



INADI

Instituto Nacional contra la Discriminación,
la Xenofobia y el Racismo.
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 3

EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN A CONSUMIDORES/AS DE DROGAS PROHIBIDAS

Considerando que entre las atribuciones y funciones conferidas al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo por medio de la Ley Nacional N° 24.515, se establece que:

Artículo 4.- *Corresponde al INADI:*

- a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos, a través del análisis de la realidad nacional en materia de discriminación, xenofobia y racismo y la elaboración de informes y propuestas con respecto a dichos temas;*
- b) Difundir los principios normados por la Ley 23.592, normas concordantes y complementarias, así como los resultados de los estudios que realice o promueva y las propuestas que formule; (...)*
- j) Informar a la opinión pública sobre actitudes y conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas que pudieran manifestarse en cualquier ámbito de la vida nacional, especialmente en las áreas de educación, salud, acción social y empleo; provengan ellas de autoridades públicas o entidades o personas privadas; (...)*

Considerando que el Artículo 1 de la Ley Nacional N° 23.592 establece que Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a

dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Reafirmando que el principio de no discriminación, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad y el derecho a la salud son derechos humanos básicos inherentes a todos los seres humanos.

Recordando que la promoción y protección de tales derechos es una responsabilidad primordial de los Estados.

Subrayando que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

Con el objeto de garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho a la salud y a la intimidad en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Afirmando la aplicación a todas las personas del principio de no discriminación, reconocido internacionalmente.

Habiendo considerado la situación de las personas comprendidas en esta recomendación general, la legislación vigente y, especialmente, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos en la materia.

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo formula la siguiente Recomendación General:

1. INTRODUCCIÓN.

1.1.1. Luego de diecinueve años de vigencia de la Ley Nacional N° 23.737, y su régimen prohibicionista de diversas conductas relacionadas con las sustancias psicotrópicas, cabe aportar un análisis y propiciar un debate acerca de los resultados de dicho régimen penal prohibicionista y las alternativas posibles a fin de paliar sus efectos más negativos.

1.1.2. En muchas ocasiones sucede que al intentar dar solución a un problema, el objetivo se ve frustrado por los mecanismos elegidos para lograrlo. Pero -en este caso- "la situación se vuelve mucho más delicada cuando la herramienta adoptada, no sólo se demuestra ineficaz, sino que se convierte en un factor que agrava aquello que pretende resolver".¹

1.1.3. La preocupación central de nuestra labor está enfocada en la discriminación que sufren las personas que -en situaciones de uso o abuso de sustancias psicotrópicas- son estigmatizadas, estereotipadas, desocializadas, penalizadas, segregadas por un sistema criminalizante que es inconstitucional, ineficaz, violatorio de los derechos humanos y causante de mayores daños que los que supuestamente se encontraba llamado a paliar.

1.1.4. La crítica a lo que llamaremos "prohibicionismo" la iremos desarrollando con la ayuda de cuantioso e invaluable material doctrinario, jurisprudencial, legislativo, e

¹ Del Proyecto de Ley iniciado bajo Expediente de Diputados 5616-D-2003, Publicado en: Trámite Parlamentario n° 182 de fecha 18/11/2003; firmantes: García, Eduardo Daniel; González, Oscar Roberto; Rivas, Jorge; Basteiro, Sergio Ariel; Lubertino Beltrán, María José; Garré, Nilda Celia; Giustiniani, Rubén Héctor; Barbagelata, María Elena; Polino, Héctor Teodoro; Rodríguez, Marcela Virginia; Castro, Alicia Amalia; Walsh, Patricia; Neri, Aldo; y Parentella, Irma Fidela.

El mencionado proyecto guarda idénticas características al iniciado bajo Expediente Diputados 0884-D-2005. Publicado en Trámite Parlamentario n° 12 de fecha: 16/03/2005, firmantes: García, Eduardo Daniel; Basteiro, Sergio Ariel; Rivas, Jorge; Neri, Aldo; Polino, Héctor Teodoro; Di Pollina, Eduardo Alfredo; Barbagelata, María Elena; Ríos, María Fabiana; y Walsh, Patricia.

interdisciplinario que ha tratado la problemática que se expondrá.

1.1.5. Así también iremos aportando nuestra visión y preocupación por la temática, propiciando allanar los caminos tendientes a velar por el cumplimiento efectivo de los derechos humanos de todas las personas que de forma permanente o circunstancial, se encuentren en situación de tenencia, uso, abuso o dependencia de sustancias psicotrópicas.

2. Consumo de drogas, discriminación, xenofobia y racismo:

2.1. La criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal a ha generado un estereotipo negativo de peligrosidad hacia los/as consumidores/as, señalados/as por el poder punitivo prohibicionista como "delincuentes marginales" que deben ser criminalizados/as en aras del mandato legal.

2.2. El Plan Nacional Contra la Discriminación menciona que "ya es habitual la relación estrecha que se ha instalado en el imaginario colectivo de los sectores más acomodados, asociando 'pobre' con ciertas tipificaciones como villero, negro, ladrón, prostituta o **drogadicto**"². Este tipo de prejuicio también puede ser aplicado en relación con las personas dependientes de las drogas, ya que -en general- se asocia al/la "drogadicto/a" con el/la "villero/a", "negro/a", "ladrón/a", "prostituto/a", o "pobre".

2.3. La criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal a su vez ha generado un estereotipo negativo de peligrosidad hacia los/as consumidores/as, señalados/as por el poder punitivo prohibicionista como "delincuentes

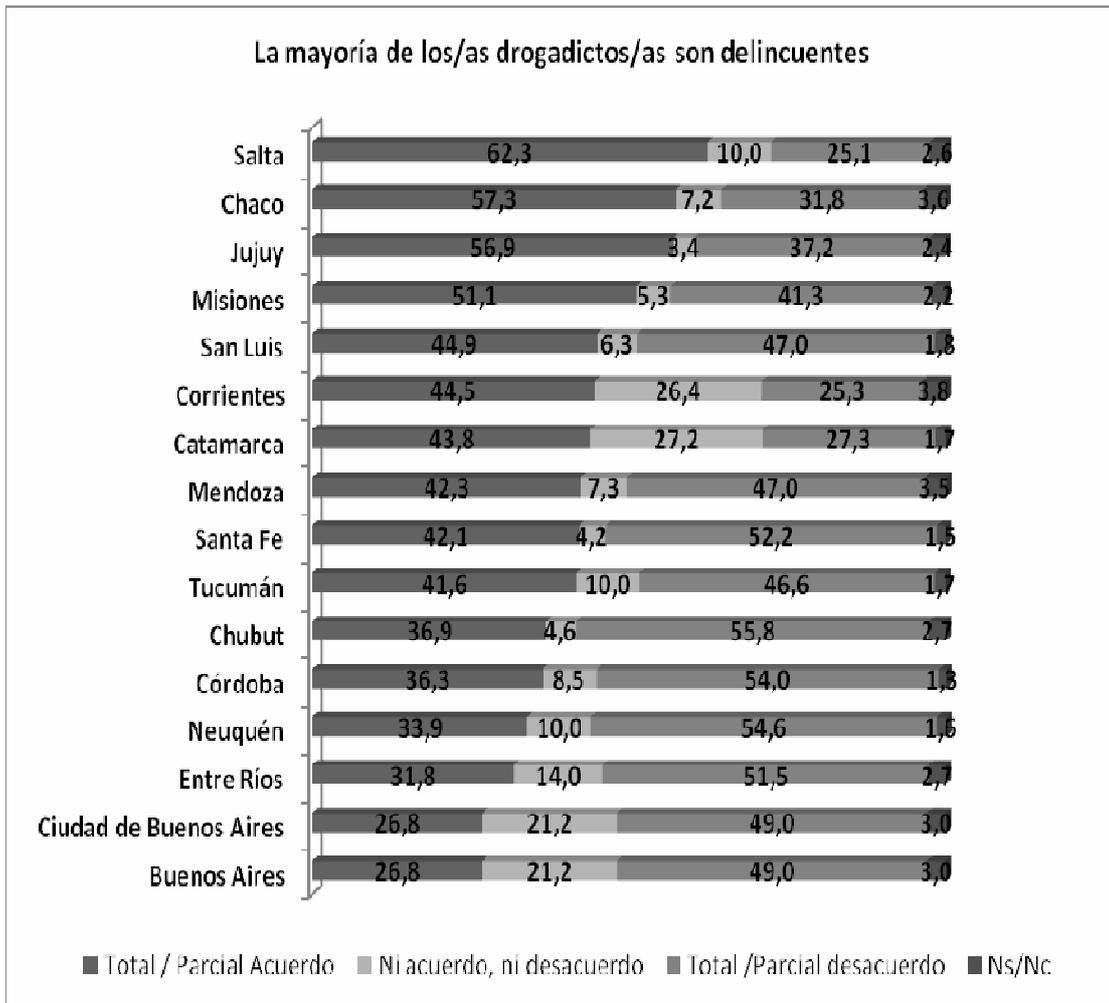
² "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación", aprobado por Decreto 1086/2005, pág. 46 de la edición impresa en Julio de 2007.

marginales" que deben ser criminalizados/as en aras del mandato legal.

- 2.4.** Tal estigmatización se ve agravada cuando los/as consumidores/as pertenecen a las clases sociales con menos recursos económicos, ya que su situación de vulnerabilidad se transforma en un obstáculo mayor para el acceso a los sistemas sanitarios de salud, a la educación sanitaria sobre el uso de estupefacientes (reducción del daño), y a la comprensión social sobre su condición.
- 2.5.** Al mismo tiempo, en general, las personas que pertenecen a tales grupos son las elegidas o seleccionadas por el sistema penal para ser criminalizadas secundariamente (prisionizadas) debido -precisamente- a su situación de vulnerabilidad, como así también las más perjudicadas por la ausencia real de oportunidades que les permitan el acceso al consumo sin mayores riesgos a la salud que los que la droga misma detenta. Es decir, la mayoría de los/as marginados/as, excluidos/as, estigmatizados/as, señalados/as, apartados/as, criminalizados/as y segregados/as de nuestro sistema prohibicionista de "tolerancia cero" son las personas de más bajos recursos económicos, configurándose de tal forma una doble discriminación hacia ellos/as.
- 2.6.** A su vez, un margen importante de la población equipara al/a la consumidor/a con el delito. El INADI ha iniciado por primera vez, desde el mes de diciembre de 2006, la elaboración de un "Mapa de la Discriminación en la Argentina", orientado a aportar un mayor rigor al diagnóstico de la situación de la discriminación en nuestro país y mejorar la implementación de respuestas eficaces en orden de detectar prejuicios sociales. En dicho estudio podemos observar que se ha evaluado el criterio de los/as encuestados/as en 16 provincias, al respecto de la

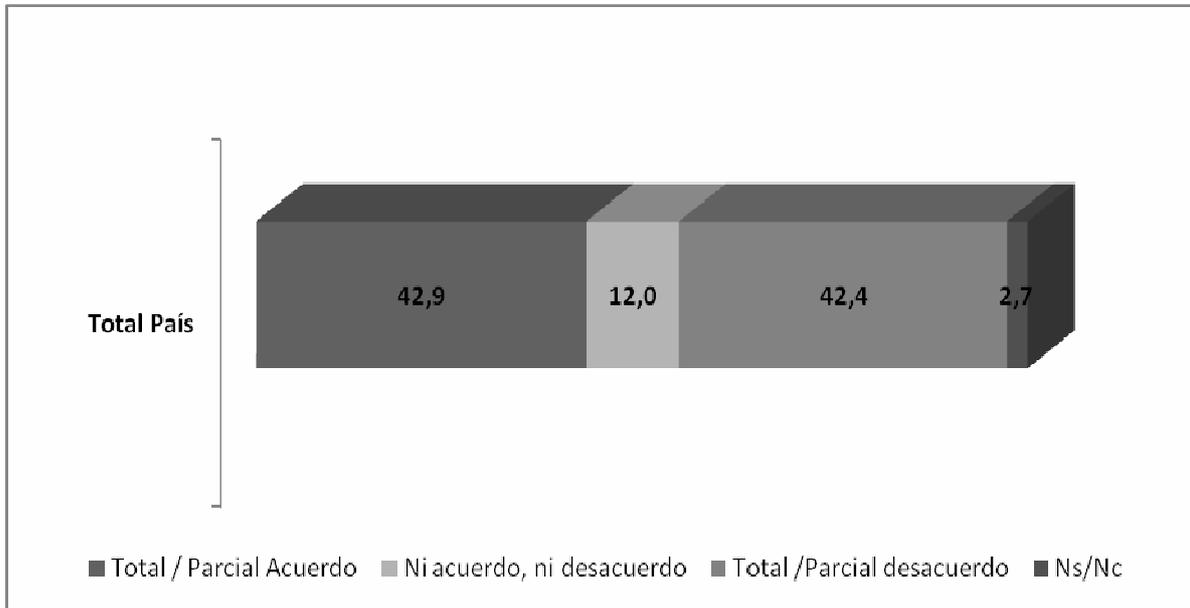
afirmación de que “la mayoría de los/as drogadictos/as son delincuentes”. A continuación se adjunta el Gráfico 1, en donde podemos observar en un orden decreciente, cual ha sido el nivel de prejuicio según las opiniones y actitudes de los/as encuestados/as, al respecto de dicha afirmación en cada una de las provincias relevadas; mientras que en el Grafico 2 observamos el consolidado a nivel de las 16 provincias relevadas:

Gráfico 1: Opiniones y actitudes por provincia³.



³ Fuente: “Mapa de la discriminación: representaciones, acciones y percepciones acerca de la discriminación”. Estudio comparativo realizado en cada una de las provincias mencionadas entre diciembre de 2006 y noviembre de 2007. Encuestas por muestreo +/-400 casos (error muestral: +/-5%, con 95% de confiabilidad). Consultoras: Analogías S.R.L.; CEOP Opinión Pública y Ricardo Rouvier & Asociados. Ver en www.inadi.gov.ar.

Gráfico 2: Opiniones y actitudes total país⁴.



2.7. De tal forma se observa que un 42,9% de los/as encuestados/as en 16 provincias relevadas, manifestaron expresamente el total o parcial acuerdo con la afirmación de que "la mayoría de los/as drogadictos/as son delincuentes", mientras el un 12% no estuvo ni de acuerdo ni en desacuerdo con tal aseveración. Por lo cual, un total de 54,9% de los/as encuestados/as (en menor o mayor medida) han demostrado tener un prejuicio discriminatorio hacia los "drogadictos/as", estigmatizándolos como delincuentes.

2.8. Cabe preguntarse el motivo por el cual se ha conformado una visión distorsionada sobre el problema de las drogas. Carlos González Zorrilla de la Universidad de Barcelona, observa que esa distorsión es producto de concepciones estereotipadas, cuyo fin ha estado orientado más a conmovier

⁴ Fuente: INADI, "Mapa de la discriminación: representaciones, acciones y percepciones acerca de la discriminación", noviembre de 2007. Estudio Comparativo: incluye las provincias de Corrientes, Córdoba, Chubut, Mendoza, Santa Fe, Catamarca, Tucumán, Entre Ríos, así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires. Encuestas por muestreo +/-400 casos (error muestral: +/-5%, con 95% de confiabilidad). Consultoras: Analogías S.R.L.; CEOP Opinión Pública y Ricardo Rouvier & Asociados. Ver en www.inadi.gov.ar.

que a informar. De esta manera señala la tendencia hacia el desarrollo de un alto nivel de emotividad que actúa en desmedro del logro de un serio abordaje para una problemática de tal complejidad⁵.

2.9. González Zorrilla indica tres etapas en el proceso de construcción de tal imagen distorsionada sobre el problema de las drogas: en la primera etapa se ubica al/la usuario/a de drogas como el/la enemigo/a político/a. Se lo representa "...en la figura del joven contestatario social o cultural que hace de su vivencia de las drogas una manifestación más de su rechazo de la cultura y del sistema social imperante, y como un instrumento más de la elaboración de un modelo social alternativo. Por esta razón, el consumo de drogas era asociado a cualquier tipo de disidencia política cuyo objetivo apuntaba a destruir el sistema gobernante y la nación. La única respuesta a ese enemigo social era la cárcel".⁶ Esta primera construcción y la imagen bélica potenciada por la ley 20.771, en donde como hemos dicho el bien jurídico a proteger era supuestamente la "seguridad nacional" y el "enemigo" a vencer entre otros fantasmas era la droga-guerrilla, "fue funcional a la acción desplegada por el terrorismo de Estado, en la Argentina, entre 1975 y 1983".⁷

2.10. En una segunda etapa la representación se corporiza en la juventud "marginal" que reside en los barrios periféricos a las grandes ciudades. Se desarrolla la idea de que dicho sujeto se halla inmerso en condiciones sociales donde el consumo de drogas y las actividades delictivas forman parte de un contexto normalizado. Aparece la distinción entre traficante y consumidor/a, por lo tanto el tipo de control

⁵ González Zorrilla, Carlos; citado por Sosa, Cecilia en "Argentina, las drogas y el Primer Mundo", disponible en: <http://www.bioetica.org/colab2.htm>

⁶ Ídem.

⁷ Proyecto de ley referenciado en Nota 1.

correspondiente es dual. El/la traficante se sigue considerando delincuente, el/la consumidor/a se califica como peligroso/a social. Aparecen entonces el hospital penitenciario o el sanatorio psiquiátrico como nuevos instrumentos de control, así como las figuras de "aislamiento" y "tratamiento".

2.11. La tercera etapa corresponde a una definición que identifica al/la usuario/a con la enfermedad. Este estereotipo se ubica en todas las clases sociales. "Hay una preocupación a nivel social por intentar curar a los toxicómanos, surgen numerosas iniciativas legislativas que comienzan a plantear la necesidad de buscar alternativas a la prisión como modelo de respuesta a este fenómeno. La 'comunidad terapéutica' se convierte en el modelo de respuesta que goza de mayor prestigio en base a su pretendida eficacia".⁸

2.12. "Nos encontramos así con una compleja superposición de preconceptos, estereotipos y supuestos, que se han ido desplegando a lo largo de las etapas de este proceso, aportando a la conformación de una percepción social obnubilada sobre el fenómeno de las drogas. Ahora bien, estas construcciones están ligadas a estrategias de control social⁹ que se corresponden con determinados proyectos

⁸ De Leo, G (1987): "La toxicodependencia de los jóvenes: construcción del problema social y modelos interpretativos" en "Poder y Control" N° 2, PPU, Barcelona, citado por Iñaki Rivera Beiras en "El problema-droga y la cuestión carcelaria. Una visión desde España", Universidad de Barcelona.

⁹ "Las alternativas de control penal en materia de consumo de drogas ha tenido siempre carácter emblemático en lo que se refiere a la configuración en los mecanismos globales de control social. Por eso, en el marco de un estado democrático la búsqueda de alternativas eficaces se impone como una obligación. Lamentablemente la alternativa despenalizadora sigue sin ser tenida en cuenta, operándose en consecuencia entre distintas opciones técnicas del viejo modelo, con una clara tendencia hacia una mayor represión (imposición de penas mas altas, creación de nuevos tipos penales), y en un marco de preocupante abstracción de la realidad". Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E. "LAS POLITICAS PÚBLICAS Y LOS USUARIOS DE DROGAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA: Entre la Coerción y el Derecho a la Salud." Publicado en el sitio web de la ARDA, Asociación de Reducción de daños de la Argentina, (www.infoarda.org.ar). Dicho trabajo contó con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

políticos, económicos, sociales y culturales, no alcanzar a visualizarlo así, lleva indefectiblemente a una percepción en donde predomina la acriticidad, y nos lleva a aceptar que dicha cuestión ha surgido de modo espontáneo, como una 'desviación' más de los individuos que, en consecuencia, requiere un intervención pura y dura de los aparatos punitivos del Estado".¹⁰

- 2.13.** El Juez Federal Dr. Horacio Catanni consultado sobre el tema de la construcción histórica de estereotipos, coincide con que el estereotipo construido por la ley 20.771 era "droga-guerrilla", ya que se identificaba droga con subversión y -al mismo tiempo- afirma que "hoy el modelo de identificación es droga con inseguridad ciudadana, en el sentido de que no hay pruebas validas de que la droga sea la mayor causa de delincuencia. Sin embargo, es el estereotipo que se construye de todo aquel que va a buscar asistencia por droga: primero porque la tenencia está castigada y después por esa idea de que el consumidor es una especie -aunque sean argumentos sin motivos- de brazo, de ramificación del Cartel de Medellín, utilizando la lógica de que sin demanda no hay oferta. Sí puede encontrarse a la droga acompañando acciones delictivas, pero lo que no está en discusión es que las razones por las cuales alguien delinque son independientes de las razones porque se droga; tienen la posibilidad de ser independientes. En un principio, cuando el consumo de drogas era llevado a cabo por grupos minoritarios, se los consideraba delincuentes y era una población a controlar por el Derecho Penal. Cuando el consumo se extiende a distintos sectores de la sociedad tiene que nacer, ya que no pueden ser todos delincuentes, la distinción entre enfermo, delincuente, traficante, etc. Unos

Ver también: Slominiski, P. "Apuntes para una política criminal en materia de drogas", La Ley 21/6/2000.

¹⁰ Proyecto de ley referenciado en Nota 1.

van a recibir la pena y otros un tratamiento, y en algunas ocasiones reciben las dos conjuntamente. Se evidencian así dos categorías de razonamiento muy diferentes. Una forma parte del bagaje salud-enfermedad, la otra es un tema social: la delincuencia".¹¹

2.14. Esta historia de construcción de estereotipos y discriminaciones, actualmente es -como hemos dicho- funcional a la discriminación de los/as consumidores/as de estupefacientes, señalándolos/as como "drogadictos/as" y "delincuentes" a los/as cuales se debe criminalizar mediante las teorías prohibicionistas. Tal situación de discriminación se ve agravada cuanto más descienda el nivel socio-económico del/la consumidor/a.

2.15. Sobre la criminalización estigmatizante de los/as consumidores/as, o la concepción social-legal-judicial de que los/as consumidores/as "afectan derechos de terceros/as" directa o mediatamente con su costumbre "delictiva-viciosa", podemos decir que -desde el punto de vista empírico- dicha tesis "se funda en equívocos, que es posible despejar: de un lado, confunde consumo privado con el consumo público, cuando nadie niega la posibilidad de que el Estado pueda regular los consumos públicos. De otro lado, olvida diferenciar entre consumos no problemáticos y consumos indebidos, cuando es claro que una visión fundada en el respeto de la autonomía reconoce la necesidad de sancionar ciertos usos indebidos de las drogas que puedan afectar a terceros, como conducir un auto bajo los efectos de una sustancia psicoactiva. En ese mismo orden de ideas, es necesario distinguir entre el

¹¹ Dr. Horacio Cattani, Juez de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital y Profesor de Derecho Penal y Criminología en las Facultades de Derecho y Psicología de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.), respectivamente. "LA PALABRA FINAL, Entrevista al Juez Federal Dr. Horacio Catanni" por Marcelo Ferraro.

consumo *per se* y la posibilidad de que el usuario de droga pueda cometer otros delitos. No se trata entonces de dejar en la impunidad los otros delitos cometidos por los consumidores de drogas. Pero se les castigará por haber cometido tal o cual delito, pero no por ser consumidores...".¹²

2.16. A su vez, a las personas procesadas y/o condenadas por tenencia de drogas para consumo personal, mediante el estereotipo de peligrosidad delincuenciales con el cual se las condena, se les obstruye el ejercicio de otros derechos humanos como ser el derecho a trabajar¹³.

2.17. De tal forma, "al penalizar la tenencia, el usuario sufre una estigmatización definitiva como 'delincuente' que le es impuesta por la misma comunidad que debería proporcionarle la asistencia necesaria; el usuario, condenado por este ilícito, tendría un antecedente criminal que lo acompañaría en el futuro, causándole un daño irreparable al dificultarle seriamente acceder a un trabajo¹⁴, circunstancia que

¹² Uprimny, Rodrigo "Drogas, Derecho y Democracia". Este texto fue presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL. Publicado en el sitio web de la Asociación Argentina de reducción de daños (ARDA): www.infoarda.org.ar.

¹³ Derecho amparado por el los arts. 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), que enuncia el "derecho a trabajar", comprensivo del derecho del/a trabajador/a a no verse privado/a arbitrariamente de su empleo, tal como, por otro lado, surge de los trabajos preparatorios del citado Pacto. Derecho que, además de estar también enunciado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a).

¹⁴ "Las normas que regulan la Salud Mental en general, son normas del Derecho Civil. Que por otra parte tienen disposiciones, el art. 482 prevé la internación bajo ciertas condiciones de lo que se llama toxicómanos; el Código Civil incluye un sistema de inhabilitación. Pero existe la coexistencia de una doble vía: si encuentran a alguien con droga van a seguir la vía penal; si lo encuentran bajo los efectos de la droga va a una sala general, si es una intoxicación aguda; si no es así, si está en un delirio puede ser llevado al hospital psiquiátrico. Si hay una situación de peligro puede intervenir el juez civil. Estas vías son mucho menos estigmatizantes que la penal; pensemos en la etapa siguiente: termina el tratamiento viene la etapa de inserción social; en que la persona tiene que volver a conseguir un trabajo. Doble estigma es tener un antecedente federal penal por tenencia de estupefacientes; teniendo en cuenta la construcción social

constituye una consecuencia contraproducente en su inserción social".¹⁵

2.18. Por su parte "la criminalización de la tenencia de drogas para uso personal constituye un obstáculo importante para acceder al derecho a la salud puesto que la prohibición los marginaliza y los clandestiniza haciéndolos menos visibles para las agencias de salud, lo que dificulta las intervenciones tendientes a reducir los daños que ocasiona el consumo de drogas y brindar la asistencia que necesiten en un sentido amplio".¹⁶ Posteriormente dedicaremos un apartado ampliando lo aquí expuesto.

2.19. A su vez, "la combinación de tratamiento médico obligatorio¹⁷ con la amenaza de sanción penal termina por marginar al

tenencia-tráfico" Dr. Horacio Catan, en "LA PALABRA FINAL, Entrevista al Juez Federal Dr. Horacio Catanni" por Marcelo Ferraro.

¹⁵ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ "El art. 17 (de la ley 23.737) hace referencia al caso en que al imputado se lo condene por el delito de tenencia de drogas para uso personal y este dependiere física o psíquicamente del estupefaciente. En dicho supuesto, el juez puede dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y "rehabilitación"; si el tratamiento es "satisfactorio" se lo exime de la aplicación de la pena; si transcurrido el plazo de dos años no se ha obtenido un grado aceptable de "recuperación", por su falta de "colaboración" el juez puede optar entre aplicar la pena, acumulándola a la medida o continuar el tratamiento sin plazo.

El art. 18 prevé la situación del imputado sin condena, a quien se le endilga el delito de tenencia de droga para uso personal y éste dependiera física o psíquicamente de estupefacientes y a su vez prestara su "consentimiento", se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y "rehabilitación" y se suspenderá el trámite del sumario; si el tratamiento es "satisfactorio" se lo sobresee; si luego de transcurridos dos años el "tratamiento" fracasara por falta de "colaboración", se pone en marcha la causa y en su caso, (que fuera condenado) el juez puede aplicar la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario o mantener la medida de seguridad." Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

Consultado sobre el tema, el Juez Federal Dr. Horacio Catanni afirma que: "El Derecho Penal interviene en el tema de la reglamentación sanitaria (artículos del 14 al 22), expresando un sistema de premios y castigos en el cual se invierten los roles: el equipo tratante tiene que tomar decisiones y el juez, previo dictamen de los peritos, dictamina si esa persona ha alcanzado un grado pleno de rehabilitación en lo social, laboral y familiar. El juez en esa etapa ha perdido ya el control de la situación. Cuando se le informa que una persona no ha logrado un "grado aceptable de rehabilitación" en un período de tiempo el juez puede mandarlo preso. Evidentemente los términos de la ley hay que reinterpretarlos y afortunadamente en algunos casos se hace. Teniendo esto en cuenta creo que existe un penetrar disciplinario de lo jurídico en el sistema asistencial (...) De alguna

consumidor. Y en gran medida esa marginalidad, más que el uso de la droga en sí misma, es la que provoca los más graves efectos al usuario".¹⁸

- 2.20.** Al mismo tiempo, en relación con la situación legal de las mujeres embarazadas se observa que -mediante el art. 18 bis de la ley 10.903 introducido por la ley 23.737- se prevé que en todos los casos en que una mujer embarazada diera a luz en el transcurso del proceso o durante el cumplimiento de una condena por infracción a la ley de estupefacientes, la mujer deberá -dentro de los cinco días posteriores al nacimiento- someter al/la niño/a a una revisión médica especializada para determinar si presenta síntomas de dependencia. La misma obligación impone al padre, al/la tutor/a y al/la guardador/a cuando tomaran noticia del nacimiento y tuvieran conocimiento de la situación procesal de la mujer embarazada. El incumplimiento de dicha obligación trae aparejada la pena de multa y por otra parte, el/la juez/a está obligado/a a efectuar la medida omitida. "Debe señalarse, en primer término, que la norma mencionada limita la obligación a la posibilidad de una revisión médica especializada para determinar si el niño recién nacido presenta síntomas de dependencia, pero en modo alguno autoriza ni al juez y al médico a realizar algún tratamiento de desintoxicación u otra ayuda que necesitare sin la autorización de los padres (art. 19 de la ley 17.132). Por otra parte, aparece como discriminatoria e implica una clara interferencia al derecho de la ["patria potestad"] de los

manera cada equipo tratante se convierte en un apéndice del sistema penal. Cuando nos referimos a la ley 23.737, entra en juego el "te curás o te castigo". Dice la Ley de Estupefacientes: "no rehabilitarse por su falta de cooperación". ¿Cómo se puede pedir cooperación en algo coactivo?. Los equipos tratantes, justamente sobre la base de esa remisión coactiva tendrían que lograr la cooperación a toda costa y las fallas del equipo al no lograr algo tan dificultoso perjudicará legalmente al paciente." "LA PALABRA FINAL, Entrevista al Juez Federal Dr. Horacio Catanni" por Marcelo Ferraro.

¹⁸ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

padres (tutor y guardador) pues legislativamente no se obliga someter a dicho tipo de exámenes en situaciones en que exista el peligro de que la persona recién nacida hubiera adquirido enfermedades genéticas u otras enfermedades transmitidas verticalmente (por ej. hepatitis, sífilis, sida, etc.). Debe destacarse que la legislación civil ha delegado en los padres el cuidado de sus hijos sin perjuicio de que en caso de abandono, los padres pueden ser privados de su derecho a la patria potestad (art. 307 inc. 2) o sancionados penalmente por el delito de abandono de persona (art. 106 del Código Penal)".¹⁹

- 2.21.** Una de las visiones prohibicionistas es "deshumanizar" al/a la otro/a, al/a la consumidor/a o drogadependiente, considerándolo/a como un/a sujeto ajeno/a a los valores y moral social a la que supuestamente se aspira.
- 2.22.** En tal sentido, Peter Cohen observa que "a lo largo de la historia de la discriminación (racial, social, religiosa, política y otras), la deshumanización del otro es uno de los aspectos centrales. Deshumanizar al otro es el proceso esencial para comprender cómo algunas clases de discriminación pueden llegar a ser tan violentas. Partiendo de unas imágenes tipificadas de lo que es un consumidor de cocaína y determinadas metodologías de investigación, podríamos afirmar que hemos optado por tratar a los consumidores de cocaína como personas que intencional o desprevenidamente se han desviado de las máximas aspiraciones del ser humano. Nuestras ideologías modernas acerca del objetivo más alto para un ser humano ya no radican en el aceptar la gracia de Dios sino en realizar el "potencial individual". Hemos aprendido a mirar el consumo de la cocaína como una desviación de la aspiración más alta

¹⁹ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

pues la tan llamada adicción hace de los consumidores seres humanos carentes de autonomía y responsabilidad individual. De esta suerte, podemos deshumanizarlos; podemos hacer lo que queramos con ellos...".²⁰

2.23. Así como el autor mencionado enfatiza sus conceptos alrededor de los/as consumidores/as de cocaína, los mismos pueden ser trasladados legítimamente a los/as consumidores/as de otras sustancias. Pero en cambio, tal estigmatización no se da para con los/as consumidores/as de sustancias tóxicas legales (tabaco, alcohol, etc.). Por su parte, De Leo apunta que este tipo de visión se encuentra fundada en dos "premisas erróneas": La primera sería una falsa definición de droga y de toxicodependencia que, "asigna una relevancia determinante a algunas drogas (opiáceos, derivados del cannabis, cocaína, alucinógenos) y excluye o considera mucho menos relevantes a los fines de aquella definición otras drogas (alcohólicas, barbitúricos, psicofármacos, tabaco, etcétera) sin que tal distinción tenga algún fundamento 'objetivo' y científico en relación a los criterios de dañosidad, nocividad, dependencia, etcétera".²¹

2.24. Inchaurreaga, argumentando sobre la contradicción con que se encuentra el argumento maniqueo de que "la droga es mala, por eso su producción, venta y consumo debe estar prohibida", señala en este sentido el hecho irrefutable de que las sustancias más tóxicas y dañinas -como el alcohol y

²⁰ Cohen, Peter "RECHAZO DEL DAÑO. Haciendo las paces con la cocaína y avanzando de reducción de daños al rechazo del daño". Publicado en sitio web: http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/pon_despenalizacion.htm.

²¹ De Leo, G (1987): "La toxicodependencia de los jóvenes: construcción del problema social y modelos interpretativos" en "Poder y Control" N° 2, PPU, Barcelona, citado por Iñaki Rivera Beiras en "El problema-droga y la cuestión carcelaria. Una visión desde España", Universidad de Barcelona.

el tabaco²²- no estén prohibidas y sí por el contrario promocionadas. Paradojalmente los mismos responsables de las políticas oficiales reconocen este carácter dañino...".²³

- 2.25.** De igual manera se expresa Martín Vázquez Acuña al sostener que -en general- se focaliza sobre la licitud o ilicitud de las drogas, pero que la sustancia que causa mayor cantidad de muertes es la sobredosis de alcohol y, sin embargo, el consumo de alcohol no es una práctica prohibida.²⁴
- 2.26.** De tal forma, se produce una situación de discriminación hacia las personas que consumen drogas "prohibidas", criminalizándolas, desociabilizándolas, estigmatizándolas y persiguiéndolas por utilizar las mencionadas sustancias.
- 2.27.** La criminalización de determinadas sustancias impide que las drogas sean conocidas por sus reales efectos sobre el organismo mediante una correcta difusión y educación pública que no se base únicamente en endemoniarlas. De tal forma se permitiría que cuando se hable de tales drogas no se englobe a una multitud de sustancias con efectos muy diferentes (hasta terapéuticos), conociendo que no existen las drogas buenas y malas, sino el buen o mal uso que de ellas se haga.
- 2.28.** Tanto a nivel local como internacional "la guerra a las drogas" ha estimulado comportamientos racistas y xenófobos. "Análisis históricos han mostrado que la criminalización de ciertas drogas -independientemente de la búsqueda de control del consumo- puede operar como mecanismo de segregación y

²² "...en Venezuela se elaboró un anteproyecto (de ley prohibitiva) en 1974 que no llegó a ser discutido '¡porque se les ocurrió a los legisladores incluir en él la regulación sobre el alcohol y el tabaco!'. Neuman, Elías, "La legalización de las Drogas" Buenos Aires, Depalma, 2a Edición, 1997, pág. 15.

²³ Inchaurreaga S.: "Hacia políticas de drogas sostenidas en verdades y no en mitos", en "Las drogas, entre el fracaso y los daños de la prohibición. Nuevas perspectivas en el debate despenalización-legalización".

²⁴ Vazquez Acuña, Martín: "Coerción un factor importante que restringe el acceso de usuarios de drogas y trabajadores sexuales al sistema de salud", en "Drogas: teoría clínica e instituciones, S. Inchaurreaga, comp., edición CEADS UNR, 1997.

control de ciertas poblaciones. Así, en 1909 hubo en Estados Unidos una criminalización diferencial del opio: se prohibió fumar opio pero no se criminalizó el consumo de otras formas de opiáceos como la morfina y la heroína que parecen ser más dañinos en términos de salud. Y en ello jugó un papel esencial [*una xenofobia encubierta*] (...) en los Estados Unidos de parte de los anglosajones contra la población china -principales fumadores de opio en esa época- debido a la competencia creciente de esta minoría en el mercado de trabajo²⁵. Las políticas antidrogas permiten entonces - invocando un valor más allá de toda sospecha como la salud pública- legitimar formas de segregación social".²⁶

2.29. Es interesante reflejar en el contexto actual, donde la política prohibicionista ha sido prácticamente impuesta a nivel internacional por los Estados Unidos, cuáles fueron los resultados discriminatorios, xenófobos y racistas en el seno de dicho país.

2.30. "La política de drogas estadounidense está alimentada por un prejuicio histórico [*en contra de las personas afrodescendientes*] (...), lo que justifica su presencia desproporcionada en el sistema penal. A pesar de que el uso de drogas es relativamente equiparable entre los diferentes grupos étnicos, muchas leyes penales de drogas se basan en parte en la creencia de que [*ciertos grupos de personas*] (...) usan habitualmente ciertas sustancias. Tal fue el caso con el opio y los inmigrantes chinos, el cannabis y los mexicanos, y la cocaína y los afroamericanos."²⁷

2.31. "La aplicación de las leyes de drogas es la motivación primaria que yace tras la actividad de trazar perfiles

²⁵ Ver Rosa del Olmo, "La cara oculta de la droga", Temis, Bogotá, 1986, p 9.

²⁶ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

²⁷ Sekaran, Sharda "ROMPIENDO LAS CADENAS: Crimen y castigo: el sistema de justicia penal y las leyes punitivas de drogas". Trabajo disponible en el sitio web: <http://www.mamacoca.org>

raciales. Cuando se detienen y requisan carros al azar -este azar generalmente brinda una oportunidad para toma de decisiones con base en consideraciones étnicas- los policías rara vez están buscando pruebas sobre crímenes tales como robos en almacenes, atracos, o asesinatos. Más bien están buscando drogas u otras pruebas de actividades relacionadas con las drogas".²⁸

- 2.32.** "Existe una característica cíclica y que se auto perpetua en el tratamiento de [*los/as afrodescendientes y los/as latinos/as*] (...) por el sistema de la justicia penal de los Estados Unidos. Gran parte de la discriminación que recae sobre esos grupos nace de las percepciones de quienes toman las decisiones dentro del sistema de justicia criminal: (1) que la mayoría los crímenes de drogas son cometidos por [*personas afrodescendientes*] (...) y (2) que la mayoría de las [*personas afrodescendientes*] (...) cometen crímenes de drogas. A pesar de ser empíricamente falsas, estas apreciaciones contribuyen a que una parte desproporcionada de la atención en la aplicación de la ley se haya enfocado en las [*personas afrodescendientes*] (...), lo que a su turno lleva a que un mayor número de [*afrodescendientes y latinos/as*] (...) sean detenidos. Las redadas callejeras, las operaciones de infiltración y detención, y otras actividades policíacas exacerban el problema al centrarse en aquellas personas involucradas en transacciones minoristas de drogas en las calles de comunidades de bajos ingresos (en contraste con las actividades de drogas menos visibles y prevaletentes en las comunidades más prósperas). El número desmedido de detenciones nutre las decisiones judiciales y fiscalizadoras que conllevan a disparidades (...) en cuanto a encarcelamientos. El efecto acumulado es la creación de una población carcelaria en la cual [*las personas*

²⁸ Sekaran, Sharda, ob. cit.

afrodescendientes y latinas](...) predominan de manera creciente, lo que a su turno refuerza las percepciones erradas que originan las tipificaciones raciales y de políticas penales de drogas."²⁹

2.33. "Como resultado del encarcelamiento como principal medio para responder a las drogas en los Estados Unidos, actualmente 2 millones de estadounidenses se encuentran en las prisiones federales y estatales del país, 25% de ellos por violación de normas de drogas. Los Estados Unidos encarcela a un mayor número de sus ciudadanos que cualquier otro país del mundo. Los [afrodescendientes](...), latinos e indígenas estadounidenses constituyen la amplia mayoría en el sistema carcelario estadounidense. Sin embargo, en ningún otro sector del sistema de justicia penal se refleja de manera más brutal la disparidad (...) en lo que se refiere a encarcelamiento, detención, condena y sentencias como bajo la guerra de las drogas".³⁰

2.34. La tasa de entrada en prisiones estatales por violación a normas de drogas es tres veces mayor para los varones y mujeres afrodescendientes que para el resto de la población. Un informe de Human Rights Watch encontró que, mientras que el nivel de uso de drogas es equiparable a toda la población, los/as afrodescendientes y latinos/as son más susceptibles a arrestos, procesos judiciales y condenas más largas por violación de normas de drogas. Los/as afrodescendientes representan el 13% del total de usuarios/as de drogas, sin embargo, son el 35% de los arrestados/as por posesión de drogas; el 55% de los condenados/as; y el 74% de los encarcelados/as.³¹ Por su parte, los/as latinos/as

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ Ver Human Rights Watch, *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the Criminal Justice System*, May 2000, Vol. 12, No. 2 (G). <http://www.hrw.org/reports/2000/usa/>.

conforman casi el 50% de los arrestos por violaciones de normas sobre la marihuana³² y los/as indígenas estadounidenses constituyen casi las dos terceras partes de los/as procesados/as en las cortes federales por ofensas penales de drogas.³³

2.35. "Aproximadamente 41.4 millones de hombres afroamericanos (...), está inhabilitada para votar como resultado de condenas por ofensas de drogas. Los [varones afrodescendientes](...) representan más del 36% del total de la población masculina de los Estados Unidos sin derecho a voto aunque constituyen menos del 15% del total de la población masculina estadounidense.³⁴ En 1995, uno de cada tres [varones afrodescendientes](...) entre las edades de 23 y 29 años, o bien estaba en la cárcel, en prisión, o en libertad condicional bajo palabra;³⁵ la mayor parte de ellos había, por lo tanto, perdido el derecho al voto."³⁶

2.36. A nivel local es bastante dificultoso conseguir estadísticas serias que demuestren la discriminación racial o xenofobia padecida por los/as criminalizados/as y prisionizados/as en las cárceles argentinas. Lo que si es sencillo de observar en nuestras prisiones es un amplio margen de personas en condición socio-económica de pobreza procesados/as y condenados/as producto del régimen prohibicionista de la ley 23.737 y principalmente su art. 14.

³² Ver John D. Couriel, *Keep It Real: Recasting the drug debate in terms of accountability and opportunity*. Harvard Political Review, Summer 2000.

³³ Ver U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, "American Indians are Violent Crime Victims at Double the Rate of the General Population," news release, Feb. 14, 1999. www.ojp.usdoj.gov/bjs/ The Sentencing Project, *Losing The Vote: The Impact of Felony Disenfranchisement Laws in the United States*, October 1998.

³⁴ Ver Human Rights Watch. *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs*, May 2000, Vol. 12, No. 2.

³⁵ *Prisoner Nation; Prisons Skew Census Results*, "The Nation", July 17, 2000, No. 3, Vol. 271; Pg. 5

³⁶ Sekaran, Sharda, ob. cit.

- 2.37.** Ello se debe, como hemos dicho, a la selectividad del poder punitivo eligiendo a los/as más vulnerados a fin de criminalizarlos/as secundariamente, por ser -entre otras cosas- quienes cuentan con menores medios de defensa técnica, acceso a asistencia letrada e información sobre posibles variables legales para reducir o conmutar sus eventuales penas (el instituto de la "probation", por ejemplo).
- 2.38.** Sekaran al respecto menciona que "aunque la intención era la de castigar a quienes violaban las leyes de drogas a un alto nivel (...) las leyes han tenido el efecto opuesto: quienes violan con mayores perjuicios las leyes de drogas que son asimismo aquellos que cuentan con un mayor acceso a información valiosa, tienen cómo negociar la reducción de sus penas. Entretanto, aquellos ofensores de menor impacto que no disponen de la información para negociar una reducción de sus penas, se ven sentenciados a condenas en exceso largas".³⁷
- 2.39.** Por lo cual, la diferenciación al acceso a una defensa técnica conforme el poder adquisitivo de los/as imputados/as y la propia selectividad del derecho penal hacia los grupos vulnerados, se refleja como hemos dicho en una mayor criminalización y prisionización de las personas en situación socio-económica de pobreza, lo que significa una conducta discriminatoria para con ellos/as.
- 2.40.** La discriminación -a su vez- trasciende a la persona, atentando también contra su familia. Cuando un creciente número de personas en situación socio-económica de pobreza se enfrenta al encarcelamiento debido a cargos por ofensas a la ley de drogas, los efectos colaterales sobre sus comunidades y familias son innumerables. "Con creciente

³⁷ Sekaran, Sharda, ob. cit.

frecuencia, los niños son criados por sólo uno de sus padres o por los abuelos u otros miembros de la familia extensa debido al encarcelamiento del padre que ejerce la potestad. Los estudios demuestran que los niños separados de sus familias no se desempeñan tan bien en el colegio; tienen mayores problemas de salud física y mental; y corren mayor riesgo de involucrarse con la justicia penal. Finalmente, cuando los padres regresan a sus comunidades, sus condenas por drogas con frecuencia dificultan su vinculación laboral o el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener ciertos beneficios, lo cual afecta su capacidad para reunirse con sus hijos y cuidarlos. En lugar de facilitar modos de vida más sanos, la aplicación de las normas de droga perpetúa la desintegración de las estructuras familiares y comunitarias y genera un ciclo de lucha económica y comunitaria, frente a la cual muchos se ven seriamente impedidos para sobreponerse".³⁸

2.41. Por lo cual, finalmente, la familia es también victimizada por la prohibición, ya que la estigmatización social y legal no sólo señala al/a la imputado/a, condenado/a, "enfermo/a" o "drogadicto/a", sino a la familia toda a la cual se hace responsable solidaria de las "falencias morales" de su hijo/a, hermano/a, sobrino/a, etc³⁹. La "falta de educación" impartida será el menor de los cargos hacia ella dirigida, a los que generalmente se deben sumar la desconfianza social, la persecución, y la supuesta creencia en la mimetización delictual entre ellos/as.

2.42. Concluyendo, podemos decir junto a Nestror Feldman que "la sociedad debe adaptar sus leyes a la realidad. Criminalizar al enfermo es discriminarlo, marginarlo. Me atrevería a

³⁸ Sekaran, Sharda "ROMPIENDO LAS CADENAS: Crimen y castigo: el sistema de justicia penal y las leyes punitivas de drogas".

³⁹ Se vulnera socialmente de tal forma el "principio de intrascendencia" en materia penal.

decir que, desde cierta perspectiva, la despenalización es hasta un hecho humanista".⁴⁰

2.43. Discriminación en el acceso a la salud:

2.43.1. "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)⁴¹, 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..."⁴², configurando a su vez una conducta discriminatoria violatoria del derecho a la igualdad y el principio de NO discriminación.

2.43.2. El derecho a la salud se encuentra garantizado por la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (art. 25 inc. 1º), por el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (art. 12), por la "Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer" (art. 12), por la "Convención sobre los Derechos del Niño" (art. 24) y por el Protocolo Adicional a la "Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988" (art. 10).

⁴⁰ Entrevista a Nelson Feldman, especialista en drogas en el Servicio de Abuso de sustancias del Departamento de Psiquiatría del Hospital Universitario de Ginebra, en diario Clarín del 28 de abril de 2008. Dicho especialista ha brindado recientemente la conferencia "Estrategias de drogas. Reducción de la demanda: prevención, tratamiento y rehabilitación social, modelos de capacitación especializada. Sida y cárceles" en el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, el día 28 de abril del 2008.

⁴¹ Posteriormente ampliaremos este punto.

⁴² Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit. en Nota 9.

- 2.43.3. El efectivo ejercicio de tal derecho está condicionado al acceso a otros derechos, que se encuentran estrechamente ligados por el principio de interdependencia de los derechos humanos, en particular a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a **la no discriminación**, a la vida privada, al acceso a la información, a no ser sometido a torturas, **a la igualdad** y a la libertad de asociación, reunión y circulación.⁴³
- 2.43.4. El Comité creado por el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", ha hecho notar que cuando el art. 12 del referido Pacto hace referencia al derecho al "más alto nivel posible de salud física y mental" no se limita al derecho a la atención de la salud sino que dicho derecho abarca una amplia gama de derechos socioeconómicos que posibilitan el acceso a una vida sana.⁴⁴
- 2.43.5. "De ahí la necesidad que los organismos responsables, nacionales y provinciales, descarten las medidas represivas en lo que se refiere al uso de estupefacientes (o tenencia de drogas para uso personal) y promuevan políticas públicas tendientes a crear las condiciones que posibiliten el acceso a la salud".⁴⁵
- 2.43.6. Esta situación fue puesta de manifiesto por el Diputado Gorbacz en un Proyecto de Resolución presentado recientemente en el cual solicita al Poder Ejecutivo

⁴³ Aplicación del Pacto Internacional de Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4"

⁴⁴ Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4"

⁴⁵ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit. en Nota 9. Ver también: "Libro Básico sobre Medidas para Reducir la Demanda Ilícita de Drogas" División Estupefacientes, Viena, Naciones Unidas, Nueva York, 1980, pág. 3; Rajland, Beatriz "La Pretensión de Salud en una Sociedad Insalubre" en "Bioética: entre utopías y desarraigos" Libro homenaje a la Profesora Dra. Gladys J. Mackinson, Editorial Ad-Hoc, pág. 75 a 87.

Nacional que "realice una reformulación de los organismos del Estado Nacional que se ocupan de la política de drogas, a los fines de que los aspectos relacionados con la prevención y asistencia de las adicciones queden bajo la órbita del Ministerio de Salud, separado de las tareas de persecución del narcotráfico que debieran centralizarse en las otras áreas correspondientes del Gobierno Nacional".⁴⁶

2.43.7. En ese sentido, el mencionado proyecto destaca "la postura que adoptó el Estado Argentino en la Sesión Extraordinaria de la Naciones Unidas realizada en el mes de marzo de 2008, respecto a su intención de reformular las políticas de drogas y de modificar las normas que legislan el tema en nuestro país".⁴⁷

2.43.8. "El derecho al acceso a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud y este derecho esta estrechamente vinculado, como ya se dijera, a los demás derechos fundamentales. El Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (del Pacto del mismo nombre) ha señalado que una de las condiciones esenciales del derecho a la salud deviene ser la accesibilidad a los establecimientos de bienes y servicios de salud. La prohibición y la marginalidad clandestiniza al usuario de drogas, situación que condiciona el contacto de los usuarios con las instituciones sanitarias u otros organismos de asistencia social, ya que identifica los mismos con la agencia policial; representándose el peligro concreto de ser detenidos, ello trae aparejado que los usuarios de drogas no se acerquen a los centros de atención voluntariamente,

⁴⁶ Cfr. Proyecto de Resolución 1730-D-2008.

⁴⁷ Ídem.

privándolos no solamente de la acción terapéutica que necesite a raíz del consumo, sino también de la atención médica que urgen otras patologías (hepatitis B y C, Sida, cáncer; endocarditis, embolias, abscesos pulmonares, etc.) y la posibilidad de recibir información acerca de cómo evitarlas (por ej. en relación al virus HIV el uso de condones, la no utilización de jeringas compartidas, descontaminación de agujas, etc.). Por otra parte al encontrarse penalizado el consumo de drogas, los usuarios clasifican la categoría de "delincuente" y, en consecuencia, pasan a ser marginados por gran parte de nuestra comunidad lo que los hace inaccesibles a cualquier intervención en materia de prevención y asistencia (en sentido amplio), dando lugar a mayores desigualdades sociales".⁴⁸

2.43.9. "Teniendo en cuenta el impacto negativo de las políticas criminalizadoras en relación al usuario de drogas, el Comité ha señalado que la temática no puede resolverse mediante el recurso de medidas represivas, sino por intervenciones que garanticen el Derecho a la Salud de aquéllos; los adictos a las drogas no deben ser considerados 'delincuentes' sino más bien víctimas o pacientes."⁴⁹

2.44. Violación del "bien jurídico protegido". La Salud Pública:

2.44.1. Recordemos que el bien jurídico protegido por la ley N° 23.737, a partir del cambio de paradigma de su antecesora ley 20.771 que tutelaba supuestamente "la seguridad nacional"⁵⁰ mediante una postura beligerante aún mucho más

⁴⁸ Vázquez Acuña, Martín "Uso de Drogas, Ley Penal y Derechos Humanos", pág. 242. Citado en Op. cit. Nota 7.

⁴⁹ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9. Ver también: Toebe, B. "Towards an improved understanding of the International Human Right to Health" en "Human Rights Quarterly", Ed. Johns Hopkins University Press, Maryland, 1999, vol. 21, N° 3, pág. 661.

⁵⁰ "En la ley 20.771 aparece como objeto la "seguridad nacional" ya que en ese momento el estereotipo construido era droga-guerrilla". Entrevista efectuada a

arraigada, es actualmente "la salud pública". La exposición de motivos de las comisiones informantes en motivo del debate de la ley, dejaron en claro que con la norma en cuestión se estaba ejerciendo un rol fundamental "el Estado no resigna su obligación primaria (...) la de proteger la salud pública".⁵¹

2.44.2. "No obstante surgir de la ley actual, 23.737, como función manifiesta la protección de la salud pública, la política estatal en lugar de ubicar la cuestión 'drogas' como preocupación sanitaria, la convierte en foco de atención de la seguridad ciudadana".⁵²

2.44.3. 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 conlleva muchísimos daños a la salud pública.

2.44.4. Silvia Inchaurraga y Gustavo Hurtado, de la Asociación de Reducción de Daños de la Argentina (ARDA), son contundentes respecto de ello. Aseguran que "esta respuesta penal condiciona el contacto del usuario de drogas con las instituciones de salud en razón de representarse la

Horacio Cattani por Marcelo Ferrari, aparecida en la Revista "Documental n° 2" de la Dirección de Salud Mental de la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Oct./Nov. 1997. "Confirma lo afirmado por Cattani lo expuesto en el mensaje de envío de la ley al Congreso de la Nación, el 22 de agosto de 1974, en el que se puntualiza la necesidad de que sea la justicia federal la que tenga competencia en esta materia "por ser las conductas a reprimir atentatorias a la seguridad nacional, pues afectan al ser humano, provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad. Es en consecuencia un imperativo de la defensa nacional la preservación del individuo en todos los aspectos concernientes a su interrelación social". Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

⁵¹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, reunión 61°, 22 de Febrero de 1989, páginas 7728-29, República Argentina.

⁵² Vázquez Acuña, Martín "El usuario en la Actual Política de Drogas", pág. 74.

posibilidad cierta de ser detenidos..."⁵³, ratificando como hemos dicho la existencia de una conducta discriminatoria para con dichos/as usuarios/as de drogas conforme el Art. 1 de la Ley 23.592.

2.44.5. Recientemente el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Aníbal Fernández, ha afirmado al respecto que "debemos terminar con un sistema que atrapa al consumidor y lo criminaliza sin darle tan siquiera el derecho a la salud. (...) El derecho a la salud es un derecho al que todos deben acceder en forma igualitaria. Si no se puede curar una enfermedad, es justo paliar sus efectos adversos. Hoy, el 80% de los casos que llegan a la justicia penal son de tenedores para consumo, de los que casi la totalidad prescriben sin que reciban tratamiento médico"⁵⁴, configurándose así nuevamente una conducta discriminatoria para con ellos/as.

2.44.6. De tal forma, se vulnera el derecho a la salud de los/as consumidores/as de estupefacientes, debiéndose -por el contrario- asistirlos/as, por un lado mediante tratamientos terapéuticos voluntarios que conlleven a la identificación propia del problema que comporta el uso de tales sustancias, y por su parte el tratamiento médico de las diversas consecuencias disvaliosas para la salud que el uso o abuso de estupefacientes significa. Cabe finalmente exponer que a las personas sometidas a tratamiento deben respetársele los derechos fundamentales, tales como: 1) el de recibir un trato digno; 2) a recibir la mejor atención disponible en materia de asistencia; 3) derecho a dar su consentimiento y de ser informado/a previamente de cualquier tratamiento en

⁵³ Inchaurreaga, Silvia y Hurtado, Gustavo "Sobre Drogas y Políticas", prefacio a Las drogas: entre el fracaso y los daños de la prohibición". ARDA.

⁵⁴ Dr. Aníbal Fernández en Diario Clarín del 11 de marzo de 2008, "Replanteo del Gobierno en la política de penalización del consumo de drogas. Lo anticipó el ministro de Justicia en una reunión de la ONU sobre estupefacientes".

la medida en que pueda comprender, y en su caso su representante legal; 4) derecho a no verse restringido en su libertad ambulatoria más allá de lo que su tratamiento demande y en los casos de la ley 23.737, el límite debe estar dado por el monto de la pena (principio de proporcionalidad y racionalidad).⁵⁵

2.45. La penalización y la discriminación por vivir con vih/sida:

2.45.1. La ley 23.737, "legitimando la realidad que construye desde sus supuestos, aleja al consumidor de drogas y al drogadependiente del sistema de salud, marginándolo también de las posibilidades de prevención del hiv/sida entre tantas cosas".⁵⁶

2.45.2. El hecho de que la penalización fuerce a los/as consumidores/as de drogas a ingresar a estos escenarios de clandestinidad, muy alejados de los servicios de salud, tiene una de sus expresiones más contundentes en cómo ello ha sido un factor que ha gravitado en el aumento de la propagación del virus del vih/sida.

⁵⁵ "El art. 16 hace mención al supuesto de los condenados por cualquier delito que dependieran física o psíquicamente de estupefacientes, el juez debe imponer además de una pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y "rehabilitación" por el tiempo necesario a esos fines, y la misma cesará por resolución judicial previo dictamen de peritos que así lo aconsejen. Debe destacarse que esta norma, al igual que las que le siguen, no prevén que el plazo límite de la medida de seguridad resulte ser el monto de la pena impuesta, lo que resulta a todas luces irrazonable. (ver Vázquez Acuña, Martín E. "Uso de Drogas, ley penal y los Derechos Humanos" en "Las Drogas en el siglo...¿que viene?", pag. 243, Edición Fundación Acción para la Comunidad - 1999). A su vez, Donna señala, con relación a las medidas de seguridad, que se debe acatar el principio de legalidad, que no solo implica que una persona debe tener conocimiento de la descripción típica legal del hecho (en qué consiste el delito), sino también de sus consecuencias, entre ellas el plazo de la medida de seguridad (ver Donna, E, "El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad", Suplemento de Jurisprudencia Penal - La Ley - mayo 1997)." Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

⁵⁶ Inchaurreaga, Silvia y Siri, Pablo "REDUCCIÓN DE DAÑOS Y POLÍTICAS DE SALUD UNA EXPERIENCIA EN UN HOSPITAL PUBLICO DE SALUD MENTAL DE ROSARIO". Publicado en el sitio web de ARDA (www.infoarda.org.ar).

- 2.45.3. En muchas partes del mundo el consumo de drogas intravenosas es la principal causa de transmisión de vih. Ese lazo se produce cuando las drogas se inyectan y se utiliza un material contaminado. Además, es un hecho reconocido que el consumo de ciertas drogas puede hacer aumentar un comportamiento sexual de riesgo que a su vez puede favorecer la transmisión del vih.
- 2.45.4. De los diferentes modos de transmisión del virus que existen, la inyección directa de una sustancia contaminada por el vih en el torrente sanguíneo es el más eficiente de todos ellos: mucho más aun que la transmisión por vía sexual. Por tanto, el consumo de drogas y el vih juntos forman una combinación explosiva.
- 2.45.5. "El uso de drogas intravenosas tiene un papel capital en la manera y el momento en que [el virus del] (...) vih empieza en una determinada región y en cómo sigue extendiéndose. En realidad, en algunas partes del mundo el consumo de drogas intravenosas ha contribuido al inicio repentino de [el virus del] (...) de vih".⁵⁷
- 2.45.6. "En los enfermos de sida mayores de 12 años de ambos sexos, la principal vía de transmisión, teniendo en cuenta el total de notificaciones en todo el país, es el uso de drogas intravenosas con el 40%, seguido por las vías de transmisión sexual, primero con el 27,9% transmisión heterosexual y luego con el 21,1% transmisión homosexual...".⁵⁸
- 2.45.7. "Estamos hablando de más de 10.000 personas infectadas por uso compartido de jeringas. Pero dicha cifra dista mucho de

⁵⁷ "Consumo de drogas y vih/sida", comunicación del Onusida presentada en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre drogas. Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida, Comité Plenario, Nueva York, 9 de junio de 1998.

⁵⁸ "Boletín sobre Sida en Argentina" N° 21, agosto de 2002. Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus del Humano Sida y ETS, Ministerio de Salud de la Nación, República Argentina.

dar cuenta de la realidad [el virus del] (...) vih/sida en la Argentina ya que es un cálculo realizado sobre el número de casos registrados, con el consabido retraso en la llegada de la información y un importante grado de subregistro. De todas maneras estos registros se refieren a [las personas que viven con vih/sida], que son las situaciones cuya notificación es obligatoria. O sea que los registros no incluyen a las personas viviendo con vih, población que se estima entre 100.000 y 150.000 personas.”⁵⁹

2.45.8. “En este aspecto debe señalarse que según informa el Programa Nacional de SIDA (Fuente: Programa Nacional de Lucha contra el vih/sida - Ministerio de Salud de la Nación sobre los casos notificados de [personas viviendo con vih/sida] entre el año 1982/agosto 2003) un porcentaje importante de las personas infectadas por el vih (36%) lo fueron por vía intravenosa, sin perjuicio de que las estadísticas no nos permiten distinguir en la franja de transmisión por vía sexual, si alguna de las partes son [usuarios/as] de drogas (...), pues no puede escaparse que la ingesta de drogas, legales o ilegales, es facilitadora de la transmisión del virus. Ante tal fenómeno, el Estado sólo ha respondido con políticas públicas basadas en las lógicas médicas y jurídicas, limitando seriamente el derecho a la salud de la población en general y de los usuarios de drogas en particular”.⁶⁰

2.45.9. Otras investigaciones, más focalizadas, nos arrojan cifras aún más desalentadoras, “estudios realizados en la ciudad de Rosario y Buenos Aires indican que más de la mitad de los

⁵⁹ Extractos del Proyecto legislativo de Nota 1.

⁶⁰ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

usuarios de drogas inyectables están infectados por el virus del vih/sida".⁶¹

2.45.10. "Estudios indican que en Rosario, Argentina, el 60 % de los UDI [*Usuarios de Drogas Intravenosas*] están infectados, estando más del 90% sin contacto con el sistema de salud. Un estudio reciente en Buenos Aires sugiere que el 57 % de los UDI están infectados."⁶² Estas alarmantes situaciones provocaron que en su momento, las autoridades orientaran y legitimaran un abordaje sanitario basado en la implementación de programas de reducción de daños, incluyendo distribución de jeringas.⁶³

2.45.11. Entonces, la incriminación del uso de drogas ha contribuido al crecimiento del virus del vih/sida en la Argentina, pues dificulta de modo ponderable las actividades de asistencia y prevención, a lo que se suma la ausencia de estrategias alternativas.

2.45.12. La evidencia va siendo proporcional al reconocimiento de tal problemática, es así que "advirtiendo las trágicas consecuencias que conlleva mantener la actual política, los ministros de salud de los países iberoamericanos -aunque, aún hoy, en muchos de esos Estados la misma no ha sido

⁶¹ Inchaurreaga, Silvia y Siri, Pablo: "Uso de drogas inyectables y VIH en Rosario, Argentina", revista "Adicciones", pag. 403-411, vol. 11, N°4, 1999, España.

⁶² Documento de Reducción de Daños de la Asociación Internacional (IHRA), Red Asiática (AHRN) y Red Latinoamericana (RELARD) presentado en ocasión de la sesión especial sobre VIH/Sida en la Asamblea de Naciones Unidas, en "Drogas haciendo posible lo imposible" . Inchaurreaga S., comp., edición CEADS, ARDA, 2002, página 189.

⁶³ Ver Inchaurreaga, Silvia y Siri, Pablo "REDUCCIÓN DE DAÑOS Y POLÍTICAS DE SALUD UNA EXPERIENCIA EN UN HOSPITAL PUBLICO DE SALUD MENTAL DE ROSARIO". Publicado en el sitio web de ARDA. "Las primeras intervenciones en materia de reducción de daños aparecen en el año 1994 en la ciudad de Rosario y en la Provincia de Buenos Aires, y fueron llevadas a cabo por el "Centro de Estudios Avanzados en Drogadependencia y Sida de la Universidad de Rosario" y la Organización no gubernamental "Intercambios". En la actualidad se han desarrollado múltiples actividades de este tipo siendo implementados dicho tipo de acciones por organismos gubernamentales y no gubernamentales en varias regiones de nuestro país." Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

modificada- señalaron en una declaración de 1993: Nos preocupa la importancia de las drogas inyectables en la expansión [del virus del] (...) sida en la región, así como las posturas políticas y las normas jurídicas en relación con el uso de drogas, que han limitado la implementación de medidas eficaces de prevención y control de HIV/sida entre usuarios de drogas y entre parejas sexuales. Por ello recomienda revisar las políticas político-jurídicas relacionadas con el uso de drogas con el propósito de asegurar y facilitar la implementación de acciones de prevención y control de VIH/sida entre usuarios de drogas y parejas sexuales, dentro del marco del conocimiento del tema y de las experiencias nacionales internacionales".⁶⁴

2.45.13. En el Plan de Acción aprobado en 1999 para aplicar la Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas de la UNGASS [*Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el vih/sida*], los países se comprometieron a ofrecer "todo el espectro de servicios, incluida la reducción de las consecuencias perjudiciales para la sociedad y la salud del uso indebido de drogas". La Declaración de compromiso en la lucha contra el vih/sida adoptada por la UNGASS en junio de 2001 insta explícitamente a las naciones a garantizar para 2005 un mayor acceso a equipo esterilizado para inyecciones y fomentar "actividades para la reducción de los daños causados por el consumo de drogas".

2.45.14. Es de destacar que la ley 23.798⁶⁵, "Ley de Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida - SIDA" (1989) y su

⁶⁴ Recomendación 4° de la reunión "Salud y desarrollo: sida, una cuestión social y económica". Brasilia, 24 al 27 de mayo de 1993, citada por Martín Vázquez Acuña en "Uso de drogas, ley penal y los derechos humanos". En el mismo sentido "Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos" adoptada en 1997 por la "Resolución de la Comisión de Derechos Humanos" 1997/33 y la "Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías" 1997/40.

⁶⁵ B.O. 20/9/1990

decreto reglamentario 1244/1990⁶⁶, establece en el art. 1 "Declárase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, al diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar la educación de la población" y el art. 4 prescribe "A los efectos de esta ley las autoridades sanitarias deberán: f) el Poder Ejecutivo arbitrará medidas para llevar a conocimiento de la población las características del sida, las posibles causas o medios de transmisión y contagio, las medidas aconsejables de prevención y los tratamientos adecuados para su curación, en forma tal que se evite la difusión inescrupulosa de noticias interesadas".

2.45.15. De tal forma, es obligación legal la "detección e investigación" de los agentes causales de la enfermedad, como así también "las medidas tendientes a evitar su propagación", arbitrándose las medidas para "llevar a conocimiento de la población las características del SIDA, las posibles causas o medios de transmisión y contagio". Ante el conocimiento cabal de que el uso de drogas inyectables es una causa o medio de transmisión del virus, pareciera obligada la tarea del Estado en difundir los conocimientos y medios necesarios a la población para que ello no siga aumentando debido a la aplicación irracional y única de medidas prohibicionistas.⁶⁷

⁶⁶ B.O. 8/7/1991

⁶⁷ En este sentido el poder punitivo debe ser cauteloso y racional con la aplicación del art. 28 primer párrafo de la ley 23.737: "este tipo penal describe en el aspecto objetivo la conducta de 'impartir públicamente instrucciones sobre el uso de estupefacientes'. Esta norma exige, claro está, que tal proceder esté destinado nuevamente a estimular el consumo; no pudiendo interpretarse que la información acerca de cómo evitar el contagio del VIH o la intoxicación por el uso de drogas implique un aliento para ello. Aún cuando se forzara la adecuación

2.45.16. La Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR) dictó la Resolución n° 351/2000 influenciada por la Resolución n° 44/3 (año 2000) de la Asamblea de Naciones Unidas, que entre otros requerimientos, "pide a los Estados Miembros que conciben estrategias y amplíen el acceso y la disponibilidad de los servicios destinados a los toxicómanos que no estén integrados o atendidos en los servicios y programas existentes, y que se hallen expuestos a un alto riesgo de grave daño a su salud, enfermedades infecciosas relacionadas con drogas e incluso accidentes fatales, para prestar asistencia a esos toxicómanos para la reducción de los riesgos para la salud pública individual".

2.45.17. Resulta evidente, que de no modificarse la legislación vigente en materia de drogas, ésta seguirá contribuyendo a la expansión del virus. "En los últimos años el consumo y la adicción a las drogas ha venido tomando nuevas formas, en especial, por la marca que le impuso [el virus del] (...) VIH-SIDA. Los problemas ocasionados por las condiciones en las que los sujetos consumen drogas se han mostrado mayores que los problemas ocasionados por la droga misma. Condiciones de ilegalidad, marginalidad y estigmatización. Condiciones de insalubridad y desinformación".⁶⁸

de dichas conductas a las normas citadas, violándose de esta forma el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), dichos procederes resultan ser atípicos ya que tienden a reducir un riesgo para el bien jurídico Salud Pública que busca proteger. Como señala Roxin lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal (Roxin, Claus 'Problemas Básicos del Derecho Penal' pag. 131 y ss.); Raúl Zaffaroni (ver 'Derecho Penal, Parte General', pag. 461/480, Editorial Ediar.º1 Año 2000) propone la misma solución a partir del concepto de atipicidad conglobante. Dice el autor citado, que para establecer si una conducta es típica penalmente debe analizarse si dicha conducta se realiza en cumplimiento de un deber jurídico. En el tema que nos toca, las actividades de la reducción de daños son mandadas por los tratados de jerarquía constitucional ya mencionados (el derecho a la salud) y la ley nacional de SIDA..." Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

⁶⁸ "¿Qué es la reducción de Daños?", informe publicado en sitio web de ARDA.

2.45.18. Entonces la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal, al marginalizar directa o indirectamente a los grupos vulnerados involucrados, viola sus derechos humanos al restringirles el derecho de acceder al sistema de salud. Todo lo cual, conduce a conductas encuadrables en la denominada "ley antidiscriminatoria" N° 23.592.

2.45.19. Esta realidad nos empuja a buscar nuevas respuestas. Respuestas que deben ser pensadas desde una lógica diferente. Desde el paradigma del respeto por las diferencias y los derechos humanos de todas las personas, consuman o no drogas, y desde una política de salud incluyente, que resuelva o al menos reduzca los problemas y los daños asociados al consumo de drogas, y no que los incremente.

3. Normativa internacional y su contexto:

3.1. A nivel internacional, las políticas públicas están enmarcadas principalmente en las disposiciones de la Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes y el Protocolo de Modificación de la Convención Única de 1961, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, y el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes Psicotrópicos.

3.2. El Convenio Único sobre Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961⁶⁹ es la base legal que la mayoría de los Estados utilizan para la elaboración de sus políticas orientadas a eliminar el

⁶⁹ Adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas reunida a tal efecto el 30 de marzo de 1961 [v. p. 1760]. Suscripta por la República Argentina el 31 de julio de 1961, aprobada mediante Decreto-Ley N° 7672/63 del 13 de setiembre de 1963 y ratificada el 10 de octubre de 1963. Modificada por el Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, abierto a la firma en Ginebra el 25 de marzo de 1972, suscripto por la República Argentina en la misma fecha y aprobado mediante Ley N° 20.449.

cultivo, la producción, el comercio y el consumo de drogas ilícitas.

- 3.3. Dicho convenio no hizo más que ratificar el imponente liderazgo de los Estados Unidos de América en el movimiento jurídico internacional en materia de drogas que se remonta a principios del siglo XX.
- 3.4. Así se pautó, en el plano internacional, una política global que se plantea eliminar la producción y el consumo de drogas a través de la intervención pura y férrea de los aparatos punitivos de los Estados.
- 3.5. Sucesivamente se produjeron el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas en 1971 en Nueva York y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1988 en Viena, que avanzaron en el mismo sentido, profundizando el carácter represivo y restrictivo de la política global contra las drogas.
- 3.6. Adscribiendo a ese marco normativo internacional, gran parte de países practican la denominada "tolerancia cero" o "prohibicionismo", lo cual implica instaurar normativamente una política de control total del ciclo de la droga. En ese encuadre, la respuesta excluyente al problema de las drogas se halla en el sistema penal, criminalizando a una parte de la sociedad.
- 3.7. "La Convención Única sobre estupefacientes de 1961 -que fue la que finalmente estableció una prohibición universal y absoluta de ciertas drogas- sólo habla de los eventuales problemas sociales y de salud ligados a la toxicomanía; es una convención centrada en los problemas primarios, y por eso no menciona nunca fenómenos como la existencia de organizaciones criminales, la

violencia o la inestabilidad institucional. En cambio, la Convención de Viena de 1988 está centrada en los efectos corruptores del tráfico de drogas sobre los Estados y la economía. Habla por ejemplo de `los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estado'. Podemos entonces decir que la Convención de Viena de 1988 está centrada en controlar `los problemas secundarios' derivados de la prohibición. Esto significa que la Convención de 1988 busca controlar los males que provocó la propia Convención de 1961(...), pero para ello y contra toda lógica recurre a la misma fórmula de 1961 pero acentuada: la prohibición extrema bajo forma de guerra a las drogas".⁷⁰

3.8. "Como bien lo señala De La Cuesta Arizmendi, los países ratificantes de las convenciones mencionadas han buscado de manera exclusiva, como una única respuesta al problema de las drogas, al sistema penal, obligándose a tipificar como delito la posesión de estupefacientes para consumo personal, claro está, bajo la condición de que lo autorice el sistema interno. Se intenta buscar en la norma penal, parafraseando a Pound, que la ley haga el trabajo que es propio de otros espacios, llámese agencias sociales, de salud pública, etc".⁷¹ Por su parte, Baratta apunta bien al señalar que en esta nueva "guerra santa" se combate, aparentemente en nombre de la Salud Pública, del bien y de la civilización, pero en verdad se lo hace

⁷⁰ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

⁷¹ Ver Vázquez Acuña, Martín E. "Uso de Drogas, ley penal y los Derechos Humanos" en "Las Drogas en el siglo...¿que viene?", pág. 234, Edición Fundación Acción para la Comunidad - 1999 citado en Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E. "LAS POLITICAS PÚBLICAS Y LOS USUARIOS DE DROGAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA: Entre la Coerción y el Derecho a la Salud." Publicado en el sitio web de la ARDA, Asociación de Reducción de daños de la Argentina, (www.infoarda.org.ar). Dicho trabajo contó con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

exclusivamente contra un pequeño número de consumidores/as de drogas consideradas ilícitas.⁷²

3.9. El art. 20 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971 señala lo siguiente: "Las Partes adoptarán todas las medidas posibles para prevenir el uso indebido de sustancias psicotrópicas y asegurar la pronta identificación, tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas y coordinarán sus esfuerzos en este sentido".

3.10. En las Naciones Unidas "se empieza a vislumbrar un creciente interés por abordar el tema de la demanda. Vale la pena recordar cómo la Comisión de Estupefacientes en su 27º período de sesiones, celebrado en 1977, reconoció la necesidad de evaluar los conocimientos existentes sobre la prevención del uso indebido de drogas, el tratamiento y la rehabilitación, solicitando que esa información se presentara en forma de una guía que ayudara a las autoridades nacionales (Naciones Unidas, 1982:1). El resultado fue la publicación, estructurada por la División de Estupefacientes, del *Libro básico sobre medidas para reducir la demanda ilícita de drogas*, cuya primera edición es de 1980. Tal como se apuntó anteriormente, la Convención Única de Estupefacientes de 1961, así como el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, incorporaron la inquietud por adoptar medidas para reducir el uso indebido de drogas, pero dándole prioridad al individuo consumidor, quien, al percibirse como enfermo, debía ser sujeto a tratamiento médico. Simultáneamente, era considerado 'peligroso' para sí y para su

⁷² Baratta, A. "Fundamentos Ideológicos de la Actual Política Criminal sobre Drogas", en "La Actual Política Criminal sobre Drogas - Una perspectiva comparada", págs. 22/36.

entorno, como lo demuestra la implantación de las medidas de seguridad, sugeridas en el Convenio de 1971".⁷³

3.11. Aumento de la demanda de estupefacientes y consecuente aumento de las causas penales:

3.11.1. Actualmente, cabe preguntarse sobre los resultados de tal política prohibicionista, pero para ello deben realizarse todos los esfuerzos posibles por dar especial importancia al peso de los hechos y realizar un acercamiento racional al debate de la política de drogas.

3.11.2. A pesar del recrudecimiento de las medidas represivas en todos los campos, el comercio ilegal de drogas, su producción y tráfico, su uso y su abuso -lejos de disminuir- ha aumentado.

3.11.3. "Las cifras difundidas por la Organización de las Naciones Unidas indican que el consumo de cannabis, heroína, cocaína, éxtasis y otras drogas ilícitas se ha disparado, mientras que el precio al por mayor y al menudeo ha decrecido. La misma ONU nos informa que la amplitud del negocio de las drogas ilícitas continúa creciendo persistentemente, sin que se acierte con una política que contenga realmente una estrategia contra los narcotraficantes".⁷⁴

3.11.4. En Estados Unidos, principal promotor internacional del prohibicionismo, "...se señala que en 1974 habían probado cocaína 5.400.000 personas, y para 1982 eran 21.000.000"⁷⁵, y en 1997 Clinton, presidente de los EEUU "se sinceró ante el mundo sobre la utilización de drogas en su país. (...)

⁷³ Autores Varios, "POLÍTICA CRIMINAL, DERECHOS HUMANOS Y SISTEMAS JURÍDICOS EN EL SIGLO XXI" Volumen de homenaje al prof. dr. Pedro R. David. LexisNexis - Depalma. 2001.

⁷⁴ Extracto de los Proyectos de ley referenciados en nota 1.

⁷⁵ Neuman, Elias, op. cit. en nota 22, pág. 21.

Señaló que en los EEUU, que cuenta con el 5% de la población mundial, se consume el 50% de las drogas que se producen en el mundo".⁷⁶ Según el reporte 2000 de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) de la ONU, "El mundo se droga cada vez más, sin importarle si lo que consume es legal o ilegal".⁷⁷

3.11.5. En el Informe Mundial sobre Drogas, presentado en enero del 2001 en Viena, por la Oficina de la ONU para el Control de los Estupefacientes y la Prevención del Crimen (UNDCP), se señala que unos 180 millones de personas, es decir el 4,2% de la población mundial mayor de 15 años, consume drogas ilegales y, habitualmente, toman más de una sustancia. En el mismo reporte se puntualiza también que el decomiso afecta sólo al 8% del total de la producción y el tráfico.

3.11.6. En el 46° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes de la ONU, realizado en Viena, entre el 8 y el 17 de abril de 2003, dicho informe fue presentado, y entre sus conclusiones se plantea que "aunque algunos países han logrado cierto éxito en la fiscalización y reducción de la demanda de drogas ilícitas, el uso indebido de drogas sigue propagándose en todo el mundo. En particular, ha aumentado marcadamente en algunos países en desarrollo".⁷⁸

3.11.7. Podemos coincidir con Juan Tolkatlian en que "Hoy se consiguen en todo el hemisferio, más drogas, de mejor

⁷⁶ Ídem, pág. 32.

⁷⁷ La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) de la ONU "es un órgano de fiscalización independiente y cuasi judicial (...) encargado de vigilar la aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas. La Junta se estableció en el año 1968 mediante la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Sus predecesores en virtud de los anteriores tratados de fiscalización de drogas datan de la época de la Sociedad de las Naciones." Fuente: <http://www.incb.org/incb/es/mandate.html>, sitio web oficial de la JIFE.

⁷⁸ Informe del director ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID). Optimización de los sistemas de recolección de información e identificación de las mejores prácticas para enfrentar la demanda de drogas ilícitas. 18 de febrero de 2003. Presentado en la Comisión de Estupefacientes de la Organización de Naciones Unidas. Viena, 8 a 17 de abril de 2003.

calidad, de mayor pureza y a precio menor que hace dos décadas. Hoy proliferan, a lo largo y ancho del continente, poderosas mafias que, en varios casos, ya superan en poder a los Estados, y que controlan amplias regiones en diferentes países. Hoy el negocio de los narcóticos genera, de Alaska a la Patagonia, más rédito económico, influencia social y aceptación política que hace tres lustros. Hoy se ha incrementado, desde Washington hasta Buenos Aires, la violencia urbana ligada al emporio de las drogas".⁷⁹

3.11.8. En nuestro país, "durante los ochentas, el usuario de drogas resulta ser politoxicómano, es decir, consume simultáneamente diferentes tipos de sustancias; asimismo siguen los psicofármacos siendo las drogas de mayor uso, resultando ser los fármacos de mayor consumo los siguientes: 'talasa', 'tamas', 'sales de anfetamina' y 'lentosín', y otros remedios antitusivos; además se manifiesta altamente creciente el consumo de inhalantes (poxi-ran), al igual que el alcohol; en cuanto a las drogas consideradas ilegales la de mayor consumo resulta ser la marihuana y en menor grado la cocaína y se registra un aumento por vía parenteral de 'codeína' y sus derivados; también se confirma un claro corrimiento con respecto a la edad de iniciación del consumo de drogas (entre 12 y 14 años)".⁸⁰

3.11.9. Actualmente el 3% de la población argentina de 15 a 64 años consume marihuana; 0,3% de 15 a 64 años consume cocaína;

⁷⁹ Toikatlian, J. G.: "Ante el fracaso de la estrategia contra las drogas", La Nación, Buenos Aires 20/10/1999. Profesor de la Universidad de San Andrés y FLACSO, citado por Gustavo Hurtado en "Las drogas, entre el fracaso y los daños de la prohibición. Nuevas perspectivas en el debate despenalización/legalización", CEADS-UNR/ARDA, Santa Fe, marzo 2003.

⁸⁰ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E. "LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LOS USUARIOS DE DROGAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA: Entre la Coerción y el Derecho a la Salud." Publicado en el sitio web de la ARDA, Asociación de Reducción de daños de la Argentina, (www.infoarda.org.ar). Dicho trabajo contó con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

0,1% de 15 a 64 años consume éxtasis y 0,6% de la población argentina de 15 a 64 años consume anfetaminas.⁸¹

3.11.10. "De acuerdo con el Segundo Estudio Nacional sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas en Población Escolar de la Argentina, el 3,5 por ciento de los estudiantes consumieron droga alguna vez en su vida, un aumento del 170 por ciento en apenas cuatro años. El uso de pasta base, el tristemente célebre 'paco', creció del 0,7 por ciento al 2,6, lo cual representa más del 200 por ciento de incremento. El consumo de todas las sustancias adictivas va en aumento en nuestro país a medida que se eleva la edad de los estudiantes, con la sola excepción del 'paco', que tiene una adhesión similar en los jóvenes de entre 13 y 17 años. Según el primer estudio comparativo sobre consumo de drogas en alumnos secundarios en América del Sur, realizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y la Comisión Interamericana para el Control de Drogas de la Organización de Estados Americanos, la Argentina es el país con más alto consumo de cocaína entre estudiantes secundarios y el segundo por el uso de pasta base".⁸²

3.11.11. De tal forma observamos que la aplicación de políticas "prohibicionistas" o de "tolerancia cero" no han logrado disminuir la demanda de sustancias psicotrópicas, sino que durante los largos años de su implementación sin replanteos, la demanda ha ido en progresivo aumento. En la actualidad son más los/as consumidores/as, los/as abusadores/as, los/as dependientes de tales sustancias y consecuentemente los/as criminalizados/as o prisionizados/as por dicha política represiva.

⁸¹ Fuente: Clarín.com, "Ya hay polémica por el fallo que preparan en la Corte sobre drogas", Lunes 24 de Marzo 2008.

⁸² Fuente: La Nación Online, "Tráfico de drogas al menudeo", 19 de marzo de 2008.

3.11.12. A nivel interno las causas por supuestas infracciones a la Ley Nacional N° 23.737 en la Justicia Penal son:

- Un total de 27.180 son las causas que se iniciaron durante 2006 por violación a la ley de drogas en los juzgados de todo el país.
- Un total de 12.800 es la cantidad de causas iniciadas por drogas que eran de "tenencia para consumo". Representan el 47 por ciento del total.
- Un total de 204 son las causas por tenencia que llegaron a juicio. Sólo en 3 hubo condena, mientras 225 de los/as procesados/as estuvieron privados/as de su libertad.⁸³

3.11.13. La mencionada Ley N° 23.737 penaliza severamente a una cantidad considerable de verbos típicos realizados por el/la que siembre, cultive, produzca, fabrique, extraiga, prepare, comercie, distribuya, de en pago, almacene, transporte, entregue, suministre, aplique, facilite, tenga, introduzca, altere, organice, financie, importe, exporte, emplee, entregue, vendiere, recete, prescriba, preconizare, difundiere, indujere, usare, no ejecutar deberes, ingrese, interviniere, comprare, guardare, ocultare, receptare, imparta instrucciones, falsificare, suscribiere, y confabule con sustancias psicotrópicas.

3.11.14. Conforme las estadísticas aportadas, aparentemente el verbo típico de "tener para consumir" es seleccionado preferiblemente por el poder punitivo del Estado (47% de causas), a fin de llevar a los/as supuestos/as sujetos activos ante los estrados. Valga decir que a pesar de que la penalización de tal conducta es la más cuestionada a nivel constitucional (como posteriormente se expondrá),

⁸³ Fuente: Clarín.com, "Las causas por drogas en la Justicia", 23 de marzo de 2008.

irónicamente es la de mayor aplicación práctica por nuestros tribunales.

3.11.15. "La penalización de la tenencia de drogas para propio consumo no la ha erradicado, ni siquiera disminuido. Los recursos humanos y presupuestarios del sistema penal todos dedicados a esta materia y, por tanto, restados a otras, no han resultado eficaces. Tampoco útiles para disminuir el comercio y tráfico de estupefacientes (...). Sirva de ejemplo a nuestros fundamentos el siguiente dato extraído de un informe del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales y sociales: En cuanto al tipo de delitos perseguidos, el fuero federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, persigue mayoritariamente los vinculados con infracciones a la ley 23.737 de estupefacientes (56% del total de los casos). Durante el período 2002-2003, del total de casos ingresados en este ámbito, se elevaron a juicio el 1,37% de los casos y se obtuvo una condena en el 0,52% de los casos. En ningún caso se trató de condena en materia de organización o financiamiento de tráfico, ni tampoco de casos de almacenamiento de estupefacientes".⁸⁴

3.11.16. A nivel internacional sucede algo parecido al respecto de la cantidad de causas penales como resultante de la política de "tolerancia cero" o "prohibicionismo". "[L]a estrategia estadounidense ha sobrecargado el aparato judicial penal: actualmente en Estados Unidos, la tercera parte de los presos federales están encarcelados por delitos de droga y anualmente la policía norteamericana efectúa más de 750.000 arrestos por asuntos de droga".⁸⁵

⁸⁴ Extracto del Proyecto de Ley iniciado bajo Expediente de Diputados 0246-D-2008, Publicado en: Trámite Parlamentario n° 003 de fecha 05/03/2008; firmantes: Conti, Diana Beatriz.

⁸⁵ Ethen Nadelmann. "Prohibición de la droga en Estados Unidos: costos, consecuencias y alternativas" en Economía Colombiana. Bogotá: Nos 226-227, febrero-marzo 1990, p 59. Citado en obra mencionada en Nota 12.

3.11.17. "Además, la prohibición ha terminado por convertir a poblaciones enteras en delincuentes: si, a mediados de los ochenta, se calculaba que en Estados Unidos aproximadamente unas 40 millones de personas habían usado drogas ilícitas, eso significa que teóricamente esos 40 millones eran delincuentes pues habían violado las leyes antinarcóticos. Esa inflación delincuenciales hace perder a la ley penal toda su eficacia como mecanismo regulador de la convivencia ciudadana".⁸⁶

3.11.18. Consultado al Dr. Zaffaroni al respecto de los efectos de la prisionización, el magistrado de nuestro máximo tribunal ha dicho que "la primera medida es no agudizar el efecto deteriorante que tiene la prisionización. No deteriorar más de lo indispensable, (siempre la prisionización como toda institucionalización, deteriora). En segundo lugar, ofrecer la posibilidad de que la persona modifique su autopercepción. Es un tratamiento o terapéutica de la vulnerabilidad. No están en la cárcel todos los que cometen delitos sino los que son vulnerables al poder punitivo. Y la vulnerabilidad al poder punitivo la marca el estereotipo y sobre todo la introyección del estereotipo. Si yo dejo de percibirme como ladrón, lo más probable es que cuando salga no robe. Si me sigo percibiendo como ladrón, lo más probable es que cuando salga robe (...) Da la impresión que el sistema carcelario se dedica a fabricar su propia clientela. Entonces lanza un sujeto estigmatizado a un mercado de trabajo en el que a los que no están estigmatizados les cuesta conseguir trabajo. En consecuencia cómo se inserta laboralmente alguien que sale con una carga estigmática de esa naturaleza. De esa manera se da el fenómeno de

⁸⁶ Ídem Nota 12.

reciclaje, hasta que se cae del estereotipo porque pasa a ser viejo".⁸⁷

3.11.19. En las ciencias sociales está demostrado que la criminalización secundaria deteriora al/la criminalizado/a y más aún al/la prisionizado/a. Así, Lemert afirma que en prisión se producen fijación de roles y comportamientos conforme a estereotipos; Goffman sostiene que la prisión comparte características de las instituciones totales y del secuestro; Cohen y Taylor aducen que conocidos los efectos deteriorantes e irreversibles producto de la pena de prisión en plazos largos; Gullo, Castex y Cabanillas mencionan por su parte que en prisión se dan controles propios de la etapa infantil o adolescente, y se exime al/la prisionizado/a de las responsabilidades propias a su edad cronológica.

3.11.20. Por su parte se sabe que el riesgo de homicidio o suicidio en prisión es diez veces mayor que en libertad, a lo que debe sumársele la existencia de vejámenes, motines violentos, el riesgo de contraer enfermedades, de resultar lesionado/a o hasta muerto/a, la falta de asistencia médica, educacional y alimentaria, violaciones, corrupción, etc.⁸⁸

3.11.21. Con más de 70% de presos/as preventivos/as, la prisionización en la mayoría de los casos se ejerce sin sentencia, como forma de pena corporal que eventualmente puede conllevar a la muerte de los/as prisionizados/as.

3.11.22. Todo lo cual permite afirmar -entre otras consideraciones que deben tenerse en cuenta en todo Estado Constitucional de Derecho- que el poder punitivo del Estado, especialmente la

⁸⁷ Fuente: Clarín.com, "Zaffaroni: Nuestra Justicia no es rápida nunca", Jueves 3 de abril de 2008.

⁸⁸ Al respecto es insoslayable la lectura de "Muertes anunciadas", Zaffaroni R. E., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, donde se analizan los sistemas penales latinoamericanos desde la óptica de los derechos humanos, a partir del proyecto del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

pena de prisión, debe ser ejercido como medida de *ultima ratio* y no de *sola ratio* prescindiendo de las demás. Puede afirmarse que en dicho punto concuerdan actualmente la gran mayoría de los/as especialistas en la materia, no debiéndose olvidar que "desde un principio la función principal del *ius puniendi* ha sido limitar y contener todo el poder penal del estado. Es por eso que uno de los principios fundamentales e imprescindible de todo el derecho penal es que es la *ultima ratio* de los conflictos sociales, esto quiere decir, que frente a un problema social el ordenamiento jurídico tiene que proporcionar todas las soluciones posibles para dicho problema, siendo la última de estas el derecho penal".⁸⁹

3.11.23. Ferrajoli agrega que "existe un rasgo adicional y más importante de ilegitimidad en la punición de la tóxico-dependencia, en relación con los parámetros utilitarios que justifican el Derecho Penal. Las prohibiciones y las penas son violencias del todo inútiles contra el uso personal de estupefacientes porque no son idóneas para impedirlo e incluso para reducirlo de manera significativa".⁹⁰

3.11.24. El Profesor Rodrigo Uprimny expone al respecto que el uso del derecho penal implica que ciertos comportamientos son prohibidos y que quien no acate esa interdicción es sometido/a a una pena, que, como su nombre lo indica, es una aplicación de dolor y sufrimiento a una persona, en la medida en que se la priva de un derecho⁹¹. La penalización de un comportamiento implica entonces no sólo una limitación a la libertad sino también la aplicación de sufrimientos y

⁸⁹ Cabezas Chamorro, Sebastián y Sferrazza Taibi, Pietro: "DERECHO PENAL DE RIESGOS, MANTENCIÓN DE PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CLÁSICO O LIBERAL VS. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS MODERNAS SOCIEDADES". XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología.

⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, "El garantismo y la filosofía del derecho", 2001, [trad.] Gerardo Pisarello, Alexei J. Estrada y José M. Díaz Martín, Colombia, Universidad Externado de Colombia, p. 99

⁹¹ Uprimny, op. cit., nota 12. Sobre la relación entre la pena como aflicción o dolor y la pena como privación de un derecho, ver Ferrajoli, 1995, No 29.

privaciones a determinados individuos. Estas dos características del instrumento punitivo justifican su carácter de *última ratio* en una democracia, pues un Estado fundado en los derechos de las personas no debe limitar la libertad de sus ciudadanos/as, ni imponerles sufrimientos, ni privarlos/as de sus derechos en forma innecesaria. Por ello, la restricción del uso del derecho penal exclusivamente a aquellos casos en que sea necesario prohibir y sancionar un comportamiento para evitar males mayores es considerada una de las conquistas de la humanización del derecho penal, expresada en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, en la obra de Beccaría y por distintos autores de la escuela clásica del derecho penal, que insistían en que la ley sólo podía establecer aquellas penas que fueran estricta y evidentemente necesarias⁹². Ese principio se encuentra tácitamente reconocido en la mayor parte de las constituciones y de los tratados de derechos humanos, pues todos ellos prohíben las penas crueles e inhumanas⁹³, y es razonable concluir que una pena innecesaria es cruel e inhumana, pues inflige sufrimientos a una persona, sin ninguna necesidad. Por ello, desde hace varios siglos, decía Montesquieu que "*toda pena que no derive de la necesidad es tiránica*"⁹⁴.

3.11.25. El principio de necesidad en materia penal tiene una implicación metodológica y es la siguiente: en una democracia, quien quiera defender la penalización de un comportamiento tiene la carga de la prueba, esto es, debe mostrar la legitimidad y conveniencia de penalización de esa

⁹² Ver el artículo 8 de la Declaración de 1789, el artículo 16 de la Declaración de 1793 y el artículo 12 de la Declaración de 1795. Para un desarrollo del principio de necesidad y proporcionalidad, ver Ferrajoli, 1995, pp 385 y ss.

⁹³ Ver los artículos 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁴ El Espíritu de la Leyes, XIX, 14.

conducta, pues si la penalización es *prima facie* un mal, entonces corresponde a quienes defienden la criminalización de una conducta mostrar su legitimidad y justicia.⁹⁵

3.11.26. Ahora bien, la aplicación de esta perspectiva al problema de las drogas implicaría que quienes defienden el mantenimiento de la prohibición deberían mostrar con claridad la utilidad de esa política, y en caso de que no lo lograran, debería concluirse que dicha penalización es injusta y cruel, al ser innecesaria, y que por ello debería ser eliminada.

3.11.27. Pero en la práctica eso no es así; "no sólo el establecimiento de la prohibición de las drogas y su desarrollo ulterior no estuvieron nunca fundados en estudios que mostraran la necesidad de esa penalización sino que, además, en la actualidad, a nivel político, la carga de la prueba se ha invertido y se exige a los críticos de la prohibición demostrar que ella no tiene riesgos, y mientras ello no ocurra, entonces se plantea la necesidad de preservar la penalización".⁹⁶

3.12. La "guerra a las drogas" y otras aventuras beligerantes del pasado:

⁹⁵ En un sentido semejante, Herbert Hart también se preguntaba quien tenía la carga de la prueba en el debate sobre la abolición o no de la pena de muerte: ¿quiénes se oponen a la pena capital deberían mostrar que ésta es inútil o incluso perjudicial? ¿O corresponde a los defensores de la pena de muerte mostrar que ésta es socialmente benéfica? Y Hart respondía que como la pena de muerte aparecía *prima facie* como un mal, entonces la carga de la prueba recaía sobre los defensores de la pena de muerte y no sobre los abolicionistas (1995, pp 88 y 89). Según el criterio de Rodrigo Uprimny, y sin negar la especificidad de la pena de muerte, el argumento de Hart puede ser generalizado; como toda pena es *prima facie* un mal, la carga de la prueba la tienen siempre quienes defienden la penalización de un determinado comportamiento. Ferrajoli (1995, p 252) sostiene una tesis semejante. Según su parecer, el gran mérito de las perspectivas abolicionistas, que denuncian la arbitrariedad, así como los costos y sufrimientos del sistema penal, es que arrojan sobre quienes defienden la aplicación de penas la carga de la justificación.

⁹⁶ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

3.12.1. La postura beligerante de la "guerra a las drogas", mediante un recurso a un derecho penal máximo, "intenta suprimir a toda costa cualquier consumo de ciertas sustancias, consideradas dañinas o pecaminosas, pues el Estado considera que tiene derecho a imponer modelos de virtud, o al menos de salud, a sus ciudadanos. Según este enfoque, si no hay drogas no hay consumo de esas drogas y *a fortiori* no puede haber abuso de las mismas. Por consiguiente hay que prohibir en forma absoluta su producción y comercialización, para suprimir la oferta, o al menos obstaculizar el acceso de las personas a las drogas, debido a la dificultad para obtenerlas y al incremento de los precios que comporta la penalización. (...) La mayoría de los analistas coinciden en señalar que (...) en el largo plazo y a nivel global la 'guerra a las drogas' ha fracasado. En efecto, a pesar de que se han aumentado los recursos y la intensidad de la represión, lo cierto es que la oferta de droga no ha hecho sino aumentar".⁹⁷

3.12.2. La realidad es la prueba más incontrastable del fracaso de tales estrategias dominantes a la hora de enfrentar el problema de la droga. Pero sería ingenuo concluir en ello sin reflexionar alrededor de cuál es la causa de la aparente incapacidad internacional para reconocer lo indiscutible.

3.12.3. En esta legitimación del poder punitivo es posible encontrar la explicación a lo inexplicable. De esta manera es posible echar luz sobre la resistencia a reconocer la abrumadora evidencia que da cuenta de la total ineficacia que ha demostrado la lógica bélica para enfrentar el fenómeno social en cuestión. Y mucho más, no sólo se ha manifestado incapaz de lograr los objetivos buscados, sino que ha

⁹⁷ Ídem.

provocado problemas mucho mayores que aquellos que plantea resolver, potenciando todos los males que los tóxicos pueden ocasionar.

3.12.4. Uno de los aspectos más dramáticos que se puede señalar, es cómo se han concentrado los esfuerzos represivos de los Estados sobre la población de usuarios/as de drogas, produciendo daños sociales múltiples y masivos. La "guerra" se ha librado contra los/as consumidores/as, dejando incólume el negocio que se ha convertido en un factor estructural de la economía mundial. Incluso muchos coinciden con Antonio Caballero en que "...el negocio sólo es bueno porque existe la cruzada, si no hubiera cruzada, el negocio se derrumbaría"⁹⁸.

3.12.5. Las políticas represivas han tenido efectos negativos tanto en el plano de la salud pública, como en el de la economía, el desarrollo sostenible y la seguridad de la comunidad. "Nunca se supo en la historia, de una guerra con la utilización de armas tan sofisticadas y muertes de cientos de miles de personas, para proteger la salud. Extraña guerra que ha matado a mas gente por las drogas que con las drogas".⁹⁹

3.12.6. "Si lo que se buscaba era controlar el consumo y abuso de ciertas sustancias a través de la reducción de su oferta mediante una represión acentuada, la 'guerra a las drogas' ha fracasado. En el fondo esto lo reconocen a cada momento las propias autoridades cuando señalan que en el mejor de los casos los controles a lo sumo logran interceptar 5% o 10% del flujo de drogas. La pregunta obvia que surge es la siguiente: ¿cuál es la función efectiva de la prohibición y la represión

⁹⁸ "Las drogas, entre el fracaso y los daños de la prohibición. Nuevas perspectivas en el debate despenalización/legalización", pag. 235-236. CEADS-UNR/ARDA, Santa Fe, marzo de 2003.

⁹⁹ Neuman, Elias, op. cit. en nota 22, págs. 265-266.

si ésta sólo intercepta una cantidad mínima de las drogas? Con razón señalaba entonces sobre este punto el superintendente de la Policía Municipal de Utrecht (Holanda) la futilidad de los esfuerzos represivos. Supongamos -señalaba este funcionario- que los esfuerzos represivos son tan satisfactorios que permiten doblar las intercepciones. No habría sin embargo ninguna diferencia relevante puesto que un 80% o 90% de las drogas seguirían llegando a los consumidores (...). Sin embargo, tal vez lo más grave no sea la ineficacia manifiesta de la 'guerra a las drogas' en conseguir su objetivo de reducir la oferta de las drogas declaradas ilegales, sino que esta estrategia de prohibicionismo máximo ha sido muy exitosa en provocar múltiples efectos perversos".¹⁰⁰

3.12.7. El fracaso de las teorías prohibicionistas puede observarse en ejemplos históricos, de los cuales se debería proyectar su consecuente análisis a la actualidad. El Dr. Elías Neuman nos remarca que "así como ocurrió con el alcohol, la respuesta está en la no-prohibición de las drogas. En dejar que los hombres (sic) tomen sus decisiones sin reprimirlos, pero si alertándolos sin dramaticidad, sin locura, sin mover los tabúes que los transformen en mercancías, sin dejar que los controles penales castiguen a las víctimas de las drogas, porque esa represión solo ha servido para incrementar precio del producto", y termina sentenciando "El prohibicionismo no ha logrado prohibir nada".¹⁰¹

3.12.8. En este sentido, algunas experiencias históricas permiten concluir que "la relación entre la prohibición, los precios y el consumo no parece ser mecánica. Así, los estudios sobre la prohibición del alcohol en Estados Unidos mostraron que después de que ésta se levantó, el alcoholismo no aumentó

¹⁰⁰ Uprimny, Rodrigo, op. cit. en nota 12.

¹⁰¹ Neuman, Elías, op. cit. en nota 22.

considerablemente en ese país. Es más, se han hecho comparaciones históricas entre los esfuerzos en los años 20 y 30 de los Estados Unidos por controlar los abusos del alcohol y las estrategias desplegadas en esos mismos años por otros países como Australia y buena parte de Europa. Mientras el primero favoreció inicialmente la prohibición, los segundos optaron en su lugar por regímenes regulatorios duros pero no prohibicionistas. Los resultados fueron una baja más sustancial y duradera en Europa y Australia que en los Estados Unidos del consumo de alcohol y de las enfermedades derivadas de su consumo".¹⁰²

3.12.9. La similitud del pasado prohibicionista del alcohol, con la actualidad prohibicionista de los estupefacientes, demuestra la ausencia de aprendizaje de los errores plasmados en la historia. Lamentablemente los perversos costos de la implementación globalizada de la "guerra contra las drogas", aún superan a los graves costos de la implementación de la "guerra contra el alcohol" declarada en su momento por la Ley Seca.

3.12.10. La prohibición actual de las drogas "ha consolidado una poderosa economía ilegal internacionalizada basada en las ganancias extraordinarias provenientes de la ilegalidad: en efecto, los precios de la droga, por la sola ilegalidad, se multiplican en forma fantástica: pero estas ganancias, que operan como una especie de impuesto de facto, no son apropiadas por el Estado sino por las organizaciones de narcotraficantes. La ilegalidad provoca así un monopolio criminal de la distribución, con todas las secuelas que eso tiene en términos de violencia, corrupción e inestabilidad institucional".¹⁰³

¹⁰² Uprimny, Rodrigo, op. cit. en nota 12.

¹⁰³ Ídem.

3.12.11. A su vez, "la prohibición ha inducido conductas delincuenciales en algunos usuarios que recurren a robos o atracos para procurarse un producto artificialmente caro"¹⁰⁴. Ello, y la aplicación generalizada del derecho penal máximo de "tolerancia cero" y "sola ratio", conlleva -tanto a nivel local como internacional- a un gran índice de prisionizados/as.

3.12.12. "Esta estrategia ha fomentado la creación de un derecho penal cada vez menos liberal y con mayores restricciones a garantías ciudadanas. En los Estados Unidos, la lucha contra las drogas ha minado las libertades civiles, posibilitando tests obligatorios para detectar consumidores, aumentando las facultades policiales de detención y registro, y creando un ambiente generalizado de autoritarismo".¹⁰⁵ "La guerra a las drogas tiene no sólo efectos criminógenos -al inducir conductas delictivas muy diversas- sino que facilita la consolidación de dispositivos autoritarios de control social más propios de Estados policiales que de regímenes democráticos y estados de derecho".¹⁰⁶

3.12.13. "Asimismo, aunque no se cuente con datos actualizados, en este escenario, no solamente se advierte un incremento en el número de usuarios de drogas¹⁰⁷, sino un cambio en relación al tipo de drogas que consumen y su calidad, según nos informan los principales centros asistenciales de Córdoba, Provincia de Buenos Aires, Rosario y Ciudad de Buenos Aires. En este último aspecto, atento el precio del clorhidrato de cocaína¹⁰⁸ [de 10 a 15 euros promedio la dosis], suma que

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Como nos hemos ya referido en el apartado 1.3.

¹⁰⁸ Informe brindado a la Revista "VIVA" (Diario Clarín) del 29/06/03 por el Comisario Inspector Jorge Rodríguez, de Operaciones Metropolitanas de Drogas quien señaló "con la devaluación, pasó a la historia el "papelito o raviol" de cocaína de un gramo que se vendía. El precio se mantuvo en cinco pesos, pero ahora la dosis sólo trae 0,10 gramos de coca".

supera con creces al ingreso promedio de los habitantes, ha llevado a modificar el hábito de los usuarios de drogas de bajos recursos, hacia la pasta base, de mucho menor precio pero más dañina. Asimismo, los centros asistenciales informan un aumento considerable del consumo de inhalantes, mayormente niños e indigentes, con las implicancias neurológicas que trae aparejado su uso. También cabe asociar otras consecuencias en relación a la 'sustancia'. Drogas como el clorhidrato de cocaína son 'estiradas' con elementos espúreos (vidrio molido, talco, aspirinas, veneno, y otros), que son más gravosos a la salud que la sustancia misma".¹⁰⁹

3.12.14. Al respecto de ésta última afirmación, podemos decir a su vez que "la prohibición evita un control de la calidad de los productos por el Estado, lo cual es muy grave para la salud pública. Supongamos que el alcohol estuviese prohibido. En tal caso, uno no podría comprar tragos certificados en expendios controlados sino que uno tendría que recurrir a compras clandestinas ¿Imaginan ustedes las cantidades de muertes o de personas ciegas por trago adulterado con alcohol metílico? Pues eso exactamente sucede en el mercado de drogas ilícitas. Así, en España, en el 90% de los casos de muertes por supuesta sobredosis de heroína, las personas han sido encontradas con la jeringa aún en el brazo. Eso pareciera indicar que no se trata de una sobredosis, pues 'el shock opiáceo no es fulminante sino que provoca un largo coma respiratorio del que se puede salir'. En tales casos, lo más probable es que la persona haya muerto envenenada por las sustancias tóxicas con las que los traficantes habían cortado el producto, lo cual parecer confirmado por el siguiente hecho: entre 1920 y 1930, en la misma España, la morfina y la heroína se vendían en farmacia con receta: en esos años

¹⁰⁹ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

-según el filósofo Antonio Escohotado- 'no se registró ni una sola muerte por sobredosis'".¹¹⁰

3.12.15. Ante ello cabe puntualizar también la gran cantidad de casos de sobredosis producidas debido a la ingesta de drogas sin control estatal alguno (control de calidad y sanidad, como lo tienen las drogas lícitas), donde los estupefacientes como "la cocaína se suele 'cortar' o estirar con cualquier cosa y hacer de un kilogramo de pasta base diez o más (con el objetivo secundario de también abaratar el producto). La avaricia del comprador, la clandestinidad de la operatoria, no permite reparar en que es lo que el humano ha de meter en su organismo. Al negocio no parece importarles el conspirar contra la vida de sus potenciales clientes. Se ha comprobado que lo que parece cocaína de la mejor, es simplemente talco con anfetaminas e incluso polvo de ladrillos, yeso, almidón, cacao, bicarbonato, azúcar, y un grupo numeroso de psicofármacos excitantes o estupefacientes que producen euforia o, de pronto, una somnolencia placida (...). Se ha comprobado que no la droga en sí, sino esas mezclas (cabría pensar una vez más en las implicancias de la falta de control adecuado), produce arritmias, hipertensión, excitación, escalofríos, sin olvidar que el talco o el yeso pueden taponar venas y arterias".¹¹¹

3.12.16. Por su parte, la "guerra a las drogas" genera un énfasis en la interdicción y la represión que desvía recursos de la prevención y la ayuda a los/as toxicómanos/as, de tal manera que muchos/as que quisieran entrar a tratamientos no pueden hacerlo, lo cual los lleva a la marginalidad. "Así, en Nueva York, entre 1971 y 1973, mientras hubo recursos para el programa de distribución de metadona y creció el número de

¹¹⁰ Uprimny, Rodrigo, op. cit. en nota 12, citando al filósofo español en su "Historia de las Drogas".

¹¹¹ Neuman, Elías, op. cit. en nota 22, págs. 267-268.

personas que podían participar en los mismos, los arrestos, las denuncias por robo y los casos de hepatitis por infección intravenosa disminuyeron considerablemente; en cambio, a partir de 1974, los recursos no fueron ya suficientes para admitir nuevos toxicómanos; la delincuencia dejó de disminuir".¹¹²

3.12.17. Las estrategias de derecho penal máximo, prohibicionismo y "tolerancia cero" llevan a que "la sociedad eluda su responsabilidad en los problemas de abuso de drogas, puesto que se cree que con la represión todo queda en buenas manos: jueces, policías, militares y médicos. De esa manera, la prohibición y el sistema punitivo y médico erosionan los mecanismos socio-culturales que las propias sociedades podrían desarrollar para controlar los abusos. Con razón, arguyen algunos liberales, uno de los más significativos costos impuestos por las prohibiciones gubernamentales es el decaimiento de las normas sociales que a menudo operan más poderosa y efectivamente que las intervenciones gubernamentales".¹¹³

3.12.18. Por su parte, como ya hemos visto, "la guerra" ha estimulado comportamientos discriminatorios, racistas y xenófobos de la población y las autoridades a nivel local e internacional.

3.12.19. A modo de conclusión, puede decirse que "la prohibición y la guerra a las drogas, lejos de permitir un mayor control de la producción, distribución y consumo de las drogas ilícitas, 'descontrola' ese mercado, sometiendo así a los usuarios a redes violentas de distribución, con todos los efectos perversos que hemos señalado".¹¹⁴

¹¹² Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Ídem.

3.12.20. Los costos de la prohibición son muy altos si se tiene en cuenta que el único eventual beneficio derivado de la misma -una posible disminución de los abusos de sustancias psicotrópicas gracias a la intervención punitiva del Estado-, es dudoso. En muchas ocasiones no son las drogas las que matan sino la prohibición. Y esto por cuanto en muchos aspectos las drogas no son prohibidas porque son peligrosas sino que terminan siendo peligrosas porque son prohibidas.

3.12.21. Ello se debe entre otras cosas a los circuitos marginales a los que deben someterse obligadamente los/as consumidores/as a fin de procurarse las sustancias, en donde se ven amenazados muchas veces en sus propiedades, integridad física y vidas. A tales peligros debe sumarse la amenaza de coerción penal a la que los/as consumidores/as se ven sometidos/as debido a la prohibición de sus conductas; todo lo cual significa en la mayoría de los casos, la imposibilidad fáctica de denunciar los hechos delictivos contra los bienes jurídicos ante mencionados sin auto incriminarse.

3.12.22. De tal forma, "en la mayoría de los casos los efectos más devastadores del abuso de las drogas no provienen de sus efectos farmacológicos sino de las condiciones de ilegalidad en que los consumos son efectuados¹¹⁵. Por eso, (...) los 'problemas secundarios' derivados de la prohibición son mucho mayores que los llamados 'problemas primarios', es decir los que estarían ligados al simple consumo de las drogas si la prohibición no existiese".¹¹⁶

3.13. Cambio de tendencia internacional.

¹¹⁵ En los apartados correspondientes, nos referiremos entre otras cosas al contagio del virus de vih por el uso compartido de jeringas de los/as usuarios/as de drogas intravenosas (UDI), y a la obstaculización al acceso a la salud de los/as consumidores/as.

¹¹⁶ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

3.13.1. "No es casualidad que en la actualidad nos encontremos, a nivel mundial, con directrices cada vez más discordantes en las políticas globales sobre drogas. Tanto es así, que en el tradicional cruce de fuegos entre los que están a favor de la prohibición y los que están por la legalización -los dos bandos opuestos en el debate sobre drogas-, se puede advertir una creciente corriente de análisis de la situación de las drogas que se diferencia y se aleja de ambos. Esta tendencia pretende llevar el debate más allá de la actual polarización predominante, que ha transformado la discusión en una interminable guerra de trincheras. En general agrupa a quienes sostienen un planteo más flexible y pragmático, alejado de la represión indiscriminada y de la ausencia de estrategias socio-sanitarias eficaces".¹¹⁷

3.13.2. En este sentido, en el año 2003, el por entonces Ministro de Relaciones Exteriores griego, George Papandreou, opinó que "todos los Estados miembros de la UE han ratificado los tratados de la ONU para luchar contra las drogas, pero los países se apartan de sus disposiciones a diario. Este alejamiento viene dictado por las exigencias de una política práctica"¹¹⁸. "Dirigiéndose al Grupo de Dublín sobre política de drogas de la Unión Europea, el Ministro de Relaciones Exteriores de Grecia, George Papandreou, convocó franca discusión de las leyes sobre drogas 'sin tabus' (...). La Unión Europea tiene que formular una política de drogas común, dijo Papandreou, y tiene que empezar un debate que sea abierto y franco. 'Si no hablamos abiertamente, si no discutimos esos asuntos sin tabus, no vamos a lograr encontrar las soluciones efectivas. Cuanto más abiertos y

¹¹⁷ Ídem Nota 1.

¹¹⁸ Idem Nota 1.

francos somos, creo que más fácilmente seremos capaces de llegar a posiciones convergentes"¹¹⁹.

3.13.3. En mayo del 2002, la Comisión de Investigación sobre Asuntos Internos de la Cámara de los Comunes del Reino Unido publicó el informe "La política de drogas del gobierno, ¿está funcionando?". En el mismo se concluye sobre la necesidad de que se reconsideren los tratados internacionales, recomendando a su gobierno iniciar una discusión dentro de la Comisión de Estupefacientes sobre formas alternativas de abordar el dilema global de las drogas. Resumiendo el reporte, el presidente de la Comisión de Investigación sobre Asuntos Internos, Chris Mullin, manifestó que la comisión le dice no a la legalización y sí a una política de drogas razonable, basada en la reducción del daño y opuesta al prohibicionismo de la tolerancia cero. Mullin plantea que "Las tentativas de combatir las drogas ilícitas por medio de la imposición de la ley se han revelado tan ineficaces que es difícil argumentar a favor de su continuidad".¹²⁰

3.13.4. En Canadá, en el mes de septiembre del 2002, el Comité Especial sobre Drogas Ilegales del Senado, tras un exhaustivo estudio de dos años sobre la política pública con respecto al cannabis, produjo un informe de más de 600 páginas, resultado de una rigurosa investigación, así como de exhaustivos análisis y sesiones públicas entre expertos/as y ciudadanos/as en comunidades de todo el país. Entre sus conclusiones se plantea que debería despenalizarse la tenencia para uso personal, mediante la exención penal y la necesidad de un plan para regular su producción, posesión

¹¹⁹ Fuente: <http://espanol.drcnet.org/wol/291.html>: "Semana en Línea con DRCNet, Número 291 - 13 de Junio del 2003; Creando conciencia sobre las consecuencias de la Prohibición; `Noticia Corta: Presidencia de la Unión Europea Convoca Franca Discusión de las Leyes sobre Drogas´".

¹²⁰ El informe de la Comisión de Investigación de Asuntos Internos de la Cámara de los Comunes "¿The Government's Drugs Policy: Is Working?" está disponible en: www.publications.parliament.uk/pa/cm200102/emselect/emhaff/318/31802.htm

y distribución. El comité también recomendó al gobierno del Canadá que solicitara una enmienda a las convenciones y tratados internacionales en materia de drogas ilegales.¹²¹

3.13.5. En Jamaica, la "Comisión Nacional sobre Granja" en el año 2003 condujo un período de consultas e investigaciones exhaustivas entre unas cuatrocientas personas de todos los ámbitos sociales, incluidos profesionales e influyentes líderes de la sociedad, y recomienda la despenalización del cannabis para el uso privado y personal de adultos, así como para su uso sacramental en actos religiosos.¹²²

3.13.6. "Debe señalarse que en la práctica en países como Alemania, Francia e Inglaterra, los fiscales pueden desistir de la acción por considerarlo un delito menor, o los usuarios pueden recibir una advertencia por parte de la policía y ser acompañados a los servicios de salud o agencias sociales para que sigan un tratamiento o un consejo".¹²³

3.13.7. En opinión del magistrado Martín Vázquez Acuña, "hay países como Alemania o Inglaterra donde rige el principio de oportunidad. Es decir, que la policía y sobre todo los fiscales tienen la capacidad de promover una acción legal o

¹²¹ "Esencialmente el Comité recomienda que la marihuana, a partir de ahora, sea legal y que esté disponible para uso restringido para que los canadienses puedan elegir si consumirla o no", dijo el presidente del Senado Pierre Claude Nolin al Comité. Y agregó: "En una sociedad libre como la nuestra, depende de cada uno decidir si quiere consumir cannabis o no. No queremos incitar a ese consumo más que lo hacemos al del alcohol". En su informe de 600 páginas el Comité concluye diciendo que el cannabis no es una "puerta de entrada a otras drogas", como se la ha considerado, y que es mucho menos peligrosa que el alcohol. Dice que la "prohibición de cannabis es mucho peor para la salud y el bienestar de los canadienses que la propia sustancia." Con respecto a los beneficios médicos, el Comité recalca que son "claros, las indicaciones aún no definitivas de los efectos terapéuticos de la marihuana son: como analgésico en el dolor crónico, antiespasmódico en la esclerosis múltiple, anticonvulsivo en la epilepsia, antiemético en la quimioterapia y estimulante del apetito en la caquexia." (Fuente: www.cannabis-med.org/spanish/bulletin). El informe completo del Comité Especial sobre Drogas Ilegales está disponible en: www.parl.gc.ca/illegal-drugs.asp.

¹²²El informe de la comisión está disponible en: www.cannabis-med.org/science/jamaica.htm.

¹²³ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E. op. cit., nota 9.

no. Esa es la postura de la tolerancia. Después hay países que despenalizaron la tenencia para uso personal como Brasil, España o Uruguay. En Italia, por ejemplo, se despenalizó y hay sanciones administrativas, como las que recibe un conductor que tomó alcohol: le retienen la licencia o el pasaporte. En otros lugares como Estados Unidos o la Argentina hay una prohibición absoluta".¹²⁴

3.13.8. "Hay otros países donde la tenencia es considerada una mera contravención por ejemplo España, Italia y Chile (en este último sólo ciertas situaciones especiales como la de portar estupefacientes en lugares públicos. (...) Asimismo, hay países que han desincriminado la tenencia de cierto tipo de estupefacientes para uso personal como la marihuana, por ejemplo Bélgica".¹²⁵

3.13.9. Al respecto de la experiencia latinoamericana, en Uruguay la tenencia de estupefacientes para consumo personal se halla despenalizada desde 1974¹²⁶, por la ley 14.294, que en el artículo 31 reza: "Quedará exento de pena el que tuviera en su poder una cantidad mínima, destinada exclusivamente a su consumo personal". Esta realidad de nuestro país hermano da cuenta del tamaño exabrupto en que se incurre cuando se sigue insistiendo en que la despenalización, es "abrir las puertas a la droga", "es promover un aumento del consumo", aseveraciones basadas más en temores, mitos y desinformación que en la realidad.¹²⁷ Ello se debe a que en dicho país no se ha demostrado un aumento significativo del consumo de drogas ilícitas como consecuencia directa de la despenalización mencionada, sino que el aumento, estabilidad o baja del

¹²⁴ Magistrado del Tribunal Oral N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e integrante del Comité Científico asesor en materia de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja, Martín Vázquez Acuña. Diario Página/12, Viernes 14 de marzo de 2008.

¹²⁵ Minyersky, Nelly - Vázquez Acuña, Martín E., op. cit., nota 9.

¹²⁶ Actualmente Perú también ha despenalizado la tenencia para consumo personal. En Europa, debe sumarse Portugal a los ejemplos mencionados.

¹²⁷ Idem Nota 1.

consumo de determinadas sustancias ha sido oscilante en diversos períodos, sin mantener ello una estrecha vinculación con la despenalización de la tenencia para consumo personal.

3.13.10. La misma situación se registra en Colombia, cuya legislación referida a las drogas define lo que ellos llaman la dosis para uso personal, ello se explicita en la ley 30, conocida como Estatuto Nacional de Estupefacientes, en cuyo articulado encontramos la siguiente definición: "Dosis para uso personal. Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo", estableciendo específicamente las cantidades de diferentes sustancias que se consideran dentro de esa categoría. Es así que la tenencia de estupefacientes en esas cantidades para consumo personal no está penalizada por dicho instrumento legal, expresado esto en el artículo 33: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión...".

3.13.11. En este sentido se expresó el Comité de Expertos de la OMS en 1992 al indicar que "objetivo primordial de los programas nacionales para la reducción de la demanda debería ser minimizar el daño asociado al uso de alcohol, tabaco y otros estupefacientes".¹²⁸

3.14. Reducción del daño en otros países:

¹²⁸ Organización Mundial de la Salud, WHO, Expert Comité on Drug Dependence: Twentyeighth Report, Geneva. "WHO Technical Report Series" N° 836, 1993, páginas 35-36.

- 3.14.1. Un apartado específico demanda la implementación de la política de "Reducción de Daños" establecidas especialmente en algunos países de Europa. A ello nos abocaremos a continuación.
- 3.14.2. El modelo de política antidrogas denominado de "reducción del daño", se desarrolla en forma pragmática en diversas partes de Europa, a partir de una reflexión sobre las limitaciones y los efectos negativos de las políticas puramente represivas. Su finalidad no es entonces eliminar totalmente de la sociedad el consumo de las drogas, ya que este objetivo es considerado poco realista, sino reducir los daños resultantes del abuso de sustancias psicotrópicas y de las propias políticas de control.
- 3.14.3. En la práctica hay un avance en las políticas de reducción del daño en el plano internacional, mediante políticas sanitarias, sociales y descriminalizadoras, que prueban ser superadoras en su efecto sobre la salud pública.
- 3.14.4. La experiencia de la Unión Europea en cuanto a las estrategias para abordar la problemática de las drogas no puede ser un dato menor. Entre sus objetivos para el período 2000-2004 se ha planteado "Reducir sustancialmente en un plazo de cinco años el daño a la salud causado por la droga (VIH, hepatitis B y C, tuberculosis, etcétera) y el número de muertes relacionadas con la droga".¹²⁹
- 3.14.5. El bosquejo del Plan de Acción sobre Drogas de la Unión Europea (UE) (2005-2008) incluye también la "disponibilidad y el acceso a los servicios de reducción del daño" y un compromiso para "garantizar a los toxicómanos el acceso a los servicios, incluidos tratamientos de sustitución y

¹²⁹ Idem Nota 1.

mantenimiento, intercambio de agujas y servicios similares destinados a reducir los riesgos".¹³⁰ En su declaración, la UE destacó los documentos clave de las políticas de la ONU y de la UE que sirven como guía a los esfuerzos para prevenir la transmisión del vih entre los/as toxicómanos/as por vía intravenosa, incluyendo los que proveen un mandato para garantizar el acceso a agujas esterilizadas. Con respecto al "debate en curso sobre la pertinencia de algunos métodos de reducción del vih/sida y a sobre si éstos pueden perjudicar las políticas de control al uso indebido de las drogas", la UE dijo que existía "una evidencia relativamente sólida de su eficacia".

3.14.6. La Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó un informe en su serie "Evidence for Action" sobre la "efectividad de los programas de agujas y jeringuillas esterilizadas para reducir el vih/sida entre los toxicómanos por vía intravenosa". El informe concluye que "tras casi dos décadas de extensa investigación, todavía no existen pruebas convincentes de que los programas de agujas y jeringuillas incrementen la iniciación, la duración o la frecuencia del uso ilícito de drogas o su uso inyectado. (...) Existen pruebas convincentes de que el incremento de la disponibilidad y utilización de equipo esterilizado de inyección por parte de los toxicómanos que se inyectan reduce sustancialmente el contagio del vih. (...) Los programas de agujas y jeringuillas, además de reducir las posibilidades de contagio del vih entre los toxicómanos por vía intravenosa, tienen beneficios adicionales y valiosos"¹³¹.

¹³⁰ "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a EU Drugs Action Plan (2005-2008)", Punto 15, Bruselas, 14 de febrero de 2005.

¹³¹ "Effectiveness of sterile needle and syringe programming in reducing HIV/AIDS among injecting drug users; Evidence for Action Technical Papers", Organización Mundial de la Salud (OMS), año 2004.

- 3.14.7. El Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) produjo un documento a pedido del Grupo Horizontal de Drogas de la UE. El documento concluye que "hay numerosas pruebas que confirman la posibilidad de que el suministro de agujas y jeringuillas de intercambio puede servir como una importante contribución para reducir la transmisión del VIH entre los toxicómanos que se inyectan. Además, el suministro de agujas y jeringuillas de intercambio puede ser eficaz para entrar en contacto con la población de toxicómanos que está relacionada con otros servicios, y puede servir como conducto para el tratamiento por drogas y para servicios primarios de salud. No existen pruebas convincentes de que este suministro repercuta de manera negativa sobre la prevención o las actividades de control de drogas".¹³²
- 3.14.8. Miguel de Andrés, psiquiatra y director ejecutivo del Grupo Igia, una organización que facilita la reflexión y la formación en el tratamiento de las drogadicciones en la Unión Europea afirma que "vivimos en una sociedad que consume drogas y tenemos que aprender a convivir con ellas. Si no podemos evitar el consumo, por lo menos hemos de reducir el daño".¹³³
- 3.14.9. Vitorio Agnoletto, parlamentario de la Unión Europea, médico y fundador de la Liga Italiana para la Lucha contra el Sida, afirma que "las políticas de reducción de daños son imprescindibles para prevenir el contagio de enfermedades, promocionar la rehabilitación social y evitar la marginación de los adictos. Por tanto, el primer objetivo es enseñar a la gente que se pincha y que toma drogas cómo hacerlo de la

¹³² "A European perspective on responding to blood borne infections among injecting drug users, A Short Briefing Paper", Lisboa, 2005.

¹³³ Fuente: Diario español "El País", edición digital disponible en: www.elpais.com/articulo/salud/Reducir/dano/sociedad/droga

manera más segura, pero reconociendo que tomar drogas es un riesgo y que también podemos ayudarles a dejarlas".¹³⁴

3.14.10. El ejemplo más conocido, de esta estrategia de reducción del daño, es Holanda. Hasta mediados de los años setenta, Holanda siguió una política represiva similar al resto de países europeos, pero viendo los efectos contraproducentes de la misma, en esa fecha la varió sustancialmente: en Holanda, a pesar de que se persigue el gran tráfico de drogas, se ha despenalizado de facto la distribución minorista y el consumo de las drogas suaves como la marihuana, y se ha evitado criminalizar al/la consumidor/a de drogas duras como la heroína. Por eso el gobierno Holandés, en vez de conducir al/la consumidor/a de heroína a la marginalidad mediante una represión acentuada, le brinda una amplia gama de programas de apoyo: distribución gratuita de jeringas para evitar la extensión del sida; suministro de sustitutos como la metadona para evitar el síndrome de abstinencia; ayuda profesional voluntaria para el/la drogadicto/a que así lo desee; desarrollo de programas comunitarios destinados a integrar socialmente al/la consumidor/a, etc.¹³⁵

3.14.11. Como vemos, la política holandesa pretende disminuir el abuso de sustancias psicoactivas, pero evitando al máximo marginalizar a los/as consumidores/as, pues se considera que de esa forma la criminalización de los/as usuarios/as agrava los problemas sociales¹³⁶. Por eso el enfoque holandés de la

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Para una descripción de esta política, ver A.M van Kalmouth. "Characteristics of Drug Policy in the Netherlands" en Hans-Jorg Albrecht, Anton van Kalmthout. Drug Policies in Western Europe. Freiburg: Institut Max Planck, 1989, pp 259 y ss. Igualmente ver Louk Hulsman. "La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión" en Nuevo Foro Penal. Bogotá, No 35, enero-marzo 1987. También ver los artículos de Jos Silvis, Dirk Jann Kranna y Marees Derksen et al en Maria Luisa Cesoni. Usage des stupéfiants.

¹³⁶ Conforme mencionan algunos autores, debe aclararse que "hay países donde se da una situación especial, como Holanda, en el cual se encuentra penalizada la tenencia de droga para uso personal pero se permite la venta en ciertos lugares

reducción del daño insiste en los derechos humanos de los/as consumidores/as y busca su "normalización", ya que parte del supuesto de que la mejor manera de minimizar los daños derivados del abuso de sustancias psicotrópicas es "integrando a los consumidores dentro de la sociedad normal, en lugar de aislarlos en clínicas, programas, tiendas y vecindarios".¹³⁷

3.14.12. La política holandesa ha tenido efectos positivos. En primer término, es una política más económica que la llamada "guerra a las drogas". Así, el dinero gastado en la aplicación de la ley per cápita es cuatro veces más elevado en los Estados Unidos que en Holanda, y eso a pesar de que este último país gasta el doble de dinero por cada persona privada de su libertad, a fin de tener buenas condiciones en las prisiones.¹³⁸

3.14.13. Por otro lado, los daños sobre los derechos individuales son menores ya que el número de personas privadas de la libertad por infracción a las leyes contra las drogas en Estados Unidos, es mucho mayor que en Holanda.

3.14.14. En tercer lugar, sus resultados en términos de salud son alentadores. No sólo el número de heroinómanos/as no ha crecido sino que éstos/as pueden llevar una vida más normal y están en mejor estado de salud que los/as que viven en otros países. En efecto, un estudio mostró que, a mediados de los ochenta, los casos de sida por inyección intravenosa eran de

especiales como los "coffee shops". Debe destacarse, al contrario de lo que todo el mundo cree, que se encuentra criminalizada la tenencia de drogas en Holanda, pero los fiscales están autorizados a no promover la acción", Nelly - Vázquez Acuña, Martín E, op. cit., nota 9.

¹³⁷ Ethan Nadelmann, "Pensando seriamente en alternativas a la prohibición de las drogas" en Comisión Andina de Juristas. Materiales de Lectura Conferencia Internacional Drogas y Narcotráfico, Propuestas desde la Región Andina. Lima: julio 1993, p 3.

¹³⁸ Ver Diirk Jaan Kraan. "La politique néerlandaise en matiere de stupéfiants: une perspective économique".

67% en Italia, 21% en Francia y 8% en Holanda¹³⁹. Igualmente, la tasa de mortalidad de los/as heroinómanos/as en Holanda es de 0.5% frente a más del 2% en los otros países¹⁴⁰. Finalmente, los/as heroinómanos/as en Holanda están más dispuestos/as a aceptar una ayuda profesional que los/as de otros países en los que ese tratamiento es obligatorio, bajo amenaza de sanción penal.

3.14.15. Por último, y contrariamente a lo que supondrían los/as defensores/as de las estrategias más represivas, estas políticas más liberales no se han traducido en aumentos dramáticos del consumo. "En Holanda, desde 1977 el consumo de marihuana y hashish ha bajado sensiblemente y el número de heroinómanos/as se mantiene estable"¹⁴¹.

3.14.16. Las estrategias de "reducción del daño" parten de una doble constatación: "de un lado reconocen que es imposible eliminar la disponibilidad y la demanda de drogas en nuestras sociedades, por lo cual el consumo y abuso de estas sustancias no puede ser erradicado sino a lo sumo regulado y limitado. De otro lado, estos enfoques admiten que las propias políticas de control del abuso de sustancias psicoactivas tienen efectos negativos graves, por lo cual el objetivo no debe ser reducir el consumo a toda costa, ya que a veces los costos de una intervención estatal con tal finalidad pueden ser mucho mayores que los eventuales beneficios. El realismo de estas políticas de reducción del daño es importante, pues no sólo evita el fundamentalismo bélico de la 'guerra a las drogas' sino que, además, permite ajustes pragmáticos progresivos según las evaluaciones que se

¹³⁹ Ver Alain EHRENBERT, Patrick MIGON. "Drogues politique et société". Paris: Le Monde Editions, Descartes Editions, 1991, p. 11.

¹⁴⁰ Ver Jean-Pierre Jacques. "Le modele Hollandais: des toxicomanes nombreux et en bonne santé" en Psychotropes. Montréal. Vol III, No 3, 85 y ss. Esa diversa tasa de mortalidad significaría que más del 75% de las muertes de los heroinómanos parece provenir de la represión, y no de la heroína en sí misma.

¹⁴¹ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

hagan de los logros de las distintas medidas. Sin embargo, desde el punto de vista latinoamericano, estas estrategias, tal y como han sido practicadas, tienen limitaciones importantes, pues se siguen moviendo en un ámbito prohibicionista a nivel internacional, con lo cual se mantiene uno de los efectos negativos más graves de las políticas vigentes, a saber la presencia de poderosas organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estas sustancias ilegales. Por ende, si el narcotráfico es uno de los mayores costos del actual prohibicionismo, los modelos de reducción del daño sugieren que es necesario poner en cuestión la prohibición misma y pensar en estrategias alternativas frente a las drogas capaz de eliminar también ese efecto perverso".¹⁴²

4. La situación en nuestro país.

4.1. Penalización argentina¹⁴³:

4.1.1. En 1982, el presidente estadounidense Ronald Reagan relanza la "guerra a las drogas" y es en 1988, cuando su administración promueve y logra en el seno de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que se realizara en Viena, que las naciones signatarias del mismo se comprometieran a establecer como delito la posesión, compra o cultivo de drogas controladas para fines de consumo personal, no medicinal, a menos que esto fuera en contra de los principios constitucionales y de los conceptos básicos de sus sistemas legales.

¹⁴² Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

¹⁴³ En el presente apartado se aportaran nuevamente varios párrafos de los fundamentos del proyecto legislativo mencionado en Nota 1.

- 4.1.2. Esto parece haber tenido un reflejo inmediato en la decisión política de nuestro país de avanzar en el sentido de la penalización, es así que al año siguiente se sanciona en el Congreso de la Nación, la Ley de Estupeficientes N° 23.737. La ley en cuestión penaliza la tenencia de estupeficientes, como reza el párrafo segundo de su artículo 14, aún "cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal".
- 4.1.3. En oportunidad del tratamiento legislativo del proyecto, el diputado socialista Guillermo Estévez Boero -con el fin de para avalar el dictamen de la minoría que se oponía a la penalización de la tenencia de drogas para el consumo personal- señalaba que "La actitud legal frente a la tenencia de estupeficientes es un aspecto clave en el presente debate". Y se basaba en que "estos criterios punitivos, no cuentan en su haber con un consentimiento generalizado entre los especialistas". Y en que "...Por otra parte hay quienes (...) consideran que se agrava ese aislamiento y marginalidad del joven;...".¹⁴⁴
- 4.1.4. "En la actualidad, podemos evaluar cómo estos dos aspectos centrales de la ley, la conculcación del artículo 19 de la Constitución Nacional y el efecto de marginalización que produce la incriminación de la tenencia para uso personal, han recaído sobre miles de usuarios/as de drogas, agravando su situación. Hoy se hace indispensable una revisión de la ley en cuestión, especialmente cuando en el país se vive una situación sensiblemente diferente."¹⁴⁵

4.2. La inconstitucionalidad:

¹⁴⁴ Guillermo Estévez Boero, "Reseña de labor parlamentaria. Período extraordinarias 1988-1989". Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires 1989.

¹⁴⁵ Ídem Nota 1.

- 4.2.1. La discusión relacionada con la inconstitucionalidad del Art. 14 de la ley 23.737, ha tenido como eje fundamental el ámbito de libertad reconocido por el artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁴⁶. El conflicto radica en determinar si la mera tenencia de estupefacientes queda amparada por la cláusula del mencionado artículo o si, por el contrario, su punición puede sostenerse sin riesgos de afectación a tal principio.
- 4.2.2. "Las discrepancias parecen radicar en una cuestión de concreta valoración sobre si tal situación o estado de cosas o conducta (tenencia de estupefacientes) es en sí misma lesiva al orden y a la moral pública, y por tanto, perjudicial para terceros".¹⁴⁷
- 4.2.3. De tal forma el debate se remite al examen de los límites de la restricción que el artículo 19 de la ley fundamental impone a los órganos estatales para la regulación de ciertas conductas, que allí se designan como "acciones privadas de los hombres" (sic).
- 4.2.4. Cabe señalar la trascendencia de tal precepto, que al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico.
- 4.2.5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de definir los límites de la restricción aludida y la esfera de la libertad individual que estaría protegiendo nuestra Carta Magna, ha entendido a ésta como "un ámbito de autonomía

¹⁴⁶ Art. 19 Constitución Nacional: "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."

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29-8-1986. Tenencia de estupefacientes para uso personal, "Bazterrica, Gustavo M.", voto del Dr. Petracchi.

individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, 'la salud mental y física' y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo (...) el derecho a la privacidad comprende: (...) aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal(...) nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas...".¹⁴⁸

- 4.2.6. La inteligencia sobre qué entendemos por "acciones privadas de los hombres" (sic) nos refiere a lo abarcador de la protección constitucional, lo cual es una condición necesaria para la consideración de los límites impuestos al Estado. Pero no es suficiente; otro aspecto es el juicio que se sustente sobre "el orden y la moral pública" a que se refiere el artículo 19, porque según sea ese juicio se entendería de manera diferente qué tipo de acciones están "exentas de la autoridad de los magistrados".
- 4.2.7. "Sobre este aspecto, entendemos que la noción de público (*publicus*), refiere a lo perteneciente a un *populus*, o sea pueblo, entendido esto como el conjunto de personas de un lugar, organizadas según un orden o sea una forma de disposición en el interior de ese conjunto. Dicho orden se entiende como público en tanto y en cuanto le pertenece a ese conjunto de personas."¹⁴⁹
- 4.2.8. Entonces, si entendemos que "causar y conservar ese orden" es "asegurar las pautas de una convivencia posible y

¹⁴⁸ CSJN, "Ponzetti de Balbín c/ Ed. Atlántida, S.A.", página 526, XIX, "La Ley", Tomo 1985-B, página 120.

¹⁴⁹ Ídem nota 1.

racional, al cabo pacífica, que brinda una igual protección a todos los/as miembros de una comunidad...”, la Justicia debe prever como ilícitos los actos que entorpezcan sus derechos o les ocasionen daño, llevados a cabo con apoyo en creencias consideradas éticamente relevantes.”¹⁵⁰

4.2.9. De tal forma, la valoración ética de las conductas depende de una posición filosófica subyacente, y aunque existan paradigmas de coincidencia valorativa en una comunidad, no significa que aquellas conductas que no se ajusten a los mismos, sean por ese solo hecho, susceptibles de ser sancionadas por el Estado. El hecho de existir costumbres, modales, ritos y normas sociales, consideradas distintas de las que encuadran dentro de ciertos estándares éticos comunitarios, no las hace por ello inferiores y menos aún “peligrosas”, siendo cualquiera de ellas sólo pasible de la sanción estatal cuando se produzca una ofensa efectiva a la sociedad o un daño efectivo a un tercero. Es de esta manera en que se igualan las conductas socialmente aceptadas de aquellas que no lo son, ya que aquellas que se consideran dentro de un modelo de excelencia ética son de igual forma punibles, cuando, por ejemplo, se tradujeran en un daño a un tercero.

4.2.10. Es decir que las actitudes, aunque la mayoría las repudie desde el punto de vista ético y por lo tanto sean consideradas moralmente ofensivas, se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados”, mientras dichas actitudes en sí mismas no sean lesivas del “orden y la moral pública”, y por tanto, sean perjudiciales para terceros. Queda así claramente determinado que no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los/as individuos que componen una sociedad.

¹⁵⁰ Ídem Nota 1.

- 4.2.11. Por lo cual, a su vez es necesario diferenciar entre "ética privada" y "moral pública"¹⁵¹ para concluir en que podemos considerar como "acciones privadas de los hombres" (sic) a aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, o que no dañen a otros/as. Hay así una serie de acciones sólo referida a una "ética privada" que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieran el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los/as demás.
- 4.2.12. El citado artículo 19 CN, resuelve que sólo los actos externos pueden ser objeto de análisis judicial y caen bajo la potestad legislativa del Estado. Por lo tanto es de esa manera como se fija dicha potestad, delimitando la misma, y quedando por fuera de esos límites no sólo las acciones interiores, sino también las exteriores que no sean pasibles de control judicial. Esto es así, de forma tal que, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, estos actos quedan fuera del ámbito de las prohibiciones legales.

¹⁵¹ La Cámara Federal de La Plata, Sala 3º, en el fallo "T., L.L." del 15 de febrero del 2007, en cita a Carlos Nino y Arturo Sampay, ha sostenido que "es correcto decir que `el alcance de la moral pública está definido por el propio art. 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican; la moral pública es la moral intersubjetiva´ (conf. Nino, Carlos S., "Ética y derechos humanos", 2005, p. 427). El Estado no se ocupa de la moral privada; mejor dicho, en ese campo le está vedado inmiscuirse, y, menos aun, imponer pautas morales determinadas que absorban por completo o cosifiquen al individuo, como ha sido regla en regímenes políticos de los que sobran ejemplos: `el Estado totalitario, que radicalmente disiente con nuestro precepto constitucional, es la organización que somete a todo ser humano al arbitrio del Estado, ya que niega una moral natural reglante de los actos humanos´(conf. Sampay, Arturo E., `La filosofía jurídica del art. 19 CN.´, 1975, Ed. CDCS, p. 25 y n. 23)."

- 4.2.13. Dicha restricción apunta a imposibilitar al Estado a imponer una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo.
- 4.2.14. De tal forma resulta que la protección material del ámbito de la privacidad, así entendida, es uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias.
- 4.2.15. Nuestro orden jurídico conserva el espíritu liberal que se traduce en el artículo 19 de la Carta Magna, y ha sido respetado en general por la legislación penal, siendo así en el caso de la tentativa de suicidio, de las autolesiones, etcétera. O sea que se excluye la posibilidad de fundar la intervención estatal y en especial a través de la punición penal, en las conductas que le integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas. Sin embargo no sucede ello en el caso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal
- 4.2.16. De tal forma la construcción legal del artículo 14 de la ley 23.737 se apoya en una clase de afirmaciones que no se sustentan en constataciones fácticas demostrables, por lo que se incrimina la mera creación hipotética de un riesgo, asentándose en la simple referencia a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad.
- 4.2.17. De esta manera el/la legislador/a ha desconocido flagrantemente los límites impuestos por el orden constitucional al instituir una pena en función de

prejuicios acerca de potenciales daños que podrían ocasionarse.¹⁵²

4.2.18. Se ha sostenido en diversas teorías dentro de la dogmática penal, que las dos preguntas esenciales en materia de justificación de la pena se encuentran asociadas a dos de las corrientes fundamentales de la filosofía ética contemporánea: a) la teoría de la dignidad y de los derechos de la persona y b) una perspectiva utilitaria sobre el "bien común" o la felicidad general. La primera visión, se encuentra ligada a la concepción kantiana de la autonomía y la dignidad humana, como así también al reconocimiento contemporáneo del pluralismo inherente a las sociedades democráticas. La misma se pregunta sobre los límites del derecho penal, señalando ámbitos que deben escapar al uso de los instrumentos punitivos. Así se afirma que los seres humanos son fines en sí mismos y son autónomos, por lo que la ley penal no puede imponerles coactivamente comportamientos, salvo que se trate de situaciones que dañen a terceros. De tal forma se concluye que el Estado democrático no puede imponer coactivamente modelos éticos o de juicios de valor.

4.2.19. El reconocimiento de la diversidad cultural (en respeto siempre de los Derechos Humanos) llega a conclusiones semejantes, pues si la sociedad contemporánea se caracteriza por la coexistencia de distintas visiones de mundo (todas dignas de valor) entonces el Estado democrático no puede privilegiar, por medio de instrumentos penales, algunas de estas visiones, pues estaría erosionando el pluralismo.

4.2.20. De tal forma, el reconocimiento de la autonomía y del pluralismo cultural implican entonces límites al uso del

¹⁵² Hasta éste punto hemos utilizado como guía argumental lo expuesto en los proyectos de Ley referenciados en Nota 1.

derecho penal, pues significan que el Estado democrático no puede imponer coactivamente modelos de virtud o determinadas visiones del mundo, por lo que el derecho penal debe limitarse a sancionar aquellos comportamientos que dañen o vulneren derechos de terceros.

4.2.21. "Estas dos perspectivas de justificación de los límites y la utilidad de las penas pueden a veces conducir a resultados contradictorios, como lo ilustra la penalización de un comportamiento que no afectara derechos de terceros -lo cual viola entonces los límites de las visiones centradas en la dignidad y el pluralismo- pero cuya criminalización contribuya a un mayor bienestar colectivo, y que por ende podría ser defendida por una perspectiva utilitaria. Sin embargo, las dos perspectivas pueden ser complementarias y pueden llegar a las mismas conclusiones no sólo en casos individuales sino incluso en la defensa de ciertos principios generales que deben orientar la formulación de la política criminal. Uno de los ejemplos más notables en este campo es John Stuart Mill, quien a pesar de ser un defensor del utilitarismo, fue el autor que más claramente formuló la defensa de la autonomía y la libertad, al señalar el principio del daño a terceros como criterio único que autorizaba la intervención del Estado. Su formulación es tan clásica que ese principio es a veces conocido como el principio de Mill. Decía el filósofo inglés:

"La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son

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

La penalización del consumo y la prohibición resultan inaceptables desde la primera perspectiva, por cuanto violan la autonomía personal, pues en una sociedad democrática sólo cabe penalizar conductas que afecten derechos de terceros, que no es el caso del consumo de drogas. Y es que el derecho penal en una sociedad democrática no puede estar orientado a erradicar "vicios" socialmente aceptados y a evitar que una persona se haga daño a sí misma, pues invade injustificadamente la autonomía personal y erosiona el pluralismo. (...) 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".¹⁵³

4.3. El Fallo "Bazterrica"¹⁵⁴:

4.3.1. En el fallo "Bazterrica" la Corte Suprema de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771¹⁵⁵ (antecesor del actual artículo 14 de la ley 23.737) y revocó la sentencia de primera instancia que había condenado por tenencia de tres gramos de marihuana y 0,06 de cocaína al Sr. Gustavo Bazterrica. Votaron en disidencia los doctores Fayt y Caballero. Los argumentos más salientes del voto de la mayoría firmado por los doctores Belluscio y Bacqué (el Dr. Petracchi votó por la inconstitucionalidad también, pero con argumentos propios), reafirman y fundamentan lo sostenido en el apartado anterior, es decir, que la penalización es inconstitucional por cuanto viola el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional.

4.3.2. El voto mayoritario sostuvo en esa oportunidad que "En el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas (...) y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un

¹⁵³ Uprimny, Rodrigo, op. cit., nota 12.

¹⁵⁴ "Bazterrica, Gustavo Mario", y en igual sentido "Capalbo, Alejandro Carlos" (con disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y José Severo Caballero), ambos del 29/8/1986 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, LL 1986-D-582.

¹⁵⁵ Sancionada el 26/09/1974, promulgada 03/10/1974 y publicada el 09/10/1974.

tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos".

- 4.3.3. Así también, al respecto de las atribuciones del Congreso Nacional, la CSJN ha dicho que "la referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones".
- 4.3.4. Al respecto de la afectación al bienestar o seguridad general, la Corte ha entendido que "no está probado -aunque sí reiteradamente afirmado dogmáticamente- que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general".
- 4.3.5. Así también, con relación al necesario nexo causal demandado entre una conducta y un resultado típico, como uno de los requisitos establecidos en la dogmática penal, la Corte ha afirmado que "el hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción".
- 4.3.6. Acerca de la "potencialidad del daño" causados por la tenencia, ha afirmado que "penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños

que puedan ocasionarse 'de acuerdo a los datos de la común experiencia' no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros".

- 4.3.7. Al respecto de la solución eventual a la problemática en estudio, el máximo tribunal ha afirmado que "no se encuentra probado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas".
- 4.3.8. "Por el contrario, tal tesis es discutida en la actualidad, por quienes sostienen que las causas de la adicción son de origen múltiple y que la sola forma de atacarla es mediante la corrección de las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea. Quienes se inclinan hacia esta tesis no creen que la incriminación del toxicómano ayude a su tratamiento y, por el contrario se inclinan por sistemas que impongan los tratamientos de desintoxicación como los que han sido adoptados por algunos países europeos".
- 4.3.9. En tal sentido, la CSJN recordó que "además, nuestro país se encuentra vinculado por la convención única sobre estupefacientes, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas reunida el 30 de marzo de 1961 y aprobada por dec.-ley 7672/63, art. 7º, cuyo art. 38 obliga a las partes contratantes a considerar las medidas que pueden adoptarse para el tratamiento médico, el cuidado y la rehabilitación de los toxicómanos y si sus recursos económicos lo permiten a establecer servicios adecuados para su tratamiento".

- 4.3.10. Al respecto de la atención sanitaria que debe brindarse a los/as consumidores/as de estupefacientes, el tribunal ha afirmado que "es necesario, en definitiva, comprender, pese a todos los prejuicios, que se puede atender (al consumidor), que el camino de un individuo a la adicción es paulatino, no es abrupto, ni se produce de un día para el otro".
- 4.3.11. Así "el sujeto puede un día probar la droga, comenzar luego a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica -y en algunos casos física- de ella. Frente a estas distintas situaciones o etapas, las diferentes respuestas que debe proporcionar el Estado tienen una gran influencia sobre el individuo. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratados que tienen los adictos".
- 4.3.12. Por lo cual, la Corte asevera que "en este marco -médico-psicológico-, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una

concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan".¹⁵⁶

4.4. Tipo Penal del art. 14 de la ley 23.737:

4.4.1. La incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal adolece de la significativa falla técnica de constituir un tipo penal, basado en presupuestos sobre la "peligrosidad" del autor más que por su relación con el daño o peligro concreto que pueda producirse a derechos o bienes de terceros/as o a las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica.

4.4.2. Tal "peligrosidad" imputada ilegítimamente a los/as consumidores/as configura una conducta discriminatoria hacia ellos/as, creando un prejuicio criminalizante y un estereotipo negativo de peligrosidad contrario a la ley 23.592.

4.4.3. Por otro lado, este tipo penal estaría viciado en su propia estructura, al hallarse edificado sobre la base de la incriminación a un estado de cosas, como es la mera tenencia no asociada a ningún acto generador de daño ni en la adquisición, ni en su utilización.

4.4.4. Al hallarse ausente en los fundamentos de la tipificación del delito la determinación de un nexo razonable entre una conducta y el daño que ella provoca, se hace inherente a la

¹⁵⁶ Entre otros la Cámara Federal de La Plata, Sala 3º, en el fallo "T., L.L." del 15 de febrero del 2007, ha declarado así también la inconstitucionalidad del Art. 14 de la Ley 23.737. En igual tenor se ha expedido la Cámara de Apelaciones y Garantías Penal de San Isidro, sala 3ª, en el fallo "Barro, Aníbal R. y otro" del 20 de febrero del 2007.

misma el desconocimiento a la restricción establecida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, que obliga a efectuar tal distinción.

4.4.5. El artículo 14 de la ley 23.737 obedece, en definitiva, a un presupuesto dogmático en cuanto a su finalidad, según la cual la punición es un remedio efectivo a la grave cuestión social de las drogas, afirmación ésta que, al no haberse corroborado en los hechos, es escasamente científica y particularmente imprecisa. Pero más aún, cuando tal tesis ha sido vigorosamente descartada por la experiencia, mucha de la cual hemos intentado exponer en esta fundamentación.

4.4.6. Por otro lado, y suponiendo que no se haya podido comprobar que la tenencia de estupefacientes iba a ser destinada a consumo personal¹⁵⁷, el mismo Art.14 pena al condenado con una pena de uno a seis años de prisión, más una cantidad monetaria en carácter de multa (máximo penal éste dentro del cual por ejemplo podría punirse a un homicida en estado de emoción violenta¹⁵⁸; al que causare a otro/as lesiones graves¹⁵⁹; al que cometiera homicidio en riña¹⁶⁰; al homicida en ocasión de duelo¹⁶¹, al que cometiese estupro¹⁶²; al que

¹⁵⁷ En muchos casos, la carga de la prueba en tal supuesto cae en cabeza del imputado, quien inconstitucionalmente debe demostrar su inocencia al presumirse su culpabilidad.

¹⁵⁸ ARTICULO 81 CPN. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

¹⁵⁹ ARTICULO 90 CPN. - Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

¹⁶⁰ ARTICULO 95 CPN. - Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

¹⁶¹ ARTICULO 97 CPN. - Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos: 2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

cometa rapto con la intención de menoscabar la integridad sexual de la víctima¹⁶³; al que privase a otro de su libertad personal¹⁶⁴, etc.).

4.4.7. Por lo cual, en otra observación posible del Art. 14, vemos que podríamos llegar a hablar de cierta desproporcionabilidad de las penas establecidas, ya que la tenencia de estupefacientes se penaliza con un máximo semejante y a veces mayor al que se pena delitos de mayor gravedad como ser los mencionados homicidios, lesiones graves, rapto, privación ilegítima de la libertad. Como diría Beccaria: "Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo mas fuerte para cometer el mayor delito..." y por otro lado, "la atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue mucho mas para eludirla, cuando es grande el mal que se enfrenta: hace que se cometan otros delitos para escapar de la pena de uno solo".¹⁶⁵

4.4.8. Así también, si la tenencia es para uso personal, se impone una pena mayor a la persona que tiene en su poder drogas que al que cometiese lesiones a otro/a (un mes a dos años en la

¹⁶² ARTICULO 120 CPN. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado...

¹⁶³ ARTICULO 130 CPN. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

¹⁶⁴ ARTICULO 141 CPN. - Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

¹⁶⁵ Cesare Beccaria, "Del Delito y de las Penas", ED. Losada, pgs. 44 y 83 respectivamente.

tenencia, y un mes a un año para las lesiones del Art. 89 CPN¹⁶⁶).

- 4.4.9. De esta forma, con la política legislativa que ha producido tal desfase o desproporcionalidad entre la penalización de los delitos, podríamos decir que el tener estupefacientes para consumirlos personalmente propinándose eventuales lesiones a uno/a mismo/a dentro de la esfera de su ser soberano para con su propio cuerpo, es reprimida más severamente que el lesionar deliberadamente a otro/a. Ello viola de por sí, todo principio de proporcionalidad y razonabilidad en el ejercicio punitivo.
- 4.4.10. Así también, el tipo de delito tipificado por la ley 23.737 se conoce técnicamente como delito de mera actividad y peligro abstracto.
- 4.4.11. Erbetta analiza que este tipo de figura es consecuencia de una "tendencia expansiva del derecho penal [...] [que] se nutre de un criterio político criminal orientado a derivar cada vez más conflictos al sistema penal (una huida hacia las penas), sugiriendo la idea de que el derecho penal y su arma nuclear (la pena) pueden convertirse en instrumento idóneo para modificar las relaciones sociales, económicas, familiares, previsionales, fiscales y de salud".¹⁶⁷ Esto genera "...una operatividad distorsionada de un instrumento tan valioso como el derecho que, en lugar de satisfacer su esencia de solución de conflictos sólo contribuye -en estos casos- a una mayor conflictividad".¹⁶⁸

¹⁶⁶ ARTICULO 89 CPN. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

¹⁶⁷ Daniel Erbetta: "Droga: consumo, política y legislación".

¹⁶⁸ Proyecto Legislativo referenciado en Nota 1.

- 4.4.12. De esta manera en la medida que se consolida cada vez más esta tendencia, la misma es inversamente proporcional a las garantías constitucionales.
- 4.4.13. Al respecto de los límites constitucionales en la construcción de un tipo penal, debe recordarse que existen "principios constitucionales que delimitan los elementos que debe contener un tipo penal para ser constitucionalmente admitido..."¹⁶⁹, de allí se derivan los límites materiales con que cuenta el legislador para trazar los tipos penales.
- 4.4.14. El entendimiento del delito como acción típica, antijurídica y culpable es indiscutible. En ese marco; injusto (acción descrita en la Ley Penal y desaprobada por el ordenamiento jurídico) y culpabilidad son dos categorías jurídicas cuyo contenido debe responder (en cualquier teoría del delito) a los dispositivos constitucionales.
- 4.4.15. El principio del acto (derecho penal del acto), afirma la no existencia de delito sin conducta humana, sin la acción humana. Al presentarse a la tenencia como una situación de "peligrosidad" en sí misma, demuestra que lo que se pretende reprochar penalmente no es una acción sino una condición o carácter personal del autor. Tal visión se basa en la oposición al principio del acto, dicho sea, el principio del autor, para el cual la conducta sólo tiene un valor sintomático, siendo los caracteres personales del/la autor/a los que fundamentan la punición.
- 4.4.16. Por otra parte, la tenencia de por sí no es una conducta sino "un estado de cosas, una relación entre un sujeto y un objeto, y que no puede muchas veces evitarse..."¹⁷⁰. Por lo tanto, se penaliza la mera posibilidad de ejercer actos de dominio sobre una cosa por un lado y, por otro, los

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Proyecto Legislativo referenciado en Nota 1.

caracteres personales del/la autor/a, afectando así el principio *nullum crimen nulla poena sine acto*, incurriendo el/la legislador/a en un exceso de los límites materiales, establecidos constitucionalmente, para la construcción de un tipo penal.

4.4.17. Pero, al mismo tiempo de afectar dicho principio, se conculca también el principio de lesividad (*nullum crimen sine injuria*). Erbetta plantea que, en nuestro derecho, el fundamento de la pena no lo constituye el sólo incumplimiento o desobediencia a la norma sino que en el artículo 19 de la Constitución Nacional, hay un claro requerimiento al expresar "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero"¹⁷¹ que impone como exigencia, la afectación de un bien jurídico, como un determinante del contenido del injusto penal. Pero además dicha afectación debe materializarse en forma concreta y no presunta.

4.4.18. De esta forma la acción que se considera típica y antijurídica debe implicar un doble disvalor: del acto y del resultado, constituyéndose ambos aspectos en una condición de contenido para considerar de esa manera a tal acción. A la vez, estos dos elementos se "presentan con una especial función de garantía. Precisamente la circunstancia de que resulte necesario imputar al acto desvalorado una afectación real y efectiva del bien jurídico representa un claro límite a la intervención estatal y una expresa garantía de que no entran en consideración afectaciones ideales o presuntas de bienes jurídicos".¹⁷²

¹⁷¹ Art. 19 CN. En dicha latitud se incluyen, a su vez, las denominadas "conductas autorreferentes" que, a pesar de su trascendencia, sin embargo, no tienen proyecciones o incidencias para terceros (conf. Bidart Campos, G., "Manual de la Constitución reformada", t. I, 2004, Ed. Ediar, ps. 522/524).

¹⁷² Daniel Erbetta: "Droga: consumo, política y legislación"

- 4.4.19. Afirmado lo anterior, se deriva como lógica consecuencia la inconstitucionalidad de cualquier figura penal perteneciente a la categoría de los llamados delitos sin víctima y de los llamados delitos de peligro abstracto. En los primeros, por la sencilla razón de que en ellos no hay sujetos afectados. Así ocurre con el caso que nos ocupa, en tanto el consumo forma parte del derecho de disposición sobre la propia persona, que no puede ser afectado pues se trata de un bien del/la propio/a consumidor/a. En los segundos, porque la afectación del bien jurídico debe concretarse en un resultado de lesión o, bajo ciertas condiciones, en un resultado de peligro concreto y efectivo corrido por el bien jurídico protegido.¹⁷³
- 4.4.20. El resultado, en tanto elemento del delito, debe formar parte del tipo penal y debe ser probado como cualquier otro elemento integrante del juicio de imputación jurídico penal, ya que es insostenible que, cualquier elemento del delito, quede integrado o constituido a partir de un prejuicio legal. Si así fuere se estaría desconociendo el estado de inocencia, violando el derecho de defensa y desconociendo la regla según la cual incumbe a la acusación la prueba de los hechos.
- 4.4.21. De la misma manera se estaría violando el principio de legalidad (que exige una precisa y estricta determinación de los elementos del delito) y al principio de igualdad ante la ley al presumir que toda persona que tiene en su poder droga se transforma en consumidora o adicta.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29-S, 1986, tenencia de estupefacientes para uso personal. "Bazterrica, gustavo M.", voto del doctor Petracchi.

4.4.22. Entonces, desde el punto de vista jurídico, aseveramos que en la Ley de Estupefacientes se ha incurrido en una formulación defectuosa del tipo penal sobre la tenencia.¹⁷⁴

A modo de conclusión, por los motivos expuestos, observamos que los/as consumidores/as de estupefacientes son discriminados/as a través del régimen prohibicionista actual, que obstruye el efectivo ejercicio de sus derechos a la igualdad, a la intimidad, a la salud y al trabajo, en abierta contradicción con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es así que teniendo en consideración la realidad expuesta y de acuerdo a sus facultades:

EL INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO RECOMIENDA

I. 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.

¹⁷⁴ Ídem Nota 1.

(iii) Que estudie las consecuencias de otras normas¹⁷⁵ señaladas en la presente recomendación, mediante las comisiones legislativas correspondientes, y se proceda a la reforma de las mismas.

II. Al Poder Judicial, que mediante el control difuso de constitucionalidad de las normas, las instancias inferiores, de alzada, y Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaren la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 23.737, de concordar con los motivos expuestos en la presente y mientras dicha norma continúe en vigencia.

III. Al Ministerio de Salud de la Nación y a los Ministerios y/o Secretarías de Salud de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que arbitren los medios a fin de estudiar la posible implementación de una política de "reducción de los daños" causados por el consumo de drogas prohibidas, como así también la debida asistencia, atención y acercamiento de los/as consumidores/as a los sistemas de salud (Medicinas Prepagas, Obras Sociales y Salud Pública).

IV. A los órganos públicos encargados de hacer cumplir la ley, entre otros al Ministerio Público Fiscal, fuerzas de seguridad y al Poder Judicial de la Nación, que arbitren todos los medios a su alcance a fin de perseguir los delitos de narcotráfico y distribución ilícita de estupefacientes con todo el énfasis y esfuerzo que tal persecución demanda, y castigar a los/as sujetos activos de tales delitos con todo el peso de la ley.

¹⁷⁵ Arts. 15 al 22 de la ley N° 23.737; Art. 18 bis de la Ley N° 10.9032, introducido por la ley 23.737.