir: si el imputado es inocente y el acusador no puede probar, “inequívocamente” que la sustancia no era para consumo personal, corresponde la figura atenuada.



finalidad invocada de ninguna manera existió"» (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 9, causa 681/12, «NN. s/ infracción Ley 23.737»; Zappia, Rossana y Peré, Julián¹⁹).

- Resulta oportuno mencionar que el Tribunal Oral Federal de Paraná en los autos "*Barbini, Olga Beatriz y otros s/siembra y cultivo de plantas para producir estupefacientes*" sostuvo que "*la calificación traída de la instrucción en los términos del artículo 5, inciso a, de la ley 23.737, luego del debate, no puede ser sostenida, por cuanto admite que no hay elementos de convicción que den por acreditado que la siembra o cultivo de cannabis materialmente probada, y utilizable para producir estupefacientes, estuviera preordenada al tráfico, por lo que adhiriendo al criterio jurisprudencial que exige la acreditación de ese elemento subjetivo extra, desecha la aplicación de la figura al caso*".
- El Tribunal Oral nº 2 de Córdoba, en la causa "*CAMINOTTI, Javier p.s.a. infracción ley 23.737*" Expediente C 16-11, en la que se secuestraron **52 plantas** de marihuana, sostuvo que "*En este marco de coacción o estado de necesidad disculpante es que Javier Caminotti sembró las plantas de cannabis sativa y las usó con fines paliativos o analgésicos de los fuertes dolores causados por su enfermedad. Así, obró realizando un hecho típico que afecta a un bien jurídico de mayor envergadura (salud pública) estando coaccionado por el temor a los dolores que le producían su enfermedad y las consecuencias que esos dolores tenían en su vida diaria, esto es, para proteger un bien de menor entidad (salud individual). Ante esto, el imputado Caminotti no se encontraba en una situación de normal motivación normativa, sino presionado psíquicamente por la desesperación o el miedo, que afectaba seriamente su libertad de determinación, por lo que mal puede reprochársele el incumplimiento de la norma penal. De hecho, en su defensa material refirió al Tribunal que en la disyuntiva que se le presentaba entre cumplir la norma y paliar sus graves dolores, había elegido paliar sus dolores. Por ello, en este caso concreto Caminotti no es responsable penalmente del hecho primero y según los criterios preventivos no es realmente indispensable imponerle una pena, porque "...el autor no requiere de efectos preventivos especiales, pues se trata de un hombre que se ha conducido en su vida conforme a derecho, pero que se enfrentó a una situación extraordinaria, que quizás nunca más le volverá a suceder, lo que lo impulsó a cometer ese hecho. Y tampoco se requiere generar efectos preventivos generales dirigidos a la sociedad, pues tales situaciones extremas son muy escasas y porque el comportamiento del ser humano, ante peligros*

¹⁹ Cabe destacar que dicha pareja forman parte de la Comisión Directiva de la Agrupación de Agricultores Canábicos de Argentina (AACCA).



como el señalado, difícilmente puede ser influenciado por la amenaza de una pena” (ROXIN, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, en IMME y CLAUS ROXIN, “Conferencias”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 50). Por lo expuesto, entiendo que Javier Caminotti si bien es autor del hecho nominado primero, no es penalmente responsable en los términos del artículo 34, inciso 2 del Código Penal y, por lo tanto, debe ser absuelto respecto del referido hecho”.

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

- En el reciente²⁰ fallo recaído en una causa que versa sobre el uso medicinal del cannabis, el juez Guillermo Scheibler realizó el siguiente análisis: “...corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en que `se lo autorice a su autocultivo`. Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas “acciones privadas”, ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntillosamente de aclarar que se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 C.N.). En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en

²⁰ 13 de agosto de 2015.



la que un ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial para que lo “autorice” a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría — fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público. De este modo, considerar que corresponda a un órgano estatal (como lo es este Juzgado) conceder una “autorización” para que un ciudadano desarrolle una conducta que no afectaría a terceros en su ámbito de privacidad, relacionada con su bienestar físico y mental, implicaría —más allá de la decisión sustancial del caso concreto— la negación propia y flagrante de uno de los más valiosos preceptos de nuestra Constitución. Por tal razón, estimo que no resulta procedente la pretensión interpuesta en subsidio por el actor. Va de suyo que la paradójica situación expuesta, constituye una manifestación más de la política de “penalización total” en materia de estupefacientes, y que el actor sólo persigue contar con medios institucionales para repeler eventuales intromisiones estatales a su ámbito de privacidad basadas en la ley 23.737. Más allá de que tal razonable preocupación no se centra en un hecho cierto ya acaecido y que tal cuestión resultaría ajena a la competencia del suscripto, no puede dejar de destacarse que los elementos de prueba ya reunidos en autos —más los que puedan colectarse en el proceso de ejecución de la sentencia que aquí se dicta— interpretados a la luz de los precedentes de la CSJN ya citados podrían contribuir a paliar tal inquietud” (fallo “Cibotti, Alejandro contra GCBA s/ amparo” del Juzgado Contencioso y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

c) Otras consideraciones referidas a la siembra o cultivo para consumo personal.

Además de configurar una intromisión indeseable e inconstitucional en el ámbito de autodeterminación de los consumidores, la punición del autocultivo los obliga a adquirir la sustancia (generalmente cannabis) en circuitos de tráfico ilegal, sometiéndolos a una situación de clandestinidad, ilegalidad, violencia y riesgo de criminalización. A su vez, son conducidos a someterse a lo se denomina “efecto góndola”; es decir a la oferta que el mercado ilegal le haga de otras sustancias prohibidas con mayor potencialidad de daño ante su consumo.

Del contacto de los usuarios con el mercado ilegal, impuesto por la criminalización, nada bueno puede esperarse. “El consumidor ocasional no puede depender de sus encuentros más o menos casuales con otros consumidores, y debe procurarse una fuente de abastecimiento más



*estable, lo que implica entablar relaciones con personas que están en el negocio de la venta de narcóticos*²¹.

Recientemente el médico paraguayo Agustín Barúa, afirmaba respecto del “efecto góndola” que *“...la ilegalidad es la que invita y es puerta de entrada (a otras drogas). Porque la oferta está ahí, y el que te vende sesga la oferta porque en el caso el crack genera craving, que es la ansiedad de consumo. El craving del crack es mucho más intenso; entonces, se vende mucho más. Y como gana más el vendedor, él facilita de lo que genera más consumo en términos de mercado*”²².

De este modo, bajo el argumento de proteger a la salud, se obliga al consumidor a tomar contacto con redes del tráfico ilegal, lo que claramente lo expone ante situaciones inconvenientes e innecesarias. Cabe recordar sobre el punto, lo sostenido en una entrevista en un medio público por Zaffaroni, en tanto afirmó que *“si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón, no habría tráfico*”²³.

Al adquirir la sustancia en las redes ilegales de tráfico, el consumidor desconoce la calidad y los elementos de corte y adulteración agregados, o los propios de la falta de control (amoníacos, componentes psicoactivos ajenos a la sustancia que se pretende consumir, excrementos de roedores, orinas, plantas enteras prensadas, etcétera), que pueden ser más nocivos que el consumo de la sustancia en su estado natural. Al habilitar la posibilidad de autocultivo, el usuario tiene la posibilidad de cultivar su propia planta y de este modo conocer los productos externos que le aplica.

Una política de reducción de los daños, como la actualmente demandada por el artículo 10 inciso d de la Ley 26.934 -Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP)-, debe tener en cuenta circunstancias como la expuesta a fin de reducir los daños relacionados con el consumo de sustancias adulteradas y la reducción de la vulnerabilidad de los usuarios ante el mercado ilegal y el sistema punitivo.

“Resta remarcar el absurdo de considerar que cada persona tiene el derecho y la libertad de consumir cualquier sustancia, por los motivos expuestos, pero bajo la exigencia de someterse constantemente a la clandestinidad para la adquisición de la sustancia pretendida, o bajo el riesgo de ser perseguido, extorsionado, prisionizado o tratado compulsivamente en aras de la salud o la

²¹ Cfr. HOWARD BECKER, “Outsiders, hacia una sociología de la desviación”, Siglo XXI Editores, 2009, p. 83.

²² Cfr. <http://www.paraguay.com/nacionales/un-medico-a-favor-de-la-marihuana-122080>

²³ Cfr. <http://www.infobae.com/2009/10/02/475562-zaffaroni-si-cada-consumidor-tuviera-una-planta-marihuana-el-balcon-no-habria-trafico>



seguridad. ¿Se puede acaso ser libre, pero bajo riesgo de perder dicha libertad por el mismo hecho de ejercerla? (...) La permisión del consumo en muchos lares conserva una contradicción lógica con la punición de conductas accesorias y a veces necesarias, al propio consumo. Ello conduce a una punición encubierta de los consumidores mediante tales figuras y a un obstáculo al ejercicio de derechos de los mismos, limitando ciertamente el ejercicio de una supuesta libertad²⁴.

Reconocer el consumo de sustancias como el ejercicio de un derecho individual, permitiendo a los cultivadores generar una sustancia de calidad bajo el propio control, coadyuvaría a disminuir los riesgos sobre su salud. El Estado debería garantizar, sin intromisiones en la libertad y autodeterminación de los consumidores, que los usuarios puedan acceder a una sustancia que resulte lo menos perjudicial para su salud y sin la necesidad de financiar al narcotráfico como única forma posible de abastecimiento personal.

Las anteriores consideraciones deben anteponerse a cualquier planteo ético, moral o científico respecto de la eventual inconveniencia que para la salud individual, el proyecto de vida o algún bien intangible de carácter espiritual, pueda tener el consumo de determinadas sustancias. Como bien explica Óscar Parés *«Reconocer un derecho es totalmente diferente a animar a la gente a ejercerlo, es coherente intelectualmente decir: “reconozco tu derecho a consumir drogas pero no te animaré a hacerlo debido a sus potenciales efectos sobre tu salud”. Lo mismo pasa con el suicidio. O en el caso del tabaco: permitir a los adultos consumir tabaco a la vez que ofrecer más y mejores programas de tratamiento para aquellos que busquen la abstinencia. De hecho, según cifras de la OMS, la primera causa de muerte es la cardiopatía isquémica, causada por la acumulación de grasas y colesterol. Entre las diez primeras causas encontramos la diabetes, la cardiopatía isquémica y otras enfermedades relacionadas con los hábitos alimenticios o con el estilo de vida. Pero principalmente por ingesta de grasas y, pese a ello, no se inicia ninguna cruzada contra las grasas; de hecho, es curioso, porque se prohíbe el anuncio de alcohol (que probablemente es responsable de algunas de esas muertes) y del tabaco (una de las principales causas de muerte), pero no se prohíbe la publicidad de las hamburguesas, más bien se publicitan en horario infantil»²⁵.*

Finalmente, destacamos un caso de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico “Causa N° 61.538, Folio N° 41, N° de Orden 27.152, con sentencia del 15 de abril de 2011”. Allí, los jueces Hendler y Bonzón sostuvieron que **el hecho de que el acusado tuviera en su haber plantas de marihuana, constituía un estado de necesidad justificante, en los términos del**

²⁴ Ídem nota 7.

²⁵ ÓSCAR, PARÉS, exposición en la «IV Conferencia Latinoamericana sobre Políticas de Drogas». Auditorio Huitaca de la Alcaldía Mayor de Bogotá. 5 de diciembre de 2012.



artículo 34 inciso 2 del C.P., ya que ése era el modo de evitar el ingreso en circuitos de tráfico. Resulta destacable el argumento esgrimido, ya que toma en cuenta una realidad social que no puede ser dejada de lado racionalmente²⁶.

VII. DERECHO A LA SALUD E INTEGRIDAD FÍSICA:

El artículo 33 de la Constitución Nacional deja a salvo la posibilidad de incorporar implícitamente derechos derivados de una lectura integral y armónica de su texto. Es este artículo el que permite deducir que la ley fundamental incluye el derecho a la salud como una derivación necesaria y hasta primaria de los demás derechos protegidos constitucionalmente. El artículo 41 de la CN hace mención al derecho "*a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*", consecuentemente con el artículo 42 que —en materia de reconocimiento y protección del derecho de consumidores y usuarios— menciona expresamente la "*protección de su salud*". A esto se suman las disposiciones del artículo 75, que en su inciso 19 se refiere a políticas conducentes al "*desarrollo humano*", y en el inciso 23 a "*medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de trato y pleno goce de ejercicios reconocidos...*" tanto en la Constitución como en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

La salud, como valor y derecho humano fundamental, encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado en el artículo 75. 22 CN; a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos, de la ONU -1948-, artículos 3 y 8; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 12 incisos. 1 y 2 apartado d; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4 incisos. 1.5, 1 y 26, entre otros.

El artículo 25 incisos 1 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*" (...) "*Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derechos alguno al Estado, a un grupo de personas, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los Derechos y libertades proclamados en esta Declaración*".

²⁶ Vale destacar el trabajo realizado al respecto de FERNANDO SANDE, "La penalización de cultivo de marihuana. Sus problemas frente a la Constitución Nacional", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/fernando-j-sande>, del cual se ha extraído valiosa información para el presente apartado.



En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se sostiene en su artículo 11 *"Toda persona tiene derecho a la salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*.

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llevado a cabo en San Salvador en su artículo 10 consagra *"1) Toda persona tiene Derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2) Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud de los Estados parte se comprometen a reconocer a la salud como un bien público y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho (...) b) la extensión de los beneficios de los servicios de la salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado c) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sea más vulnerable"*; el art. 5º-1 de la propia Convención, define el derecho a la integridad personal: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"*, mientras que el artículo 2 de la Convención impone al Estado el deber de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de todo otro carácter que fuesen necesarios para hacer efectivos tales derechos o libertades.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reza *"1) Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*.

Asimismo, debe comprenderse a salud en sentido amplio, conforme definición brindada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que entiende que *"ésta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social"*. En este punto resulta menester recordar que la OMS es una organización que nuclea a los estados bajo un plan de compromiso de propender a la realización de este derecho a la salud, por lo que la definición citada, además de significar un ideal de vida de los individuos, importa la medida de las obligaciones estatales en la materia. Se trata, en resumen, de un concepto no sólo descriptivo, sino que también opera como norte jurídico y político respecto de la autoridad estatal.

VIII. EL DERECHO DEL PACIENTE A ELEGIR SU TRATAMIENTO.



Los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos reseñados son sumamente claros y no dejan ninguna duda en torno a la libertad del paciente para elegir el tratamiento al que se somete. O, inclusive, el derecho a no someterse a ningún tratamiento.

El derecho a la salud está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad física y a la vida privada de las personas, por lo que, en general, una violación al derecho a la salud, sería también extensiva a los otros dos derechos.

Nuestro país ha sancionado la ley 26.742 que prescribe en forma expresa el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas prácticas o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, consagrando el derecho a la autonomía de la voluntad. En la decisión sobre su propio tratamiento, el paciente hace confluir el derecho a la salud con el derecho a la autonomía consagrado en el artículo 19 CN. Sus opciones, en ese terreno, también se hallan amparadas por este precepto constitucional si no acarrearán daños a terceros. En tal sentido se inscribe el ya citado fallo de la Corte en “Albarracini”, acerca de la transfusión de sangre.

El derecho a la salud, como cualquier otro derecho, conlleva para el Estado argentino una triple obligación, según lo desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: 1) respetar el derecho, 2) protegerlo, y 3) satisfacerlo²⁷. El Comité ha sido reconocido por la Corte Suprema como “intérprete autorizado” del Pacto en “Quisbeth Castro”, Fallos, 335:452. Por ello, las elaboraciones del Comité forman parte de las “condiciones de vigencia” del Pacto previstas en el artículo 75.22.

La obligación de “respetar” implica que el Estado no infrinja directamente el derecho (por ejemplo, dañar la salud contaminando el agua corriente). El deber de “proteger” requiere al Estado impedir que otras personas afecten el derecho (tomando medidas contra quienes adulteran medicamentos, por ejemplo). Finalmente, la obligación de “satisfacer” exige al Estado promover y cumplir ese derecho con todas las herramientas y recursos disponibles (a través de la creación y administración de un sistema público de atención hospitalaria, como una alternativa).

IX. EL CASO DEL SEÑOR ALCIDES HILBE.

La defensa del imputado ha expuesto claramente ciertas deficiencias en la investigación preliminar que han llevado a la posterior valoración del juez de la causa en el auto de

²⁷ VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, pág. 31



procesamiento, y otras argumentaciones que fundan inexorablemente la inocencia del señor Hilbe. Remitiéndonos en lo sustancial a ello, resaltamos que:

- Se observa una abrumadora escasez de prueba sobre la que remotamente pueda valerse cualquier presunción o indicio respecto que el señor Alcides Hilbe haya cometido acto alguno que sea ajeno al autocultivo y consumo personal/medicinal de la sustancia incautada.
- Conforme se desprende del auto de procesamiento, en el allanamiento se incautaron varios elementos que claramente indican el consumo personal de cannabis del señor Hilbe, como así también elementos necesarios para el autocultivo. En tal sentido se incautó “*un plato, tuquera, tijera y papelillos con resto de esa sustancia*” –típicos elementos para hacer uso de cannabis-, un envoltorio, una bolsa *ziploc*, y tres frascos con cannabis –, no habiéndose localizado elementos de pesaje, fraccionamiento ni adulteración de la sustancia, como elementos generalmente hallados en lugares donde se desarrolla la venta y distribución de sustancias prohibidas.
- Sin embargo, llama la atención que en el auto de procesamiento se mencionen “*elementos de fraccionamiento como ser un picador metálico*”, siendo que el picador metálico (conocido en el ambiente canábico como “*picachu*”) es un pequeño instrumento que suele utilizarse a fin de trizar la sustancia para proceder a su consumo fumable. En la casa de toda persona que haga un uso corriente de cannabis, podría encontrarse este instrumento, el cual se comercializa de forma libre en tiendas de tabaco y otros locales destinados a la venta de instrumental afín. Por lo cual resulta paradójico que un “*picachu*” pueda ser considerado como un “*elemento de fraccionamiento*” a fines de validarlo como prueba o indicio de comercialización.
- No existe evidencia que en el hipotético “*pasamanos*” que habría sido observado por los agentes policiales en el domicilio del imputado, haya participado el señor Hilbe. Y ante el supuesto caso que haya participado, la deducción de que consistió en una transacción onerosa de sustancia prohibida, queda en el imaginario policial y judicial, basado tal vez en una presunción prejuiciosa motivo de que el señor Hilbe cultiva plantas de cannabis para su uso medicinal. No se pudo individualizar a las personas que participaron en dicha circunstancia, ni incautarse sustancia alguna, ni cualquier otro indicio que pueda sobreponerse a esa mera imaginación. Un “*pasamanos*” en la puerta de un domicilio, es una actividad tan corriente y normalizada como solicitar el diligenciamiento de un producto cualquiera a un domicilio particular (*delivery*). De tal circunstancia, sin el respaldo de otro elemento probatorio que al menos indicaría fundamente la presunción policial, no se puede desprender válidamente indicio alguno de comercio de sustancias estupefacientes sin mediar la prejuiciosa imaginación a la que hicimos referencia.



- Asimismo, es normal observar en los puntos de venta de sustancias estupefacientes, asidua cantidad de personas que se acercan a fin de hacerse de la sustancia pretendida, siendo que en el caso la investigación ha arrojado que únicamente UNA persona se habría acercado al domicilio del imputado durante el tiempo que duró la investigación (seis días). Lo cual es indicativo de que al señor Hilbe le iría muy mal en su función de jubilado narcomenudista, o ciertamente es una prueba cabal de que no se dedicó a dicha actividad jamás en su vida, siendo víctima de una penosa situación judicial que lo imputa y visibiliza como tal. Puede que la presente causa sea un mal recuerdo en un futuro próximo, pero el estigma social al que fue expuesto posiblemente perdure el resto de sus días, siendo un efecto perverso y hartamente conocido de la criminalización de los usuarios de sustancias prohibidas²⁸.
- La sumatoria de presunciones e imaginarios en los que se basa la imputación y posterior procesamiento del señor Hilbe, sin indicio que permita suponer fundadamente la tenencia de sustancias prohibidas con destino a la comercialización, resulta violatoria de la garantía de *presunción de inocencia* consagrada por el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De tal forma, es el imputado el que debiera probar en última instancia que la tenencia de sustancias es para su propio consumo, mediante un sistema donde impera la «*presunción de culpabilidad*», la inversión inconstitucional de la carga de la prueba en materia penal y una afrenta del *in dubio pro reo*.
- Más allá de que en la práctica la cantidad de sustancia incautada al señor Hilbe no es de notoria cantidad (ver pericia científica N° 187/14 realizada por el Gabinete Científico de Rosario de la Policía Federal Argentina), conforme hemos visto en las citas jurisprudenciales aportadas, dicha cantidad no puede ser valorada *per se* como indicio de comercialización, ni siquiera para fundar una imputación de tenencia simple –menos aún para la figura imputada de siembra y cultivo (cfr. artículo 5 inciso a de la ley 23.737) y/o tenencia con fines de comercialización (cfr. artículo 5 inciso c de la misma ley)-. En la reseña jurisprudencial aportada, se observan casos donde se han incautado 97 o 52 plantas, sin ningún indicio o prueba de comercialización, en los que los jueces han aplicado los antecedentes de la CSJN “Arriola” y “Vega Giménez”, absolviendo a los imputados.
- En el caso que nos ocupa, impedir al actor el “autocultivo” de cannabis como medio de tratamiento elegido por su persona, o juzgarlo penalmente por ello, podría poner al Estado en infracción del derecho a la salud de este ciudadano. El precepto de derechos

²⁸ Para mayor información ver Recomendación General N° 3 en Materia de Discriminación a Consumidores/as de Drogas Prohibidas. INADI-Autor: Mariano Fusero. Año 2008.



humanos garantiza el derecho a gozar del “*más alto nivel posible de salud*”, lo cual necesariamente implica la ausencia o disminución del dolor asociado a los padecimientos que sobrelleva la persona imputada y el tratamiento que libremente pueda elegir a tal fin, siempre que no afecte ni perjudique derechos de terceros. En definitiva, dentro de su libertad y autodeterminación, con o sin el acompañamiento médico que decida eventualmente, tiene el derecho a implementar sobre su propio cuerpo las alternativas a la medicina tradicional que le acarreen satisfacción y supuesta mejora en su salud individual.

- En su entender, existe un elemento que permite, sin daños a terceros, alcanzar o acercarse a ese nivel de salud personal. Por lo tanto, la creación de un obstáculo significativo en el camino a su salud, mediante la amenaza de sanción penal, podría conducir a que el Estado argentino incumpla con su obligación de respetar el derecho humano en juego. Castigando una conducta que no acarrea lesión a otras personas, lo cual en sí ya transgrede el artículo 19 CN, se afecta otro derecho, consagrado en el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dotado de la máxima jerarquía normativa. Ninguna norma infraconstitucional (como la ley 23.737), ni ningún acto administrativo, podrían contradecir un derecho humano dotado de rango constitucional.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Hemos contextualizado el caso en la problemática de la represión de los usuarios de sustancias prohibidas, la criminalización de su tenencia y autocultivo, la fracasada política de persecución a consumidores y la guerra contra las drogas.

Quizás sea necesario recordar lo dicho por el juez Fayt en el caso Arriola (quien cambió su postura sobre la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal), quien sostuvo que:

“...Son todos esos principios los que hoy nuevamente se conjugan y que, al realizarse el juicio de ponderación, se traducen en un resultado diferente. En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se ha vuelto irrazonable una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la



que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes)...".

Cabe recordar que en autos "Baldivieso, César Alejandro", resueltos del 20 de abril de 2010, Carmen Argibay expuso que "es difícil concebir un ámbito más 'privado' que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada 'en un sobre' (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional. Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones".

Finalmente, en los reconocidos autos "Arriola" los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmaron que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea" y que "[l]as principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta" (considerando 13 del voto del juez Lorenzetti)."

Volviendo al caso, la cuestión que se ventila se debe resolver teniendo presentes las siguientes premisas:

1. El autocultivo o la tenencia de marihuana para consumo personal no afectan ni lesionan derechos de terceros; por lo que resulta absurda, además de inconstitucional, su prohibición y sanción conforme lo ha sostenido reiteradamente la CSJN y los tribunales de grado.
2. La persecución a tenedores de sustancias prohibidas para consumo personal y autocultivadores, como el señor Hilbe, constituye un dispendio absurdo de los recursos



estatales, policiales y judiciales, que tienen por único resultado la afrenta de los derechos humanos más elementales. Conforme lo ha sostenido la CSJN en el fallo “Arriola”, tales recursos, como el accionar policial y judicial, deberían estar enfocados a la persecución penal del narcotráfico y a la prevención y tratamiento de las adicciones/consumos problemáticos.

3. Es innegable que existe un derecho del paciente a elegir el tratamiento que prefiera o, si lo desea, no tratarse. Frente a ese derecho no se pueden imponer limitaciones y deben removerse los obstáculos legales y fácticos que impiden su goce, como la amenaza de sanción penal e incautación de su medicina.
4. El proceso contra el señor Hilbe, tiene la potencialidad de afectar severamente su salud personal, por el hecho de verse sometido a una injusta acusación en su contra en las postrimerías de su vida, como por haber sido privado de una sustancia sobre la cual hace un uso medicinal.
5. No existe indicio o prueba que haga suponer al señor Hilbe como autor penalmente responsable de las conductas que se le reprochan. Sin embargo, existe abundante prueba como para considerarlo un consumidor y autocultivador que desarrolla tales actividades en el ámbito de su privacidad, libertad y autodeterminación personal, sin afectar de manera alguna derechos de terceros y amparado en el buen entendimiento de la Constitución Nacional (artículo 19) y la interpretación brindada en caso análogos tanto por tribunales de grado como por la CSJN.
6. Como bien se ha afirmado en un reciente fallo sobre uso medicinal de cannabis, *“El hombre es el centro de nuestro sistema constitucional y los procesos no pueden interpretarse como una sucesión de formulismos alejados de las circunstancias reales y concretas de cada situación. En otras palabras, el derecho no puede resultar insensible al dolor y al sufrimiento humano”*²⁹.

XI. PETITORIO.

Por las razones expuestas, solicitamos:

1. Que tenga por presentada a la Asociación Pensamiento Penal en calidad de Amicus Curiae.

2. Que al momento de resolver tenga en consideración lo manifestado a lo largo de esta presentación.

²⁹ Fallo “Cibotti, Alejandro contra GCBA s/ amparo” del Juzgado Contencioso y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.