

**¿EXISTE EL DERECHO A LA
AUTODEGRADACIÓN?**

**A propósito del debate sobre la despenalización
del consumo y tenencia de drogas**

*Conferencia del Dr. Carlos Alberto Mayón
al incorporarse como miembro correspondiente a la
Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
en sesión pública extraordinaria del 22 de abril de 2009*

*Apertura del acto y palabras de presentación a cargo del
académico Presidente Jorge Reinaldo Vanossi*

Presentar al Dr. Mayón no es fácil ni difícil, es lisa y llanamente imposible si lo que se pretende es reflejar la totalidad de su riquísima labor científica y su vasta formación cultural. Como no lo puedo llevar a cabo –no lo pretendo– aunque sí lo intento en palabras que muestren una visión en escorzo, como una figura o representación abreviada de su personalidad.

Nacido en Tandil en 1940, platense por adopción, casado con Marta Elena Salvarreyes –que hoy aquí nos acompaña– formaron juntos una familia ejemplar; como también fue hijo ejemplar, paradigma de amigo fraterno, y sobre todas las cualidades, es un señor y un hombre de bien.

Esta Academia se enriquece con su incorporación, pues tratándose de Ciencias Morales y Políticas, Mayón reúne en su acervo un patrimonio comprensivo de ambas disciplinas. Lo podemos afirmar con comodidad, pues la política, ya sea como ciencia o como praxis, “penetra todo” como decía Ortega y Gasset. Es por ello que Orham Pamuk, el escritor turco que recibió el Premio Nobel de letras, en su obra “Otros colores” confiesa que: “La política no es algo que escogemos por capricho, sino más bien un desafortunado accidente que nos ocurre y que nos vemos obligados a aceptar” (Barcelona, 2008, Ed. Mondadori).

Mayón posee una base de cultura humanística, esto es fundamental señalarlo como una premisa: no es solamente un gran especialista en Derecho Público y en particular en Derecho Constitucional. Basta señalar que a nivel universitario ha seguido los cursos de idiomas que le han permitido acceder a una concepción humanista –como decíamos recién– de la historia de la vida y de la Ciencia. No ya los idiomas clásicos como el francés y el inglés, sino que ha estudiado en la Facultad de Humanidades latín y además griego, nada menos que con el famoso Prof. Guillermo Thielle, por todos aquellos que lo hayan conocido con el renombre que tenía como especialista en la cultura griega.

Que no extrañe entonces la calidad y la magnitud de su obra y producción científica basada en tan sólida formación cultural que predispone a la amplitud del conocimiento con una dimensión que excede los contornos de la especialización para trascender a mayores alturas. Es esa gran visión universalista la que lo alienta a tomar el pasado para emprender ingentemente –o sea grandemente– la visión del porvenir. Probablemente piense como Unamuno cuando afirmaba: “Procuremos más ser padres de nuestro porvenir que hijos de nuestro pasado”.

¿Qué puede decirse del Dr. Mayón y de su fecunda vida? Nada más que el índice de su “CV” es abrumador. Diplomas universitarios de grado y de postgrado; otras carreras universitarias de postgrado, cursos de especialización, cargos docentes, dirección de institutos, actuación en universidades públicas y privadas y en centros universitarios del interior; cargos de gestión académica como miembro del Honorable Consejo Directivo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, a la cual ha estado toda su vida entrañablemente ligado; libros, folletos, artículos, capítulos de libros, carrera de investigador cursada debidamente, trabajos inéditos de investigación, conferencias, cursos, congresos, actuación como expositor, panelista, relator; su desempeño en el Poder Judicial, otros cargos

públicos, entidades científicas: en fin, ha honrado y sigue honrando numerosas entidades a las cuales tributa y brinda su sapiencia.

¡Esta sí que es una trayectoria! Su “hoja de vida” es un legado que genera admiración y que debería servir de paradigma o modelo a seguir por los que se dejan vencer por la desazón o caen en la tentación de la pereza mental aunque estén dotados de talento. En cambio Mayón se apoya en la razón y en la equidad, no dejándose abrumar por el “atropamiento” –palabra que utilizaba el inmortal Sarmiento– de las masas ni por el quejido de la sensiblería que embriagan el comportamiento de los pueblos, aturdidos por la demagogia o los oportunistas de turno.

Los Diplomas Universitarios de Mayón llaman la atención. Posee Título Máximo de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y otros cuatro títulos superiores: Abogado, Profesor en Ciencias Jurídicas, Licenciado Especialista en Ciencia Política y Docente Universitario en Derecho Público. Esto es digno de ser destacado porque señala una continuidad y una perseverancia. En los diplomas universitarios de postgrado exhibe cuatro títulos: Profesor en Ciencias Jurídicas recibido en 1967 en la Facultad de Humanidades; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en 1971 con Tesis sobresaliente por un jurado integrado por el Decano de la Facultad y por los maestros y doctores Segundo V. Linares Quintana, Alfredo Galletti, Héctor R. Orlando y Bartolomé Fiorini, quien fuera cuatro veces decano de la Facultad de Derecho de la Plata; Licenciado Especialista en Ciencia Política en 1972 y Docente en Derecho Público en 1975. Y también cursó la Especialización en Derecho Penal y Criminología dado que ha sido además Juez Penal como luego lo mencionaremos.

Ofició en numerosos cursos de especialización que no voy a mencionar, pero por añoranza recuerdo uno en particular sobre Recurso Extraordinario en el cual tuvimos el honor de disertar junto con algunos maestros desaparecidos a los cuales rindo homenaje en este momento, como Genaro Carrió, como el doctor

Julio Oyhanarte y otros que desgraciadamente han fallecido en la víspera como Augusto Mario Morello, muy caro para todos nosotros, y otros que felizmente viven como Néstor Sagüés y Roberto Berisonse.

Su gran ámbito ha sido la Universidad Nacional de La Plata. En prieta síntesis, en esa Universidad –la de Joaquín V. González– ejerce la docencia superior desde el año 1963 ininterrumpidamente hasta el presente, en el nivel de grado y de postgrado. En el nivel de grado se ha desempeñado en tres facultades en distintos cargos y jerarquías: Carrera Docente, Profesor Adjunto, Profesor Titular con Dedicación Simple y Profesor Titular con Dedicación Semi-Exclusiva. En el nivel de postgrado lo hace desde el año 1990 hasta la fecha. Además ha sido Padrino de Tesis Doctorales, Miembro de Tribunales Evaluadores de Tesis, de Reválidas de Diplomas Extranjeros y Jurado en numerosos concursos para profesores titulares y para profesores adjuntos.

Hoy es Profesor Titular Ordinario en la Cátedra de Historia Constitucional; es también actualmente Profesor Titular Ordinario en la Cátedra de Derecho Constitucional: la Cátedra N° 1 que es la Cátedra de Matienzo, de Carlos Sánchez Viamonte y de Linares Quintana, para que ustedes vean la prosapia que esa Cátedra tiene en la Universidad Nacional de La Plata. También Profesor a cargo de la Cátedra de “Derecho Constitucional en el Derecho Civil” de la Carrera de Especialización y Maestría en Derecho Civil en Postgrado.

En fin, podríamos seguir mencionando muchos otros antecedentes pero debo también enfatizar, entre esos otros dos grandes méritos, que son dos culminaciones: Director del Instituto de Derecho Constitucional y Político Dr. Carlos Sánchez Viamonte, designado por concurso de antecedentes y títulos, ya que en los Institutos de la Universidad Nacional de la Plata se obtienen los cargos docentes y de investigación a través de ese mecanismo. Y dirige además el Postgrado de “Especialización en Derecho Cons-

titucional” que existe como un nivel de particular connotación en esa facultad que siempre ha dado tanta importancia al Derecho Público y a la Ciencia Política.

Su apertura generosa y sacrificada hacia el interior exhibe esfuerzos increíbles trasladándose periódicamente, y lo ha hecho en varias oportunidades y durante muchos años para atender requerimientos docentes en Junín, actualmente en la Universidad del Noroeste Argentino, en la Universidad de la Pampa y en localidades como Bariloche, Choele-Choel, Viedma, Río Grande y Río Gallegos.

En la Universidad Católica de la Plata exhibe también una gran foja de actuación. En esa universidad ejerce la docencia superior desde el año 1970 ininterrumpidamente hasta el presente, habiendo desempeñado en dos facultades todos los cargos y jerarquías: Auxiliar Docente, Profesor Adjunto, Profesor Adjunto a cargo de la cátedra, Profesor Asociado a cargo de la cátedra y Profesor Titular (esto último hace más de 30 años) culminando también en esa universidad como Director del Departamento Jurídico y Humanístico en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Católica.

No puedo dejar de mencionar también su tan meritoria cuanto abnegada atención a los centros regionales. Hoy mencionaba el de Junín que es ahora una nueva universidad; y una experiencia muy desafiante siendo uno de los que la ha iniciado en el país, que es la “educación a distancia”. La clase virtual en conexión directa en tiempo real dirigida a los alumnos: en este caso eran alumnos de la Patagonia, que inauguró para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales como Aula Virtual de la Universidad Nacional de la Plata en julio del año 2001. Esto ahora ya lo han imitado otras universidades, pero el Dr. Mayón ha sido uno de los precursores de esa modalidad que permite acceder al conocimiento de grado o de postgrado a personas que por razones de distancia o por carenciamiento económico no pueden llegar hasta la sede de la Universidad.

Se ha ocupado también de la “extensión universitaria” participando en numerosos proyectos por medio de conferencias, etc. de las cuales se pueden citar fundamentalmente las dedicadas a “orientación vocacional”: este es otro punto; Mayón como docente cabal auténtico le ha dado la importancia que tiene a la orientación vocacional para ayudar al esclarecimiento oportuno y así evitar luego posibles frustraciones. También ha sido profesor en la Escuela de Capacitación para el Personal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires hasta su disolución en el aciago año de 1973, disolución por la tropelía o atropello de los bándalos –es decir gente salvaje, desalmada– o bandalaje como dice el diccionario de la Real Academia.

Tiene también una frondosa participación en comités evaluadores y ha sido padrino de tesis doctorales y miembro de tribunales para evaluar las tesis. Jurado en concursos de profesores, tanto en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Plata y otras, que ha sido siempre convocado por sus conocidos y reconocidos valimientos que hacen a mi modo de ver innecesario lo que se practica en otras universidades, de humillar a los constitucionalistas argentinos invitando nada más que a jurados del exterior, como si aquí no tuviéramos valores de la talla del doctor Mayón y de muchos de los que están aquí presentes que pueden integrar esos jurados, agravio inmerecido que ocurre con increíble persistencia.

Sus publicaciones son libros varios: “Las elites dirigentes” mereció numerosos comentarios elogiosos en distintas publicaciones de especialidad; “Constitución de la Provincia de Buenos Aires” de edición de Depalma; “Introducción al estudio de de la Historia” también comentado elogiosamente en muchas revistas; “Bases constitucionales del Derecho Civil”. La enumeración continúa además con la cantidad de artículos y ensayos, que son más que artículos, pues son casi libros y capítulos en libros de obras colectivas, son decenas (más de veinte o treinta). Pero hay uno

que quiero mencionar porque también trae buenos recuerdos que demuestra su sincero amor por el *alma mater*, que es un trabajo, una investigación, sobre la fundación de la Universidad Nacional de la Plata y su Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que se hizo como homenaje a Joaquín V. González y al aniversario de la Universidad.

Tiene muchos antecedentes en investigación porque siguió la carrera de investigador diplomado. En el proceso de categorización ya hace 10 años que le fue asignada la superior categoría por la Comisión Regional de Categorización, con seiscientos quince puntos, dejando constancia la comisión que dicho puntaje era asignado por unanimidad y que, cito textual: “El puntaje excede el máximo de la categoría, la más alta de incumbencia de esa comisión”.

Ha sido también meritoria y digna de alabanza su continua recordación de los maestros históricos del Derecho Constitucional y por eso se ha ocupado de integrar la Comisión Revisora de la obra de Joaquín V. González que es hora que se publique nuevamente porque la que ordenó el Senado por proyecto del benemérito Alfredo Palacios ya está totalmente agotada; y también fue miembro de la Comisión de Homenaje a Juan Bautista Alberdi. Es por ello que disentimos con Alfredo Pareto, en su afirmación peyorativa “que la Historia es un cementerio de aristocracias”: no, la Historia es un semillero permanente y actual de enseñanzas para el futuro. Por modestia exagerada y exceso de autocritica no ha publicado muchos trabajos de investigación que han quedado inéditos: son más de dos docenas, sobre Artigas, sobre “La política económica en el pensamiento de Saint-Simon”, que el profesor titular de la cátedra en la Plata, el doctor Alfredo L. Palacios sugirió y propuso la publicación de ese trabajo lo cual merece destacarse, como también el profesor titular de Derecho Político, el doctor Frondizi, solicitó la publicación de otro trabajo sobre “El socialismo utópico”.

Las conferencias y cursos son más de cuarenta o cincuenta, y hay una particularmente referida a un homenaje al profesor Germán Bidart Campos que se realizó en la Universidad Nacional de la Plata y en la cual habló el expresidente recientemente fallecido doctor Raúl Alfonsín.

La participación en congresos y cursos de actualización en carácter de exposición de panelista o de relator suman más de medio centenar, pero omito su mención en particular y solo quiero recordar que algunas como acerca de la idoneidad para ocupar cargos públicos, merecieron un comentario muy elogioso en el diario La Nación de Buenos Aires (otra más, ente todas las Jornadas que hemos compartido). Quiero destacar una sobre régimen constitucional y legal de los partidos políticos que realizamos en el Instituto en La Plata sobre el constitucionalismo finisecular. Ha sido panelista en las Jornadas de Derecho Político que iniciara primeramente nuestro miembro correspondiente de esta Academia doctor Alberto Natale, que hoy no está presente y en las que su exposición (la de Mayón) fue comentada muy elogiosamente por varios diarios, no solo La Nación, La Razón y otros órganos de prensa. Ha participado prácticamente de todos los encuentros nacionales de Derecho Constitucional que se vienen haciendo desde 1971, que los iniciamos en la Universidad de Belgrano y prosiguieron hasta la actualidad, y de todas las jornadas que hemos realizado en la Universidad de La Plata; y hay también una actuación de él en el exterior: –menciono una al pasar– su actuación en el VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional que se patrocinó por la International Association of Constitutional Law, entidad que por primera vez realizó una reunión en América Latina, en Chile y a la cual asistió y disertó el doctor Mayón.

Quisiera señalar en los últimos párrafos, ya no su participación en este tipo de reuniones que es habitual y siempre fecunda porque no va para asistir, sino para participar y lo hace acompañando relatorios, trabajos, y ponencias; sino que ha ocupado tam-

bién funciones como la de representante oficial de la provincia de Buenos Aires ante el Gobierno de Santa Fe para las reuniones de teoría y técnica legislativa e informática jurídica; como así también reuniones del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que se han realizado en los últimos años. Y luego, su desempeño en el Poder Judicial donde hizo la carrera comenzando por Secretario de Juzgado y ocupando dos juzgados penales, injustamente postergado –en mi opinión– por una resolución de omisión que es injustificable; su carrera judicial, de haber continuado, tengo la absoluta certeza de que la habría coronado en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y lo afirmo con plenos fundamentos, pues todavía hay tiempo para reparar el daño de la arbitrariedad que se cometió con el Dr. Mayón.

Se ha desempeñado también en otros Poderes del Estado: ha sido durante doce años asesor de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. También de la Vicepresidencia primera y de la Vicepresidencia segunda de la Cámara de Diputados como asesor en Derecho Constitucional. También como asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación durante el año 2002. Y también, por supuesto, en funciones en el marco de la Provincia de Buenos Aires. En todas las funciones que ha ocupado, su ponderación estuvo presente en el análisis de las cuestiones en debate, tal como lo practicaba el estadista español Canovas cuando se autodefinía, afirmando: “...soy un moderado que transita por el filo de un equilibrio perpetuo entre principios absolutos en pugna.” La moderación y la ponderación son un signo característico de Mayón.

Debe destacarse también la actuación del Dr. Mayón en la Licenciatura especializada en la Ciencia Política que iniciara el maestro decano de esta Academia, Segundo V. Linares Quintana y en la dirección del Boletín de ese Instituto de Ciencia Política. Ha integrado el Consejo Directivo y el Consejo Consultivo de varias asociaciones, también el del Colegio de Abogados de la Plata en

que intervino en la redacción de numerosos proyectos de ley que han tenido luego éxito en esos ámbitos. Como si esto fuera poco, quiero señalar que en su empeño ha seguido estudiando, y evidentemente el afán del saber lo ha llevado a cursar el Profesorado en Letras y el Profesorado en Filosofía en la Universidad platense.

Estimados amigos: los argentinos nos hemos acostumbrado a prestar atención a Doctores que no son Doctores y hasta médicos e ingenieros que no son tales. Hasta la justicia consiente que se usurpen títulos en franca violación del Código Penal, artículos 246 y 247. El relajamiento de “la vida líquida” como la llamaría Zygmunt Bauman y lo banal que nos rodea, hace caer las creencias, los valores y la fe. El doctor Mayón –en cambio– se apoya en esos pilares. Yo lo pongo como un punto de referencia, pues considero la invocación del Preámbulo, de Dios “como fuente de toda razón y justicia”, que nuestro Dios es –al decir de Pascal– “un sujeto cuyo centro está en todas partes y que no tiene perímetro”, o sea, que el Creador es infinito y Él nos asiste.

Ante la inverecundia de desvergüenza y desfachatez dominantes escuchemos hoy la voz y el pensamiento de un portador de la sensatez. Hablará y reflexionará con la paz interior que alimenta su espíritu, que en cada día de su vida –y que mucha de ella le queda por devenir– invocará las palabras de San Lucas: “Et nunc dimittis servum tuum” (Señor, ahora ya puedes dejar ir a tu siervo).

La gran vocación constitucional del Profesor Mayón va aparejada con su fe inquebrantable en el apego a las instituciones. No es un político de partidos, pero sí un predicador que brega sin cansancio. Resumiría el arraigo de sus lecciones, de la siguiente manera:

- 1) Aborrece lo que Juan Agustín García reprobaba en las conductas ciudadanas: el culto a la fuerza y el desprecio a la ley.

- 2) Cree como Gaspar Campos que la Constitución no tolera tiempos de carnaval durante los cuales se le pueden colocar disfraces (sic).
- 3) Comparte la sospecha del gran Burke, que “la excusa de la opresión es la pretensión de un hombre para decidir sobre la felicidad de otro”.
- 4) Su observatorio constitucional incluye la aplicación tan fecunda del método comparativo o comparado, para tomar nota de ventajas y desventajas, de aciertos y de errores, de semejanzas y diferencias; pero no confunde Mayón eso con la tentación del *exotismo*, que es la tendencia a asimilar formas y estilos distintos de los propios o la adopción de modas pasajeras que no cuajan con nuestras reales necesidades (cualquier semejanza con la realidad es casualidad).

Y dejo ahora paso, de inmediato, a la disertación del Dr. Mayón, que lo hará sobre un tema de gran resonancia social: “¿Existe el derecho a la autodegradación? (A propósito del debate sobre la despenalización del consumo y tenencia de drogas)”. Hoy sí que vamos a escuchar a “un gran profesor”. Doctor Mayón: *de la lectio, la disputatio y la probatio*, usted nos conducirá por ese camino al encuentro de la verdad. Tiene pues la palabra.

¿EXISTE EL DERECHO A LA AUTODEGRADACIÓN?

A propósito del debate sobre la despenalización del consumo y tenencia de drogas

Por el académico correspondiente
DR. CARLOS ALBERTO MAYÓN

I. Introducción

1. Importancia del tema

El académico presidente, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi en una comunicación ante esta Corporación, del 27 de abril de 2005, planteaba la sospecha de que, cuando menos se imaginara, se replantearía el tema de las drogas¹.

La realidad le dio la razón, pues recientemente la cuestión ha vuelto a aparecer con renovados bríos, y ante un panorama de progresiva gravedad.

¹ Vanossi, Jorge Reinaldo A. *¿La Argentina necesita replantear su política sobre drogas estupefacientes?* Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de abril de 2005.

Así vemos que en los últimos tiempos se ha acentuado el debate sobre la propuesta de despenalización del consumo y tenencia de drogas. En especial durante el pasado año 2008, en que el Gobierno Nacional ha replanteado el tema con singular intensidad. Y, en la misma línea de pensamiento, se anticipó que la Corte Suprema dictaría un fallo en que resolvería la inconstitucionalidad de la ley que sanciona a los tenedores y consumidores.

El tema es sumamente amplio y puede ser estudiado desde distintas perspectivas: política, ética, religiosa, jurídica, constitucional, de política criminal, sociológica, médica, histórica, del derecho internacional. Además, impacta sobre cuestiones que significan las mayores preocupaciones de la ciudadanía: la seguridad, la salubridad y la educación.

Entre los muchos aspectos que tiene el tema me voy a ocupar fundamentalmente de su existencia o no como derecho protegido por la Constitución, la posibilidad de prohibirlo y sancionar su ejercicio y, en definitiva, si existe o no un derecho a la autodegradación.

El consumo de drogas estupefacientes por simple placer, sin fines medicinales, ha recibido distintas denominaciones disvaliosas, tales como autolesión, autodegradación y derecho a la propia degradación. Autolesión y autodegradación son las denominaciones que le dio la Corte en el caso Colavini. Posteriormente, en el caso Bazterrica, los jueces Caballero y Fayt, que votaron en disidencia, lo llamaron derecho a la propia degradación con capacidad abstracta de proyectarse².

Aclaro también que, cuando hablo del supuesto derecho a la autodegradación, considero que la droga no es el único problema

² Corte Suprema, Casos Bazterrica” y “Capalbo” 29 de agosto de 1986. “Se trata de la propia degradación, con capacidad abstracta de proyectarse”. (Disidencias de los jueces Caballero y Fayt).

relacionado con este debate. Hay otros como el alcoholismo, el tabaquismo, la ludopatía. Pero creo que el más preocupante en este momento es el de las drogas estupefacientes, por lo que aquí me referiré exclusivamente al mismo.

Desde el punto de vista constitucional son varios los derechos que están en juego: la vida, la protección de la salud, la integridad física y síquica, la dignidad, la intimidad o privacidad, la libertad de comerciar, de entrar, permanecer y salir del país, etc. Y todos ellos deben analizarse si están o no en conflicto con la penalización, despenalización, libertad de consumo, y libertad de tráfico de las drogas estupefacientes.

Las actitudes que se asumen ante el tema son múltiples en el mundo y en la Argentina en cuanto a su mayor o menor importancia (algunos lo consideran un problema muy preocupante, otros no); hay quienes propician la libertad total, no sólo de su consumo sino también del comercio: permitir el tráfico –dicen– evitará las guerras entre mafias de narcotraficantes, se abaratarán los costos, y no será redituable dedicarse a esa actividad. Otros proponen la liberalización sólo respecto del consumo, no de la comercialización. También se lo estudia desde la política criminal, a fin de saber si es más efectivo que el Estado actúe o no sobre la cuestión.

Otros van más allá: plantean que se implementen ayudas a los consumidores para evitar los perjuicios suplementarios que el uso de tales sustancias les ocasiona. Hay proyectos para que se entreguen jeringas a quienes usan sustancias inyectables, y también propuestas para que en los lugares donde se sabe que se consumen drogas sintéticas o de diseño, se provea gratuitamente de agua a fin de evitar la deshidratación que produce dicho consumo. Y también proyectos en el otro extremo: que para evitar que se consuman esos alucinógenos en las fiestas electrónicas, sencillamente se prohíban las citadas reuniones.

En cuanto a las penas, algunos propician suprimirlas, y otros incrementarlas, aunque no he visto propuestas de llegar a extremos como el de los países islámicos, o China³.

Otros enfoques son el constitucional (que es al que daremos preferencia); el jurisprudencial, con una permanente modificación de criterios por nuestro máximo Tribunal (en algo más de 30 años varió diametralmente de opinión dos veces y está por hacerlo en una tercera); la jurisprudencia de los últimos años, a través de los “tribunales inferiores” y también los provinciales; la competencia (cuando el problema no era tan grave actuaba la justicia local, al intensificarse pasó a ser federal y, desde 2005, admite las dos jurisdicciones); incluso, se ha polemizado si algunas drogas son realmente perjudiciales (el paco) o, aun más, beneficiosas (marihuana).

Veremos también que, en los últimos años, se han ido desarrollando sucesivos pasos que, en mi opinión, llevan a facilitar el consumo y tráfico de drogas.

Lo cierto es que, en esta materia de las drogas, la situación ha cambiado sustancialmente, para peor, desde que la Corte Suprema inició un rumbo zigzagueante hace más de treinta años. Por lo tanto, es más importante que nunca tomar todas las medidas necesarias para enfrentarla.

II. Conflictos de Derechos

1. Clasificaciones de derechos

Es sabido que los derechos pueden ser clasificados de muchas maneras. Una de las más tradicionales y elementales es la que distingue entre derechos civiles, políticos y sociales.

³ En este último país, a manera de “festejo” del día internacional contra el tráfico de drogas, los 26 de junio de cada año realizan ejecuciones masivas de traficantes y consumidores.

Para nuestro trabajo nos interesan aquí los derechos civiles que corresponden a todos los habitantes del territorio del Estado, sin ningún tipo de distinciones. Son reconocidos a los nacionales y a los extranjeros; a los mayores y a los menores; a los recién nacidos, los por nacer y los ancianos. Todos, sin excepción, tienen estos derechos.

En la Constitución Argentina se encuentran particularmente en la Primera Parte⁴ y, en especial, en el art. 14. En cuanto a los extranjeros, el art. 20 los refirma de modo que no queden dudas sobre su más completo reconocimiento.

Estos derechos civiles pueden subclasificarse, a su vez, en derechos personalísimos, derechos personales y derechos económicos.

Derechos personalísimos son los de la persona en sí misma: a la vida (arts. 29, 33); a la salud (arts. 33, 42); a la integridad física (arts. 18, 33); a la dignidad (arts. 18, 33); al honor (arts. 29, 33); a la intimidad (arts. 18, 19); a la identidad, al nombre, a la propia imagen (art. 33); a la nacionalidad (arts. 8, 33, 75 inc. 12); a la religión y al culto (arts. 14, 19 y 20); etc.

Los derechos personales están relacionados con la vida en sociedad: circulación, seguridad, educación, expresión, prensa, reunión, asociación, petición, etc.

Y los derechos económicos están vinculados con el patrimonio: derechos de propiedad, de trabajar, de navegar, comerciar, ejercer industria, etc.⁵.

Una clasificación que aquí interesa especialmente es la que distingue entre derechos absolutos y derechos limitados, pues lle-

⁴ Antes de la Reforma de 1994 estaban sólo en la Primera Parte; ahora también en la Segunda.

⁵ Ver: Mayón, Carlos Alberto. *Bases Constitucionales del Derecho Civil*. La Plata, Editorial Lex, 2001. pág. 76.

vará a preguntarnos si los derechos a la vida, a la integridad física y síquica, a la dignidad, a la intimidad, tienen o no límites.

También se distingue entre derechos internos (pensamiento, conciencia, religión) y externos (expresión, culto). Esta distinción tiene una íntima relación con la autodestrucción y la autodegradación.

Otra clasificación importante para nuestro tema es la que distingue entre derechos renunciables y derechos irrenunciables. Entre los primeros están los patrimoniales, y entre los segundos se puede mencionar a los derechos personalísimos, en especial –tema que deberemos debatir aquí– el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, a la dignidad. Ello nos llevará a rechazar los pretendidos derechos a la autodestrucción y a la autodegradación.

Las distintas clases de derechos traen también como consecuencia la colisión entre los mismos. Así encontramos conflictos entre los derechos a la autodestrucción y a la autodegradación, por un lado, contra los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad por el otro.

2. Jerarquía entre derechos

Esa colisión produce el problema de cómo solucionarla; si alguno debe prevalecer sobre los demás.

Ha sido una larga polémica, a nivel doctrinario y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cuanto a si la totalidad de los derechos se encuentran en un mismo nivel, o si deben reconocerse diferentes jerarquías entre los mismos.

La Corte ha tenido como regla general que, en principio, todos los derechos tienen un mismo nivel y que deben ser compatibilizados (casos Dri, Carrizo Coito). Sin embargo, como excep-

ción, en algunos casos admitió jerarquías (casos Pratico (1960), Partido Obrero (1962)).

No me detendré en este tema que ya he tratado en otro trabajo⁶, pero debo hacer referencia al mismo pues sirve para aclarar la existencia o no del derecho a la autodegradación.

En 1985 se produjo una interesante polémica sobre esta cuestión, y el principal protagonista de la misma fue el temprana y lamentablemente desaparecido profesor Ekmekdjian.

Partiendo de diferentes parámetros –relación entre derechos subjetivos y valores; mayor o menor “restringibilidad de los derechos”; y “sustracción hipotética” de algunos de ellos– Ekmekdjian llegó a la conclusión de que el que ocupa la jerarquía más alta es el derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.).

Es importante tener en cuenta esta opinión, pues creo que el alegado derecho a la autodegradación choca contra el derecho a la dignidad.

Desde mi punto de vista, como lo señalé en el trabajo citado, creo que la jerarquía más alta entre los derechos es el derecho a la vida, que también se relaciona con el derecho a la autodegradación.

Un tema que Ekmekdjian no abordó en esa polémica es si estos derechos y estas escalas son sólo “derechos” o si también son “deberes”. Sin embargo, por la conclusión a la que llegó en determinados derechos (por ejemplo drogadicción) es evidente que sólo los consideraba “derechos”.

Y en esto discrepo, pues tengo el convencimiento de que esos derechos esenciales para la persona humana son irrenunciables, y por lo tanto también son obligaciones que tienen los individuos para su preservación.

⁶ Ver: Mayón, Carlos Alberto. *Bases Constitucionales del Derecho Civil*. cit.

III. Derecho a la autodestrucción

1. Disponibilidad del derecho a la vida

El derecho a la vida es el que ocupa la mayor jerarquía de la escala. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo calificó como “el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución y las leyes”⁷. En otros casos, lo reputó como un “derecho implícito”, del que dependen necesariamente todos los demás⁸.

Tomando como punto de partida este principio, me preocupa analizar algunas de las formas de atentar contra el mismo, o disminuirlo, porque en nuestros tiempos se está difundiendo una cultura de la muerte, como un derecho a la autodestrucción por diversos canales: suicidio, ayuda al mismo, eutanasia, aborto, consumo de drogas cada día más letales, etc. En otras palabras, hay una tendencia a desplazar el derecho a la vida de la máxima jerarquía de los derechos.

Entre los factores que actualmente influyen en esa tendencia, los hay de carácter económico, social, demográfico (recorremos a Malthus), la ampliación de otros derechos (derechos de la mujer, que quiere poder trabajar, darse sus propios gustos, en vez de cuidar enfermos). Incluso, la moda y la posibilidad de tener publicidad⁹.

Como se sabe, el derecho pretende dar respuesta a todos los fenómenos de la vida; sin embargo, con relación a la muerte, el

⁷ Corte Suprema: “Saguir y Dib”, Fallos, 302:1284; “Portal de Belén”, Fallos, 325:292.

⁸ Corte Suprema: “Asociación Benghalensis”, Fallos 323:1339.

⁹ Caso de un joven de 19 años, Abraham Biggs, de la ciudad de Pembroke Pines, en Florida, que se suicidó en directo por internet, con una mezcla letal de tres tipos de drogas, frente a su cámara web, mientras otros lo veían en vivo por Internet. La Nación, sábado 22 de noviembre de 2008.

tema no es tan sencillo, pues se mezclan cuestiones políticas, filosóficas, éticas y religiosas, que hacen que el camino hacia la búsqueda de respuestas sea difícil de transitar.

Además, hablar del derecho a la vida lleva de inmediato a su contraposición: el fin de la misma, la muerte. Y ese final de la vida presenta múltiples temas de análisis.

En primer lugar se discute si el propio titular puede renunciar a ese derecho, es decir si existe la facultad de producir la propia muerte, o derecho al suicidio. Se lo relaciona asimismo con la admisibilidad de la ayuda al suicidio.

El segundo tema es si otra persona puede producir la muerte del sujeto. En esta hipótesis se produce la polémica sobre la pena de muerte, la eutanasia, el aborto. En esos casos, el derecho a la vida se encuentra cuestionado y en peligro por factores externos del individuo, pues es otro el que lo priva de su derecho.

El único atentado contra el derecho a la vida que actualmente se encuentra en retroceso es la pena de muerte. La misma ha sido debatida a través de los tiempos. Incluso, con el constitucionalismo clásico se siguió aplicando, y hasta con mayor intensidad (Recordemos el período del “Terror” durante la Revolución Francesa). Pero en las últimas décadas su aplicación se ha reducido¹⁰.

2. Suicidio

Sin embargo, en los demás aspectos, el derecho a la vida está cada día más cuestionado. Vemos así varios supuestos derechos que con frecuencia se mezclan y se confunden: suicidio, asistencia al suicidio, eutanasia activa, eutanasia pasiva, consumo de estupefacientes.

¹⁰ Desde que Bélgica, Grecia e Italia la suprimieron, esta sanción quedó abolida en todos los Estados miembros de la Unión Europea, por considerarla violatoria del derecho a la vida.

El primer cuestionamiento es el supuesto derecho al suicidio. Algunos lo interpretan como un derecho que debe ser reconocido.

Lo cierto es que el suicidio ha sido descalificado desde las perspectivas filosófica, moral, religiosa, de la política del Estado y sus necesidades de conservar y aumentar su población, y las normas jurídicas lo han sancionado de distintas formas.

Entre los antiguos, Sócrates decía que los hombres eran una posesión de los dioses, por lo que no se podían matar a sí mismos, y es preciso esperar que ellos envíen una orden formal de salir de la vida, como la que él recibió cuando bebió la cicuta.

La mayoría de los credos religiosos actuales lo repudian¹¹. Así, la Biblia dice que Dios es dueño y señor de la vida y de la muerte. De ahí las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, quien fundaba la oposición al suicidio en tres argumentaciones: a) que uno se de muerte es contrario a la inclinación natural y a la caridad, por la cual uno debe amarse a sí mismo; b) el hombre es parte de la comunidad y al matarse, la injuria y c) la vida es un don “dado al hombre por Dios y sujeto a la voluntad de Aquél que hace vivir y morir”.

Esta orientación se plasmó en el derecho canónico, que consideró punible al suicidio, castigándolo en vinculación a la vida religiosa, como por ejemplo privando de cristiana sepultura al suicida que consumó el acto con premeditación, salvo que hubiera afluído el arrepentimiento antes de morir¹². También se sancionaba al que lo hubiera intentado.

¹¹ Las religiones católica y musulmana, por ejemplo (en el Corán el suicidio se considera el más grave de todos los pecados).

¹² El art. 32 del Estatuto de Poljica, de 1440, le imponía esa sanción, al igual que las acciones más repudiables desde el punto de vista ético: “El usurero conocido, y el que se niega a confesarse por lo menos una vez al año, también el suicida, el maldecido públicamente y el excomulgado, son considerados ultrajantes a la moral pública y por esto no se permite que sean sepultados con otros cristianos”.

La idea se extendió también a otras creencias religiosas, y a las diversas comunidades cristianas que proscribieron el suicidio.

Lo mismo ocurre en la religión mahometana que considera al suicidio un acto de insubordinación y rebeldía por parte del ser humano, que debe sumisión absoluta a la voluntad divina, debiendo soportarlo todo con paciencia y resignación.

Al margen de los fundamentos religiosos, muchas sociedades lo prohibieron con sustento en la preeminencia de los pueblos y naciones que requieren la subsistencia de sus ciudadanos, calificando al suicidio como un acto individual, egoísta y contrario al bien general de las comunidades. Se podría decir que éste es hoy el sentir general de las sociedades que no permiten disponer de la vida por el mero antojo de los individuos, imponiéndose los intereses generales por sobre la inclinación individual, considerando que admitir el suicidio sin obstáculos importaría un individualismo excesivo.

En tal medida existe el deber del Estado de impedir suicidios, que se aplica incluso a los condenados a muerte. Fue el caso de Estados Unidos, en que a un condenado a muerte se le impidió suicidarse, para luego ejecutarlo.

Si se reconociera la existencia de un derecho absoluto a morir, dentro del mismo aparecería en una relación de género a especie el “derecho al suicidio”. Sin embargo esto no es así, ya que, en el supuesto de admitir la existencia de un “derecho a la muerte” –que, personalmente, creo que no existe– el mismo se limitaría a permitir una muerte digna, y esa muerte digna, de ninguna manera puede producirse mediante el suicidio.

Desde el punto de vista constitucional el tema es saber si así como hay un derecho a vivir, existe también otro a terminar con la propia vida. Si la respuesta fuera afirmativa la ley penal, civil, etc., no podría sancionar de ningún modo al suicidio o a quien intentó hacerlo.

La mayoría de los autores reconocen que no existe un “derecho al suicidio”. Con esto no se quiere decir que una persona no pueda suicidarse, ya que si lo intenta probablemente lo logrará; puede de hecho hacerlo. Pero de allí no se puede deducir que se tenga un derecho, esto es, que se pueda reclamar del sistema jurídico un apoyo a tal pretensión, ni menos aún reclamar de otras personas la supresión de su vida. Por ello, se afirma que “cuando una persona se causa la muerte a sí misma, está ejerciendo un poder de hecho, no de derecho”¹³.

Sin embargo, hay quienes proclaman el “derecho a suicidarse” como facultad jurídicamente protegida. Sostienen que en una sociedad realmente libre, la vida le pertenece a cada persona, y la única obligación es respetar los derechos de los demás. Según esta opinión, si un individuo decide suicidarse, tiene todo el derecho de hacerlo siempre y cuando lo haga en privacidad y sin poner en peligro la seguridad física de los demás. Partiendo de la base de la permisión del suicidio como expresión máxima del ejercicio de la libertad personal, afirman que los miembros de la familia, los policías, médicos y jueces que interfieran en la decisión del suicida estarían violando sus derechos. ¿Bajo qué pretexto –dicen– se creen con capacidad suficiente para afirmar que la vida de una persona que no desea seguir viviendo debe continuar?

Esa posición no me parece aceptable, y en la práctica el suicidio carece de protección normativa. Cualquiera puede interponerse, evitarlo y nadie tiene el deber de abstenerse. Estamos frente a un acto contrario a las buenas costumbres –prohibido por el art. 953 del Código Civil– y por lo tanto indefendible jurídicamente. Si bien es correcto que no sea considerado delito por múltiples razones, otra cosa muy distinta es que se tenga derecho o facultad

¹³ Andorno, Roberto “*El debate ético-jurídico en torno al ensañamiento terapéutico y la eutanasia*”. *El Derecho* t. 171- 973.

a realizarlo; es un acto que carece de amparo legal, impeditivo aun por la fuerza, mirado con disfavor por el ordenamiento jurídico.

En algunas jornadas jurídicas se han efectuado propuestas de repudio al suicidio, como la realizada por Santos Cifuentes en las Jornadas de Mercedes de 1983, en los siguientes términos “Nadie está facultado a proceder de modo de extinguir su propia vida”.

Estas conclusiones se derivan de considerar al derecho a vivir como indisponible.

En el derecho comparado, la mayoría de las legislaciones modernas no admite la punición del suicidio tentado o consumado; sin embargo, perdura su castigo en algunos países que reprimen penalmente la tentativa.

En Argentina el Proyecto Tejedor de Código Penal incluía el suicidio y su tentativa entre los delitos contra las personas. Actualmente, nuestro derecho positivo no considera delito el suicidio en sí, sino que se sanciona la instigación o ayuda con pena de uno a cuatro años de prisión. Se castiga al tercero que influye, ayuda o aconseja a favor del suicidio, y para ser penado debe haberse tentado o consumado; no se reprime la mera instigación o ayuda. No se puede alegar en defensa del que ayuda o instiga el consentimiento de la víctima. Se trata de una figura autónoma, no es una forma de participación, es una conducta ajena a quien dispone de su vida.

No cabe afirmar que el suicidio sea una conducta permitida en nuestro derecho por la sola circunstancia de que su causación o su intento no se encuentren tipificados penalmente. En realidad, el suicidio no es un delito penal por una simple razón fáctica: la inaplicabilidad de la pena o su inoportunidad. Se parte de la premisa (probablemente acertada) de que quién intenta suicidarse, en realidad es una persona que está enferma, y que por tal motivo el Estado debe ayudarla y no castigarla. A quien el Estado sí penaliza, y demuestra con ello que no apoya al suicidio ni ve en él

un derecho, es a quien instigara o ayudara al suicida a cometerlo, tanto sea que el suicidio se hubiese tentado o consumado¹⁴.

Algunos fundamentan el derecho a privarse de la vida en lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Bazterrica” –que analizaremos en el capítulo siguiente– cuando dijo que “las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones que puede imponer la ley”¹⁵.

Quienes asumen esta postura lo entienden amparado en el art. 19 de la Constitución nacional, es decir que sería un acto protegido en tanto no perjudica a terceros.

Pero en lo que todos coinciden, se considere que existe un derecho a suicidarse o no, es que se trata de un acto que el derecho no fomenta y que es mirado con disfavor y se reprime a quienes lo favorecen o propician, como es el caso de las sectas que inducen a suicidios masivos.

La doctrina considera que no es inconstitucional sancionar a quienes lo propician¹⁶.

Un caso particular es el suicidio asistido. En Holanda se admite desde 1994 bajo estrictos controles.

En Australia, el 26 de septiembre de 1996 se produjo el primer suicidio asistido legalmente permitido en el mundo. En el ordenamiento de dicho país se exige el dictamen de un especialista médico que confirme la índole incurable de la enfermedad, un informe psiquiátrico que certifique que el paciente no sufre de una depresión tratable, se contempla un período de reflexión de nueve días y el uso de una computadora para interrogar al enfermo sobre

¹⁴ Código Penal, art. 83: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”).

¹⁵ Corte Suprema: 29 de agosto de 1986: (Fallos: 308:1392). Suplemento Universitario La Ley, N° 3.

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Estado de Derecho. Astrea, 1993. tomo II pág. 44, caso del “Templo de Dios”, Guyana, 1978.

el conocimiento de las consecuencias de su proceso. La muerte se produce al inoculársele una inyección controlada por computadora, primero con un somnífero y luego con un relajante muscular que induce a un paro cardíaco.

En Estados Unidos, el Estado de Oregón tiene desde 1997 una ley con un régimen especial: a los pacientes que les quedan menos de 6 meses de vida se los autoriza a recibir una medicación que ponga fin a sus vidas, la que es provista por un médico, pero ingerida sin intervención directa del profesional. Sin embargo, en la práctica fue un recurso utilizado por muy pocos pacientes.

En el Estado de Nueva York, se planteó, en el caso *Vacco*, que la prohibición de la ayuda al suicidio sería violatoria de la igualdad, pretensión que fue rechazada por la Corte Suprema.

El Tribunal de la Unión Europea, por su parte, dijo que no contraría los Derechos Constitucionales, pero no lo autorizó.

Incluso se ha relacionado el suicidio con el aborto, para justificar a ambos supuestos derechos. Así se dijo que “en uso de su libre albedrío una mujer puede consumir contra sí misma la máxima agresión –muerte por suicidio– u otra grave pero no fatal –v. gr. amputación de un miembro, lesiones de todo tipo etc.–, sin secuela penal por la consumación o la tentativa de tan lamentables acciones en tanto la víctima es la propia autora y no “otro” (arts. 79, 89/94, Cód. Penal). Y en ese esquema se inserta sin esfuerzo el supuesto del aborto habida cuenta de que el feto integra, es una de las partes del cuerpo de la embarazada, resultando intolerable se siga propiciando castigar penalmente a la mujer según la porción de su organismo que haya de lesionar o destruir”¹⁷.

¹⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Necochea: 21/12/1993. “M., O. I.”: voto de la minoría. Publicado en: LLBA, 1994-225, con nota de Roberto Andorno.

3. Eutanasia

Otro cuestionamiento del derecho a la vida es la eutanasia. En principio en este caso la muerte es provocada por terceros, no por el propio sujeto, por lo que podría considerarse fuera del derecho a la autodestrucción que aquí tratamos. Sin embargo, algunas veces existe de una manera más o menos indirecta la voluntad del enfermo, por lo que me parece conveniente hacer una breve referencia a esta forma de terminar con la vida de un individuo. En otros términos, la eutanasia presenta diversas variantes: 1) puede ser producida exclusivamente por terceros, ante la inconciencia o total imposibilidad del enfermo de manifestar su voluntad; 2) en algunos casos, se realiza con el consentimiento precedente del enfermo (los testamentos de vida, que veremos después); 3) pero también ha habido casos en que se ha practicado pese a la sospecha de que el enfermo no hubiera querido llegar a esa instancia, es decir, que se aproxima al homicidio simple.

Lo cierto es que se viene discutiendo sobre la misma desde hace siglos, y en nuestros tiempos tales polémicas se han acentuado¹⁸.

En el aspecto normativo, la eutanasia ha sido considerada como un crimen expresamente prohibido por el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que en el artículo 2 establece el derecho ilimitado de todos a la vida. El Parlamento Europeo se ha pronunciado en repetidas ocasiones y con energía contra los ataques al derecho a la vida de minusválidos, pacientes en coma permanente o recién nacidos, que son los que por regla general se ven afectados en Europa por la eutanasia.

¹⁸ No entraremos aquí en las distinciones entre eutanasia, eugenesia, distanasia y ortotanasia, porque no hacen al tema central de nuestro estudio.

En Estados Unidos, se ha presentado proyectos en tal sentido¹⁹.

En cuanto a la jurisprudencia extranjera, en todas partes ha habido casos muy importantes, sobre diferentes formas de muerte provocada, en algunas oportunidades ya producidas, y en otras porque se ha pedido autorización para provocarlas. Entre los más famosos, podemos recordar en Gran Bretaña, en el caso de “Ms. B.”, en que se dijo que el “paciente severamente discapacitado tiene los mismos derechos que la persona sana a que le respeten su autonomía personal”, y que “un paciente mentalmente capaz tiene un derecho absoluto a rechazar cualquier tratamiento médico por cualquier razón o sin razón alguna, incluso cuando esa decisión lo conduzca a su propia muerte”. Otro fue el de “Pretty vs. Director of Public Prosecutions y otros” resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo en que se solicitó inmunidad penal para el marido si él la ayudaba a suicidarse. La Corte la rechazó, entendiendo que el art. 2 de la Convención protege el derecho a la vida, sin el cual el goce de cualquiera de los otros derechos y libertades garantidos por la Convención es ilusorio. No es posible deducir que existe un derecho a morir de la mano de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública

La jurisprudencia de los Estados Unidos ha presentado casos muy famosos. Por ejemplo, en el caso “Karen Ann Quinlan”, la Suprema Corte del Estado de Nueva Jersey aceptó la petición fundándose en el derecho a la privacidad.

Otros casos muy comentados fueron el de “Nancy Cruzan”, de 1990; y el caso “Weendland” resuelto por la Corte de California.

En 2005, en Florida, tuvo una amplia repercusión mundial el caso “Terri Schiavo”, de cuarenta y un años, y que llevaba quince en estado vegetativo, resuelto por el tribunal del condado de

¹⁹ La Nación del 1º de diciembre de 1991 informaba que se debatió la ley Federal que concede el derecho a morir.

Pinellas. La justicia aceptó el reclamo del marido de desconectar los aparatos que la mantenían con vida, pese a la oposición de sus padres. Incluso, se dictó una ley para evitar que la dejaran morir, la ley “Salva Terri”. Pese a todo ello, los tribunales admitieron que se la dejara morir, lo que ocurrió el 31 de marzo de 2005, por deshidratación. El marido petitionó también la realización de una autopsia y, realizada esta, se comprobó la irreversibilidad del daño cerebral que padecía la paciente. Un mes después de la muerte de Terri, su marido contrajo nuevo matrimonio.

En Bélgica, el caso “Zussane Coipel Von de Put”, en que su defensa se basó en que la muerte era un mal menor para la vida de la niña y el jurado la encontró inocente.

En Canadá, el caso “Nancy B”, resuelto por el Tribunal Superior de Québec. Allí el juez sostuvo que a él lo haría feliz que Nancy cambiara de idea, pero que siendo esa la decisión final, primaba el derecho a la autodeterminación y, en consecuencia, ordenó se la desconectara del respirador artificial, por lo que Nancy murió en febrero del año 1992.

En Colombia el caso “Parra Parra” resuelto por la Corte Suprema de ese país, donde se dijo que el homicidio por piedad no es inconstitucional porque gradúa la pena de acuerdo a la culpa, y siempre que sea solicitado por enfermos terminales y la muerte la produzca un médico, no hay responsabilidad penal.

En España fue muy famoso el caso de Inmaculada Echevarría, respecto de quien se aprobó el pedido presentado por ella misma de que se le interrumpa la respiración asistida que la mantenía con vida desde hacía varios años. Es de observar que la legislación española no autoriza la eutanasia, pero este pedido se enmarcó dentro de la ley de derechos de los pacientes de 2002 que permite rechazar un tratamiento a las personas adultas, enfermas, en pleno uso de sus facultades mentales.

Recientemente, en Italia, el 27 de marzo de 2009, el caso de “Eluana Englaro”, tuvo tanta repercusión que el Senado aprobó

una ley que limita el derecho a morir. La nueva norma prohíbe suspenderle la alimentación a un paciente terminal.

En Argentina se producen permanentemente debates sobre el tema, y se han presentado varios proyectos de ley sobre derechos de los enfermos terminales²⁰, y del derecho de oposición al empleo de todos los tratamientos médicos o quirúrgicos que prologuen la existencia, que produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia en caso de enfermedades incurables, irreversibles o terminales.

En la jurisprudencia argentina ha habido varios casos como S, M. d. C., de eutanasia involuntaria pasiva, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el año 2005.

Relacionado con el derecho a morir y la eutanasia, hay otras formas de limitar el derecho a la vida, como son el consentimiento informado, y los testamentos de vida.

El primero es la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud.

El “Testamento de vida” (living will) es un instrumento legal por el que las personas pueden solicitar no ser mantenidas por medios artificiales de sustentación; debe cumplir ciertos requisitos, como que haya sido firmado por el interesado y dos testigos que no sean amigos íntimos ni parientes que puedan heredar; y se hacen en varias copias, una para el declarante y otras para el médico, parientes cercanos y un abogado. Fueron ideados por un abogado de Chicago en 1967. Actualmente, en cuarenta de los estados de los Estados Unidos se pueden firmar.

En esa corriente, en abril de 2004 el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires aprobó el “Registro de Actos de Autoprotección en previsión de una eventual incapacidad”.

²⁰ Ver diario Clarín del 22 y 23 de mayo de 1996; La Nación del 12 y 18 de junio de 1996; La Nación del 13 y 14 de noviembre de 1996 informaba que la Cámara de Diputados no pudo tratar el proyecto.

También se presenta algunas veces la relación con otras situaciones en las que está en juego la vida o el riesgo de la misma, su protección jurídica, la integridad física, la intimidad, el honor, y sus riesgos como el duelo, los experimentos científicos, los deportes o competencias con riesgo de vida, etc.²¹.

Otra manera de detener el curso de la vida, además de los actos positivos como el suicidio, es por medio de acciones omisivas, por inacción, es decir la oposición a realizar actos que son necesarios por su naturaleza para la supervivencia, como la hidratación, la alimentación o el abrigo. La medida de la oposición a estos actos individuales está dada por las circunstancias del caso y con frecuencia se admite hasta el uso de la violencia cuando hay peligro de muerte cierto o inminente, como en el caso de una prolongada huelga de hambre.

4. Conclusión

En definitiva, la polémica es sobre la disponibilidad o no del derecho a la vida por el propio titular. En mi opinión, hay que partir de la indisponibilidad del derecho de vivir, lo que significa que se ampara el goce de este derecho, pero no se acepta proteger jurídicamente la voluntad y el acto de autodestruirse.

Finalmente, debo decir que me resulta contradictorio que mientras se propicia que se permita morir a quien así quiera hacerlo, no se autorice al enfermo terminal a prestarse a experimentaciones, como ocurrió hace dos décadas con la crotoxina. Parecería que es más importante no sufrir, aunque ello signifique resignar el derecho de vivir, mientras que, quien invoca un derecho a la última esperanza de vivir, no es protegido por el ordenamiento jurídico.

²¹ Ver: Cifuentes, Santos: *Derechos Personalísimos*. Protección jurídica y facultades sobre la integridad física. Derecho a la intimidad. Derecho al honor. 1ª edición. Buenos Aires, ASTREA, 1995; págs. 271, 277, 283.

IV. Derecho a la Autodegradación

1. Derechos aparentes

Hace algunos años Walter Carnota²² planteaba que es necesario “determinar fehacientemente cuándo estamos en presencia de un auténtico derecho público subjetivo, exigible por vía de acción ante los estrados tribunalicios, y cuándo nos hallamos frente a otro tipo de situaciones, en donde detrás de una pomposa fachada de facultad jurídica se esconde una realidad distinta”. Y recordaba que “se ha llegado incluso a calificar a todo este proceso como una ‘inflación de los derechos humanos’”.

Mencionaba el derecho a la autodestrucción o derecho a la muerte, debatido en la Corte Suprema de los Estados Unidos, “hasta los “derechos de los animales” de incierta titularidad. Pese a su designación, nuestra época resulta signada por la creencia, arraigada y profunda, de que cualquier pretensión individual o societal puede ser elevada a la categoría de derecho. Poco importa para esta posición si se ha identificado con exactitud a los sujetos activos y pasivos de la relación jurídica, si se ha definido la correlativa obligación o deber que todo derecho conlleva, si se ha montado el adecuado andamiaje técnico-procesal para hacer valer ese supuesto “derecho”. De esa manera, lamentablemente, se suceden graves confusiones conceptuales que no logran en puridad enaltecer a estos “pseudo-derechos” sino que van en desmedro de los verdaderos”.

Y concluía diciendo que “no podemos extraer derechos de donde no los hay. [...] no pueden inventarse ex nihilo derechos de la noche a la mañana”.

Desde hace mucho tiempo, Vanossi usa un término muy gráfico al respecto: “catálogos de ilusiones”, para denominar a esta

²² Carnota, Walter F. Derechos aparentes. La ley 1997-E, 92. Comentario a fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación: 1996/08/27: Muñoz, Ricardo y otros c. CONET y otro.

verdadera inflación de las cartas de derechos de las constituciones del siglo XX. Ello se observa de una manera muy especial en las de las últimas décadas; para citar sólo algunas cercanas a nosotros, en América del Sur, podemos recordar las de Colombia, de Perú y de Brasil. En nuestro país también se puede observar esa tendencia en las reformas provinciales, a partir de 1986. Respecto de los contenidos, suele hablarse del derecho a la felicidad, a no cortarse el pelo, al silencio, etc. Sobre los titulares, también se multiplican, como es el caso de los derechos de los animales²³.

Esa tendencia, en mi opinión, lejos de consolidar el Estado de Derecho, influye en el descreimiento en las instituciones, cada día más generalizado, pues deja en la gente la idea de que sus normas y sus principios son sólo textos sin aplicación, “hojas de papel”, como diría Lassalle.

2. Derecho a la Autodegradación

Ante esa inflación de derechos, ¿tendremos que ampliar aún más el catálogo, e incluir el “derecho a la autodegradación”? Personalmente, creo que la expresión *derechos aparentes* es de plena aplicación al mismo, es decir, que no es un derecho que pueda ser reconocido, ni en las constituciones, ni en la legislación.

Los derechos de todos los seres humanos a preservar la vida, la salud, la dignidad no son discutidos en nuestros tiempos.

En cambio, hay distintas opiniones en cuanto a si, además de ser derechos, también son obligaciones. En otros términos: ¿existe la obligación de preservar la vida, la salud, la integridad física y síquica, la dignidad?

²³ Ver: Mayón, Carlos Alberto. Bases Constitucionales del Derecho Civil. cit., págs. 37 a 41.

Si llegáramos a la conclusión de que son sólo derechos pero no obligaciones, ello nos llevaría a aceptar que el individuo tenga derecho al consumo de estupefacientes, que aquí abordaremos como el derecho a la autodegradación, pues debería incluirse entre las “acciones privadas de los hombres”, que “están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, en la medida, claro está, de que “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”.

El tema central es si el derecho a la autodegradación existe, o si es un supuesto derecho.

Un argumento que suele usarse en favor de la despenalización del consumo de drogas es que, si no se considera delito a otras formas de autodestrucción y autodegradación, como el alcoholismo, el tabaquismo, o el juego compulsivo, tampoco debe dársele ese carácter a los estupefacientes. No coincido, porque es sabido que de todos esos flagelos puede salirse, aunque con sacrificios, mientras que, en la droga, es mucho más difícil, en algunos casos es casi imposible sin una ayuda especial, y suele llevar a la aniquilación de derechos personalísimos como la vida, la salud, la integridad física y síquica, la dignidad. Además, el perjuicio al conjunto de la sociedad es aún mayor.

Creo que el supuesto derecho al consumo de drogas debe enmarcarse en el ámbito del conflicto entre derechos del propio individuo: por un lado los invocados derechos a la autodestrucción y autodegradación, contra los derechos a la vida, a la integridad física y síquica, a la salud, a la dignidad, debiendo –en mi opinión– prevalecer éstos últimos.

También produce conflicto entre los derechos de la sociedad y los derechos de los individuos y, en este caso, creo que deben prevalecer los primeros.

Pienso que, aun cuando se admitiera que hay un derecho a la autodegradación que, insisto, creo que no existe, aun así debería

analizarse si es un derecho absoluto o si puede ser limitado por el legislador, y si agrede o no el orden y la moral públicas y los derechos de los terceros.

Además, entiendo que es necesario distinguir entre los derechos internos a la intimidad y privacidad, y los derechos externos a la manifestación, a la expresión de dicha intimidad.

Un ejemplo es el de las relaciones entre homosexuales: si las mismas se realizan en la intimidad, entiendo que no deben ser prohibidas. En cambio, si tienen manifestación pública (exhibicionismo, “matrimonio”, enseñanza de tales prácticas), sí²⁴.

En todos estos casos se debe analizar separadamente si la intimidad o el proyecto de vida afectan la moral, el orden público, los derechos de los terceros.

En los últimos años, en la jurisprudencia ha habido numerosas resoluciones en favor de la despenalización del consumo de drogas estupefacientes. Así se han pronunciado los jueces María Servini de Cubría, Martín Vázquez Acuña, Norberto Oyarbide, Rodolfo Canicoba Corral, Horacio Cattani, Luis Niño, Gabriel Cavallo, entre otros.

En el ámbito doctrinario lo hicieron Ricardo Rojas, Elías Neuman, Andrés D’Alesio, Daniel Sabsay y el ministro de la Corte Eugenio Raúl Zaffaroni.

A partir del pasado año 2008, el que más ha insistido en el tema es el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Aníbal Fernández, quien expuso la posición del gobierno nacional en tal sentido, ante el foro de la Organización de las Naciones Unidas.

²⁴ Recuerdo al respecto que la Corte Suprema de Estados Unidos en 1986 declaró constitucional la ley estadual que sancionaba la sodomía en el ámbito privado. Dijo que el Derecho a la Intimidad no ampara las prácticas homosexuales entre adultos, aún realizadas en privado y con mutuo consentimiento. En ese momento, la sodomía era delito en 25 Estados Norteamericanos.

En cuanto a la Corte Suprema, si bien todavía no dictó la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la penalización a los tenedores y consumidores, se sabe que está a punto de pronunciarse, y ya varios de sus miembros han anticipado que se declarará la inconstitucionalidad de la ley que penaliza la tenencia y el consumo de drogas.

Las opiniones contrarias a la despenalización también son muchas, efectuadas desde distintos ángulos. Y no sólo desde el ámbito doctrinario y jurisprudencial, sino también desde el mismo gobierno nacional²⁵, los gobiernos de las provincias, una gran parte de la opinión pública²⁶ y los familiares de los drogodependientes.

²⁵ En un artículo del periodista Joaquín Morales Solá, “Un país demasiado fácil para el narcotráfico”, se advierten opiniones contrarias a la del ministro de Justicia: “Granero colisionó también con el ministro de Justicia y Seguridad, Aníbal Fernández, por la despenalización de la droga para uso personal. La despenalización del consumo de drogas tiene tantos detractores como defensores en el universo político y en el mundo académico. Pero una cosa parece evidente: no se puede despenalizar alegremente el consumo de drogas y dejar al Estado impotente para controlar la proliferación del uso de sustancias ilícitas”. “Al Estado desguarnecido sólo le cabría esperar que le lleguen los adictos definitivamente perdidos o ya muertos”, dijo una fuente cercana a Granero. En conclusión, el tema de la despenalización es demasiado grave, y tendría demasiadas consecuencias, como para tratarlo como un globo de ensayo o como una pirueta distractiva. “Esperemos que sobre este asunto no le mientan a la Presidenta”, señaló otro funcionario que conoce la magnitud del drama”. (La Nación, miércoles 20 de agosto de 2008).

²⁶ Ver: diario La Nación, domingo 12 de abril de 2009. Encuesta / En la Ciudad y en el Gran Buenos Aires. “Despenalización de las drogas: el 70% está en contra”. Cerca del 70 por ciento de la población de la ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense está en desacuerdo con la iniciativa oficial de despenalización del consumo de drogas, según una encuesta realizada por el Centro de Estudio en Drogadependencias y Sociopatías (CEDROS) de la Universidad Isalud. El ex ministro de Salud de la provincia de Buenos Aires Claudio Mate, quien hoy es director del CEDROS, afirma que “antes de discutir la despenalización en términos serios y fidedignos resulta indispensable realizar una evaluación de impacto” debido a que las consecuencias del consumo personal puede tener repercusiones negativas en el resto de la sociedad.

V. Derecho Comparado

La polémica no es exclusiva de la Argentina. Desde el año 1998 tuvo un gran desarrollo en el mundo un movimiento contra la prohibición de la marihuana. Muchos marcharon en 120 ciudades del mundo pidiendo la “marihuana libre”²⁷.

Sin embargo en este aspecto el panorama no es uniforme, pues si bien hay países que, desde hace tiempo, no sancionan a los consumidores, y otros avanzan hacia la despenalización, también los hay que van en sentido inverso, es decir, muchos que hasta ahora admiten la legalidad del consumo, incorporan a su legislación mayores controles y trabas.

1. Países en que está despenalizado

Holanda es el Estado que siempre se menciona como ejemplo de permisividad. Si bien no han llegado a una despenalización legal general, impera en ese país una despenalización de facto del uso de drogas blandas²⁸, que se consumen en los *coffee shops*. Sin embargo, allí la legislación no es tan permisiva como se supone, y la cancillería de ese país emitió una cartilla en la que se explica que sólo se permite vender de manera controlada, en locales conocidos como *coffee shop*, 5 gramos de marihuana por persona, bajo estrictas reglas. Oficialmente explican que “la venta de todo tipo de drogas es punible” y que “con la existencia de lugares controlados para la venta de cannabis se aspira a una separación de mercados, con el fin de evitar que los usuarios de cannabis entren en contacto con ambientes donde se consumen drogas duras”²⁹.

²⁷ La Nación, 6 de mayo de 2001. Ver también: La Nación, 3 de diciembre de 2003. Instan a despenalizar el consumo de drogas.

²⁸ Ver: La Nación, martes 11 de marzo de 2008. “En Uruguay y Europa hay leyes más flexibles”.

²⁹ Ver: La Nación, lunes 15 de mayo de 2006. Holanda, no tan permisiva. La problemática de los

Además, en ese Reino hay control estatal de todos sus consumidores de drogas y de las dosis que requieren.

Otro de los países que no sancionan a los consumidores de marihuana es España, que ha despenalizado su consumo³⁰. Pero ello sólo es así si se hace en privado, pues el consumo público es castigado con multas administrativas. Allí el consumo personal y el cultivo casero de marihuana no son criminalizados, pero comprar o vender marihuana o hachís sigue siendo delito. Los consumidores no pierden el derecho a la seguridad social, incluido el seguro de desempleo.

En el Mercosur, Uruguay no penaliza la tenencia de drogas para consumo personal. Y en Brasil se aprobó una ley que elimina la pena de prisión para los consumidores y aumenta la persecución y el castigo para el narcotráfico³¹.

Pero la tendencia parece ser que los países permisivos van cambiando su posición. Así lo señalaba el titular de la Secretaría de Lucha contra las Drogas (SEDRONAR), José Granero, quien destacaba que países donde se adoptó esa política (despenalización), como Italia u Holanda, “empezaron a dar marcha atrás”³².

estupefacientes: tras el fallo que no consideró delito su uso. Marihuana: preocupa la “tolerancia social”.

³⁰ Ver: La Nación, martes 11 de marzo de 2008. “En Uruguay y Europa hay leyes más flexibles”.

³¹ Ver: La Nación, Enfoques, domingo 3 de Octubre de 2004. “Penar o no penar al que consume”. En Uruguay, la ley 17.016, del 22 de octubre de 1998, establece que no será penado quien sea descubierto con droga para su consumo personal. El artículo 31 de la norma establece: “Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que la han formado”. Están prohibidos, no obstante, el cultivo y la producción de estupefacientes, excepto los autorizados con fines médicos o científicos, y se castiga con duras penas, que pueden alcanzar los 18 años de cárcel, a los que organicen actos de narcotráfico.

³² La Nación, jueves 31 de julio de 2008. Granero: “Se están cometiendo errores. Lo sostuvo el jefe de la SEDRONAR”.

2. Países en que está penalizado

Entre los países que llevan a cabo una lucha más frontal contra la droga figura Estados Unidos donde, en la mayoría de los estados locales, no sólo la legislación es muy dura, sino que hay un cumplimiento efectivo de la misma. Hace poco tiempo, el nadador Michael Phelps, multicampeón olímpico en Pekín 2008, tuvo graves problemas e incluso podría ir a prisión por consumir marihuana, tras la publicación en el “News of the World” de una fotografía en la que aparentemente estaría fumando marihuana, en una fiesta celebrada por estudiantes en la Universidad de Carolina del Sur³³. Menciono el ejemplo de este deportista para señalar cómo, allí, la condición de famoso no impide la aplicación de la ley. En Argentina no es así, como ocurrió hace pocos años con el músico Calamaro, quien había sugerido al público de un recital consumir drogas, y que, cuando se llegó al juicio oral, el fiscal no sólo desistió de la acusación, sino que además le pidió perdón por el proceso, ante la ovación del público.

Otro ejemplo en Estados Unidos fue el de Marion Barry, quien, en sus 70 años de vida, tuvo una larga carrera política. Pero fue sorprendido fumando crack en una habitación de hotel con una ex novia, en una operación llevada a cabo por el FBI y la policía de Washington³⁴. Además de dejar el cargo de alcalde, Barry pasó seis meses en la cárcel por tenencia de drogas.

³³ La Nación, sábado 7 de febrero de 2009: Phelps y las secuelas de un gran escándalo. La Federación de EE.UU. lo suspendió por tres meses; el nadador insinuó su retiro y perdió a un patrocinante. “Sumido en un escándalo, a Michael Phelps no le bastó con reconocer públicamente que había consumido marihuana tras divulgarse en un periódico sensacionalista una fotografía suya inhalando una pipa de agua en medio de una fiesta universitaria. Desde que se publicaron las imágenes en el británico News of the World, hace seis días, las críticas y acusaciones en contra del nadador fueron moneda corriente. Ayer, en un gesto de reprobación, la Federación de Natación de Estados Unidos (USAS) suspendió por tres meses al deportista, ganador de ocho medallas de oro en los últimos Juegos Olímpicos de Pekín, el año pasado.”

³⁴ La Nación, lunes 27 de marzo de 2006. “De la alcaldía a la cárcel”.

En ese país, la Corte Suprema incluso admitió que se penalice el uso medicinal de marihuana³⁵.

³⁵ “Miles de estadounidenses que padecen graves enfermedades y aliviaban su dolor con marihuana recibieron ayer un duro golpe en Estados Unidos: la Corte Suprema decidió prohibir el uso medicinal de esta hierba, que ya había sido permitido en 10 estados mediante leyes locales. En un fallo que fue interpretado como una importante victoria para el gobierno de George W. Bush, la Corte reconoció el poder de las autoridades federales para detener y perseguir el cultivo de marihuana en los jardines de personas que, por sus problemas crónicos de salud, habían recibido la autorización médica para fumar el cannabis para soportar los dolores. De acuerdo con los jueces, el uso personal de la marihuana tiene consecuencias sociales y financieras amplias que van más allá del fin para el que fue permitido en esos estados. “El Congreso posee el poder establecido para regular las ocupaciones que sean parte de un tipo de actividad económica que tiene un efecto sustancial sobre el comercio interestatal”, señaló el magistrado John Paul Stevens en el dictamen, alcanzado por una mayoría de 6 votos contra 3. De esta manera, se rechazó “el argumento de que un producto cultivado localmente para uso privado y no para ser vendido en un mercado abierto pueda sustraerse a los reglamentos federales”, en especial debido a “la magnitud indiscutible del mercado comercial de la marihuana”. El fallo llega después de un largo proceso contra dos mujeres de California gravemente enfermas que habían consumido marihuana autorizada por sus médicos hasta que fueron enjuiciadas bajo la ley federal de sustancias controladas, de 1970. Esta legislación prohíbe el cultivo y la posesión de marihuana aun cuando se la usa con fines terapéuticos. Contraviniendo el derecho federal, en 1996 California se convirtió en el primer estado en legalizar, a través de un referéndum, el cultivo y consumo de marihuana para enfermos con sida, cáncer o esclerosis. Pronto los estados de Alaska, Colorado, Hawái, Maine, Montana, Nevada, Oregon, Vermont y Washington siguieron el ejemplo y adoptaron leyes similares. Arizona también posee una legislación permisiva en este sentido, pero no tiene en marcha un programa médico para controlar las recetas. El problema surgió tras la aprobación del referéndum en California, cuando comenzaron a establecerse “clubes de cannabis” a los que llegaban enfermos y otros no tanto de otros estados. El fiscal estatal decidió eventualmente cerrar esos centros de distribución, pero se siguió permitiendo el cultivo y uso privado para los enfermos autorizados. En tanto, en 2001, la Corte Suprema avanzó en este terreno al determinar que toda distribución de marihuana podía ser perseguida, sin importar el uso que se le diera. La situación que examinó ahora, en cambio, atañe al consumo en términos generales. Y las dos querellantes, Angel Raich y Diane Monson, defendieron sus posturas resaltando que habían cultivado la marihuana en sus jardines, que no la habían distribuido a nadie más y la habían consumido siempre sin cruzar líneas estatales. En agosto de 2002, agentes federales de la DEA decomisaron las plantas de marihuana que tenían en sus patios traseros y las llevaron a juicio. Raich, madre de dos adolescentes, tiene un tumor cerebral no operable y alegó que fumaba para combatir las náuseas, pérdidas de conocimiento y dolores de cabeza. Señaló, además, que había recuperado la movilidad gracias a los efectos de la droga, y sus médicos apuntaron que detener su consumo le causaría terribles dolores. Por otra parte, Monson, que sufre de una enfermedad degenerativa en la columna vertebral, también resaltó que la marihuana le reducía el sufrimiento. Pese al resultado del fallo, en su dictamen los magistrados dejaron abierta la posibilidad de que el Congreso reforme la ley de sustancias controladas para que se permita el uso de esta droga como sedante recetado. “La voz de los votantes, así como la de los querellantes, podrían ser escuchadas algún día en el Congreso”, indicó la Corte. Para los promotores de leyes más flexibles contra las drogas, éste ha sido un paso hacia atrás. “La decisión es inquietante”, dijo Valerie Corral, de la Women’s Alliance for Medical Marijuana. En tanto, quienes apoyan la línea dura del gobierno creen que fue una decisión correcta. “Los que defienden la marihuana terapéutica son un grupo reducido que no sólo quiere ver la marihuana legalizada sino todo tipo de drogas”, dijo Calvina

Sin embargo, en California se puede obtener marihuana, con fines terapéuticos, a través de máquinas expendedoras. Una vez que el paciente posee su fórmula médica, obtenida de forma legal, registra sus huellas dactilares, se lo fotografía y luego se le entrega una tarjeta prepaga para usar las máquinas expendedoras³⁶.

Hace poco más de un año vino a la Argentina Calvina Fay, directora ejecutiva de la Fundación Drugs Free América, una organización dedicada a la prevención del consumo de drogas de los Estados Unidos. Narró lo ocurrido en su país, y en función de la misma, se opone a legalizar drogas.

“Ganamos la guerra contra la droga –decía Calvina Fay– en algunos aspectos y la perdemos en otros. Logramos ponerle freno, pero si consideramos que en la década del 70 en Estados Unidos había 25 millones de consumidores de drogas y en los 90, 11,5 millones, logramos reducirlo en más del 50 por ciento”.

Según la experta, la legalización no sólo redundará en un aumento del consumo, sino que las políticas permisivas también se traducen en mayores problemas de violencia, desempleo y de salud. “Está comprobado –decía– que lo que más influye en que alguien no use drogas es que se conozcan los daños que causan y la desaprobación social de los consumidores”.

Fay rechazó la idea de que el sistema judicial esté abarrotado de causas de pequeños consumidores. “En Estados Unidos se dice lo mismo, pero si uno va a ver, resulta que son traficantes que se declaran culpables de tenencia para reducir sus sentencias”³⁷.

Fay, de la Fundación Drug Free America. Ver: La Nación, martes 7 de junio de 2005. Fallo de la Corte Suprema. Prohíben en EE.UU. el uso medicinal de la marihuana. Estaba permitido en 10 estados del país. Los consumidores de la droga pueden ser procesados, aun si lo hicieron por prescripción médica. La resolución fue interpretada como una victoria para el gobierno de Bush. Por Alberto Armendáriz.

³⁶ La Nación, miércoles 30 de enero de 2008. Marihuana a la venta en máquinas expendedoras. Fueron habilitadas en California.

³⁷ La Nación, viernes 9 de noviembre de 2007. “Diálogo con Calvina Fay. Una experta se opone a legalizar las drogas. Dice que generaría un mayor consumo”.

Como se ve, el resultado es el mismo en Estados Unidos que en Argentina, con la diferencia de que allí la ley se cumple y aquí no.

También es interesante escuchar la opinión de funcionarios de países que tuvieron gravísimos problemas con las drogas y que, trabajosamente, van emergiendo. Uno de ellos es Colombia, que llegó a ser considerado un “narcoestado”.

El canciller de ese país, y ex embajador en la Argentina, Jaime Bermúdez, analizaba en un reportaje la situación del consumo de drogas en la región, y decía que liberar el consumo de estupefacientes contribuye al narcotráfico. “Hay que dar un debate –decía– sobre cómo controlar, ver en qué medida la despenalización de la droga es utilizada como mecanismo de distribución”. ¿A qué mecanismo se refiere?, preguntó el periodista. “Es muy simple: en estos casos, se vende por acumulación –contestó–. No se vende el kilogramo de droga, se vende de a gramo. A usted lo dejan tener una pequeña cantidad y entonces vende rápidamente esa cantidad. Después lo hace con otra pequeña porción, después con otra, y así.”³⁸. En realidad, no es novedoso, pues es el mismo mecanismo que se usa en la Argentina.

En Ecuador, el 90 % de los presos está detenido por narcotráfico. Sólo en la cárcel femenina, más del 60 % de las reclusas cumple penas por ese delito y la mayoría cayó por servir de “mula”³⁹.

En Kenya, país menos desarrollado que Argentina, ocurrió recientemente que George Hussein Onyango Obama, hermanastro del presidente estadounidense Barack Obama, fue arrestado por posesión de marihuana⁴⁰.

³⁸ La Nación, viernes 13 de febrero de 2009. Francisco Olivera. “Desaconsejan no penalizar las drogas. El canciller de Colombia y ex embajador en la Argentina dijo que liberar el consumo de estupefacientes contribuye al narcotráfico”.

³⁹ La Nación, sábado 8 de enero de 2005.

⁴⁰ La Nación, domingo 1 de febrero de 2009. “Arrestan por drogas a un hermanastro del presidente”.

Más extremo es el caso de China, donde cada año, el 26 de junio, ejecutan a centenares de traficantes y consumidores para conmemorar el día internacional de la lucha contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas⁴¹.

3. *Síntesis*

Como en muchos otros temas, creo que no se puede tomar una regla general, válida para todo el mundo, ni para todos los tiempos. Debe analizarse cada caso en particular, pues cada sociedad tiene distintas realidades y diferentes antecedentes. Y, en especial, no pueden compararse Holanda o Estados Unidos, en los que las normas se cumplen, con la Argentina, donde impera la anomia, la más completa inseguridad, no tenemos ni estadísticas confiables y, ante hechos tan graves como el reciente dengue, no sabemos siquiera cuántos enfermos hay.

En mi opinión, lo prudente es tratar el tema aquí y ahora, en la medida –obviamente– en que se respeten los derechos personálísimos, la Constitución y sus principios.

Por ello, no coincido con lo expresado recientemente por el juez de la Corte Suprema Eugenio Zaffaroni quien –además de incurrir en error, pues dijo que la inminente sentencia de ese Tribunal volverá a la que había establecido desde 1984, siendo que “Bazterrica” se dictó dos años más tarde, en 1986– sostuvo que Argentina es uno de los pocos países que penaliza el consumo. Conviene leer textualmente el reportaje: “... el sentido del fallo (cuyo contenido estaba adelantando) es igual a la jurisprudencia que rigió desde 1984 (sic) hasta 1990. Es decir, no es punible la

“El joven, de 26 años, se encuentra tras las rejas, acusado por posesión de droga y luego, resistirse al arresto”.

⁴¹ Ver: La Nación, Enfoques, domingo 3 de octubre de 2004. “Penar o no penar al que consume”.

tenencia de una cantidad razonable para el consumo propio, y que por la cantidad, forma de uso, etcétera, no ponga en peligro bienes jurídicos de terceros, ni sea promotora del uso. En casi ningún país eso es delito. Aquí es una excepción. Incluso en nuestros países vecinos no está penado.⁴²”

Además, creo que el argumento del Dr. Zaffaroni, en cuanto a que el derecho comparado debería marcar nuestro rumbo, puede llevar a situaciones peligrosas, porque podría traerse el ejemplo de China que impone la pena de muerte.

VI. Derecho Positivo Argentino

1. La Constitución Nacional

En la Constitución Argentina no hay ninguna mención expresa, ni a favor ni en contra de este supuesto derecho.

Pero quienes admiten la existencia del derecho a la auto-degradación como constitucionalmente protegido, lo consideran incluido en la primera parte del artículo 19⁴³.

Lo cierto es que hay en la doctrina y la jurisprudencia una larga polémica en cuanto a si el consumo de estupefacientes está o no amparado en el citado artículo y si, consecuentemente, su prohibición violaría dicha norma. Allí está, entonces, el principal debate sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

⁴² La Nación, domingo 1 de febrero de 2009. Entrevista con Eugenio Zaffaroni. “Scioli se equivocó al dar autonomía a la policía”. El juez de la Corte dijo que con este modelo de gestión policial la bonaerense “se descontrola”, criticó a los políticos porque “están presos de los medios” y aseguró: “En el ámbito oficial a nadie le interesa la seguridad”. Por Ricardo Carpena.

⁴³ Dicha norma dice: “Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Eventualmente, al no estar expreso, también se lo podría considerar incluido como derecho no enumerado en el artículo 33⁴⁴.

El ministro de Justicia de la Nación recientemente fue más allá, y sostuvo que es un “derecho humano”, con lo que le estaría otorgando una jerarquía aún superior, atento lo normado en el artículo 75 inc. 22 (2º párrafo) de la Constitución.

Adelanto opinión en cuanto a que considero que no está incluido en ninguna de dichas normas: no lo ampara el artículo 19, ni el 33, ni los tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22. Por lo contrario, se encuentra en contradicción con varios de los derechos de la máxima jerarquía en nuestra Constitución: los derechos a la vida, a la protección de la salud, de la integridad física y síquica, a la dignidad, y con tratados internacionales firmados por la Argentina.

2. Tratados internacionales

En cuanto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inc. 22 (2º párrafo) de la Constitución, ninguno hace referencia a los derechos a la autodestrucción ni a la tenencia o consumo de estupefacientes. Pero, en sentido contrario, la Convención sobre los Derechos del Niño alude al tema de las drogas en su artículo 33, donde establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, **y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.**”

⁴⁴ Artículo 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

He resaltado el párrafo que manda “impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias” porque es sabido que ese tráfico ilícito se apoya particularmente en los consumidores, a quienes se involucra en su comercio con el atractivo de obtener drogas para su consumo.

Por ello, creo que existe la obligación para el Estado Argentino de sancionar también el consumo, porque de lo contrario no se impide “que se utilice a niños en [...] el tráfico ilícito de esas sustancias”.

En cuanto a otros tratados internacionales, entre los comunes, es decir, sin jerarquía constitucional, pero superiores a las leyes (art. 75 inc. 22 -1º párrafo-), el **Primer Protocolo Adicional** del acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicos, que aprobara la ley 21.422, entre las figuras que se aconseja incluir en las legislaciones nacionales represivas incluye la tenencia ilegítima de estupefacientes, con una redacción similar a la del art. 6º de la ley 20.771. Además, según dicho acuerdo, los países signatarios se comprometieron a adoptar las medidas que en él se sugieren a fin de uniformar los instrumentos de lucha contra el tráfico y uso indebido de estupefacientes⁴⁵.

También hay que tener en cuenta que, de acuerdo con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, del 19 de diciembre de 1988, la Argentina se comprometió a enfrentar el problema desde una perspectiva múltiple: control de la oferta, reducción de la demanda, desarrollo de políticas de prevención y asistencia a los adictos⁴⁶.

⁴⁵ Ver dictamen del procurador general de la Nación al que se remite la Corte Suprema en “Colavini”.

⁴⁶ Carlos Souza. “Drogas: un debate limitado”. En: La Nación, viernes 27 de junio de 2008. “Si bien es indiscutible –dice el autor– el valor de haber instalado en la agenda global el tema drogas, como un problema que requiere de acciones mancomunadas de todos los gobiernos, también es cierto que el documento final estuvo influido por la represiva política antidrogas de los Estados

Además, como recordaba César Arias, ex procurador general de la Nación, “en el informe de noviembre de 2007, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas instó a cumplir con las disposiciones de la convención de 1961 y dar a conocer claramente los peligros en el uso indebido de drogas, y que por el convenio de 1988 las partes contratantes deben tipificar como delito la tenencia y compra de drogas con fines personales no médicos”⁴⁷.

Relacionado con el consumo de drogas, la Argentina adhirió, por ley 26.161 de 2006, a la Convención internacional contra el dopaje en el deporte adoptada en la 33^a Reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), del 19/10/2005.

En la misma se destacó que en el seno de la UNESCO se concibe al deporte como medio para promover la educación, la salud, el desarrollo y la paz y se considera que el deporte debe desempeñar un papel importante en la protección de la salud, en la educación moral, cultural y física y en el fomento del entendimiento internacional y la paz. Por esa razón, busca alentar y coordinar la cooperación internacional con miras a la eliminación del dopaje en el deporte, ya que la utilización de sustancias dopantes en las actividades deportivas además de producir consecuencias para la salud de los deportistas, atenta contra el principio del juego limpio (fair play), los fraudes y el futuro del deporte⁴⁸.

En síntesis: una convención con jerarquía constitucional y varios tratados comprometen a la Argentina en la lucha contra los estupefacientes, en todos los niveles, es decir, la producción, el tráfico, y el consumo de los narcóticos, normas todas superiores en

Unidos impulsada por Ronald Reagan, según la cual el usuario de drogas era considerado un aliado del narcotraficante.

⁴⁷ Ver: La Nación, lunes, 5 de enero de 2009. Cartas de lectores. “Narcotráfico”.

⁴⁸ Ley 26.161. Fecha de Sanción: 2006/11/01. Fecha de Promulgación: 2006/11/24. Fecha de Publicación: Boletín Oficial 2006/11/28.

jerarquía a las leyes del Congreso (art. 75 inc. 22, 1º y 2º párrafos de la Constitución Nacional).

3. Evolución legislativa

En la Argentina se han dictado numerosas normas referidas a las drogas, que en su mayoría están dirigidas principalmente a la protección del drogadicto, ante la evidente disminución de sus capacidades. Mencionaré algunas de ellas.

El Código Civil, en su modificación por la Ley 17.711, dice que podrá inhabilitarse judicialmente “a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio”⁴⁹.

La ley 10.903, de Patronato de Menores, reformada por la ley 23.737, en su art. 18 bis decía 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 madre deberá, dentro de los cinco días posteriores al nacimiento someter al hijo a una revisión médica especializada para determinar si presenta síntomas de dependencia de aquéllos. La misma obligación tendrá el padre, el tutor y el guardador. Su incumplimiento será penado con multa de ciento veinte a novecientos australes y el juez deberá ordenar la medida omitida”.

En cuanto al Código Penal, en su redacción originaria de 1921, a pesar de que una fuerte corriente doctrinaria internacional ya tenía a la persecución de la toxicomanía, no legisló sobre el tema.

Pero poco después, en 1924, por ley 11.309 se introdujo la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos.

⁴⁹ Código Civil, Libro Primero, “De las Personas”, Sección 1ª, “De las personas en general”, Título X “De los dementes e inhabilitados”, Art.152 bis, inc. 1.

Más tarde, en 1926, la ley 11.331 agregó una nueva figura, la tenencia ilegítima, es decir, la mera tenencia por personas no autorizadas. Esta ley modificó el art. 204 del Código Penal, incriminando la posesión y tenencia de drogas que no se encontrara justificada por una razón legítima.

En el proyecto de reformas al Código Penal de 1937, preparado por Coll y Gómez, se penaba la tenencia. En su art. 272 establecía que “Se impondrá prisión de tres meses a un año, al que, no estando autorizado para la venta de alcaloides o narcóticos, los tenga en su poder si no justificare la razón legítima de su posesión y tenencia”.

Por su parte, el proyecto de 1941 de reformas al código Penal, presentado por el Dr. José Peco, sólo incriminaba, en su art. 230, la tenencia de estupefacientes que tuviera el propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro. También postulaba la desincriminación de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo el proyecto de reformas de 1960 de Sebastián Soler, conforme surge explícitamente de la nota del autor al art. 262, inc. 3.

En el año 1968, durante el gobierno de facto de Onganía, se sancionó la ley 17.567, que excluyó la punibilidad de la tenencia en cantidades que no excedan a las del uso personal, pero su aplicación se hizo difícil, debido a la dificultad para determinar qué cantidad debía considerarse como de uso personal.

Dicha ley fue derogada en 1973, con la ley 20.509, volviéndose al régimen anterior.

En 1974, con la influencia del entonces ministro de Bienestar Social José López Rega, se sancionó la ley 20.771, que en su art. 6° castigaba la tenencia de estupefacientes, aun cuando los mismos se encontraran destinados al uso personal, estableciendo una escala punitiva diferenciada para este concreto supuesto, y para aquel que fue denominado “tenencia simple”.

En el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al proyecto que luego dio origen a la ley 20.771, se caracterizó al problema de la drogadicción como “un fenómeno de características multifacéticas” que constituye “un verdadero flagelo social”.

Además, en el debate parlamentario que precedió a su sanción, también se tuvo en cuenta que el consumo de estupefacientes se ha difundido por todas las naciones del orbe, especialmente entre los sectores jóvenes de la población y que mediante ese proyecto se intentaba impedir “la desmoralización y la destrucción de la juventud argentina, que constituye el futuro de nuestra patria”⁵⁰. A ello se agregó que esos tipos penales estaban “destinados a la protección de la salud pública”⁵¹, que el problema de la drogadicción constituía “una seria amenaza para la salud moral, no sólo de nuestro país sino también de muchas naciones...”⁵², por lo que resultaba imprescindible “proteger de manera primordial, la salud de nuestra adolescencia y nuestra juventud”⁵³.

Esta ley fue derogada en 1989 por la ley 23.737, actualmente vigente⁵⁴, que en su art. 14 dice: “Será reprimido con prisión de **uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes** que **tuviere en su poder** estupefacientes. La pena será de **un mes a dos años** de prisión cuando, por su **escasa cantidad** y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para **uso personal**”, figura en buena medida similar al artículo 6 de la derogada ley 20.771⁵⁵.

⁵⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 19 de septiembre de 1974, pág. 2862/3.

⁵¹ Id. id. pág. 2869.

⁵² Id. id. pág. 2875.

⁵³ Id. id. pág. 2877.

⁵⁴ Sanción: 21-9-89; B.O: 11-10-89.

⁵⁵ Dictamen del Procurador General Dr. Oscar Eduardo Roger del 12 de julio de 1990 en “Montalvo, Ernesto”.

En esta ocasión, si bien el proyecto aprobado originariamente en el Senado despenalizaba la tenencia de estupefacientes para el propio consumo, en la Cámara de Diputados se impuso el criterio contrario, pues el legislador manifestó similar preocupación que en la ley derogada, según surge del trámite parlamentario, especialmente en cuanto a la penalización de la mera tenencia cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, sugiere inequívocamente que aquélla es para el consumo personal. Así se advierte en el informe del Dictamen de Mayoría⁵⁶. Luego de hacerse referencia a los pronunciamientos de la Corte Suprema en los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, se afirmó que “el derecho a la intimidad, no puede ser sostenido como valor absoluto”, para luego añadir que “la condición de droga ilícita no puede neutralizarse en ninguna de las etapas, más allá de su cuantía, sino a riesgo de desproteger otro valor jurídico que en esta interpretación se privilegia: el de la salud pública”. Se expresó además en esa oportunidad que “dicha incriminación se mantiene como protección social a fin de que la norma, operando como preventora general, disuada nuevas conductas”. También tuvieron en cuenta los legisladores que suscribieron esa tesis: “los daños personales, familiares y sociales que genera el consumo de drogas, afectando un valor que debe jurídicamente protegerse, cual es la salud pública, máxime cuando en los medios de uso se encuentra una de las causas de contagio de nuevas enfermedades”⁵⁷.

Esta ley está vigente con algunas reformas; en 1994 la ley 24.424, mantuvo el carácter punible del consumo⁵⁸.

⁵⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, febrero 22 de 1989, págs. 7726 y siguientes.

⁵⁷ Ver: Dictamen del Procurador General Dr. Oscar Eduardo Roger del 12 de julio de 1990 en “Montalvo, Ernesto”, y Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala 2ª: 27/12/2007. “F., C. O.

⁵⁸ Ver: Ley N° 24.424. *Reforma de la Ley de Estupefacientes: Antecedentes Parlamentarios*. Ed. La Ley.

En marzo de 1996 se produjo en el Congreso un debate sobre la despenalización del consumo de drogas, que no prosperó⁵⁹.

En 1997, por decreto se creó la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico y Control de Precursores Químicos⁶⁰.

Posteriormente, en el año 2000 se dictó la ley 25.246 que legisló sobre lavado de activos de origen delictivo⁶¹, pero que no influyó sobre nuestro tema.

Mayor trascendencia tuvo la ley 26.052, del año 2005, que modificó la competencia de la justicia federal en este tema, admitiendo la intervención de la jurisdicción de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De acuerdo con la misma, mediante ley de adhesión, las entidades locales pueden optar por asumir su competencia, y modificó las penas cuando “la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito”, pero no en cuanto al tema que aquí nos ocupa⁶².

A nivel local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 21 inc. 8, establece que la ciudad “Previene las dependencias y el alcoholismo y asiste a quienes los padecen”.

4. La ley 23.737

La vigente ley 23.737, del año 1989, regula íntegramente lo relacionado con las drogas y estupefacientes. Entre sus normas más importantes, se pueden mencionar el art. 5, referido a la “Te-

⁵⁹ La Nación, 3-III-96.

⁶⁰ Decreto 1149/1997 del Poder Ejecutivo Nacional, 10-nov-1997.

⁶¹ Ley 25246 del 10 de mayo de 2000.

⁶² Ley 26.052. Fecha: 27 de julio de 2005. Publicación en Boletín Oficial: 31/08/2005. Modificación del régimen penal de estupefacientes. Boletín Oficial, 31 de agosto de 2005.

nencia, suministro y tráfico de estupefacientes”, que prevé penas de prisión que pueden llegar hasta los quince años⁶³. Respecto del cultivo para consumo propio, la ley prevé que “cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para **consumo personal**, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”. Quiero destacar en particular la referencia a los arts. 17, 18 y 21 porque son los que permiten al juez eximir de pena⁶⁴.

Relacionado con nuestro tema, el art. 12 sanciona a quien preconizare o difundiere públicamente su uso, y a quien “usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público”⁶⁵. Es decir que se agrava la pena a quien excede la privacidad, por cuanto

⁶³ Ley 23.737 “Tenencia, suministro y tráfico de estupefacientes: Artículo 5.- Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: A) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; B) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; C) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; D) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; E) Entregue, suministre, aplique o facilite a otro estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a ciento veinte mil australes. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco a quince años”.

⁶⁴ En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. (*Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.424 B.O. 9/11/1995*) Esta norma fue reformada por el art. 1 de la ley 26.052, que dice: “Artículo 1° - Incorpórase como último párrafo del artículo 5° de la ley 23.737 el siguiente: “En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surge inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.”

⁶⁵ Artículo 12.- Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: A) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos; B) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

en tal caso el perjuicio es mayor por ofender el “orden y a la moral pública”, y el perjuicio a terceros (art. 19 1ª parte de la Constitución). Volvemos a lo expresado anteriormente, al diferenciar el ejercicio en la intimidad y al exteriorizar esa conducta.

La norma más directamente implicada en nuestras reflexiones, sobre los derechos de quien quiere degradarse mediante el consumo de estupefacientes, es el art. 14, que sanciona la “Tenencia, suministro y tráfico de estupefacientes”, y que dice que “Será reprimido con prisión de **uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes** el que **tuviere en su poder** estupefacientes. La pena será de **un mes a dos años** de prisión cuando, por su **escasa cantidad** y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para **uso personal**”.

Hay que observar que este art. 14 prevé dos supuestos: 1) Tenencia simple. 2) Tenencia destinada para consumo personal “inequívocamente”.

Complementa esta norma el artículo 16 que establece que “Cuando el condenado por cualquier delito dependiera física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”.

Muy importantes son, en mi opinión, los arts. 17 a 22 de la ley, pues determinan el carácter no represivo sino curativo de la norma.

El art. 17 dice que “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, (tenencia destinada para consumo personal) si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, **el juez podrá 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. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurrido dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última”. Y el art. 18 “En el caso de artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, **con su consentimiento**, se le aplicará un **tratamiento curativo** por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario. Acreditado su resultado satisfactorio, **se dictará sobreseimiento definitivo**. Si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanudará el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario o mantener solamente la medida de seguridad”.

En los siguientes artículos, la ley reglamenta el funcionamiento de las instituciones que se encargarán del tratamiento de desintoxicación y rehabilitación⁶⁶.

⁶⁶ “Art. 19. La medida de seguridad que comprende el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, prevista en los artículos 16, 17 y 18 se llevará a cabo en establecimientos adecuados que el tribunal determine de una lista de instituciones bajo conducción profesional reconocidas y evaluadas periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y que será difundida en forma pública. El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso. Cuando el tratamiento se aplicare al condenado su ejecución será previa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena. Respecto de los procesados, el tiempo de tratamiento suspenderá la prescripción de la acción penal. El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los artículos 16, 17 y 18”.

El art. 21 prevé también el caso de quien aún no llegó a la condición de adicto: “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine”. Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley. La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente ley, cuando éstos lo requiriesen. Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia”.

Finalmente, si el objetivo de la ley se ha cumplido, es decir, si el adicto se ha recuperado, se suprime incluso la anotación en el Registro Nacional de Reincidencia: “Art. 22. Acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación establecidas en los artículos 17, 18 y 21 si después de un lapso de tres años de dicha recuperación, el autor alcanzara una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, el juez, previo dictamen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes”.

Es interesante señalar que en esta ley el “coqueo”, tan practicado en las provincias del norte, no tiene pena. Dice el Art. 15: “La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo

como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes”.

En síntesis: creo que la ley 23.737, en todo su articulado, demuestra que la intención del legislador no es la represión del drogadicto, sino su rehabilitación.

Si el drogodependiente acepta ponerse en tratamiento, usando el apoyo que le brinda el Estado, no tendrá pena y hasta se suprimirá la anotación en el Registro Nacional de Reincidencia.

La única duda que puede haber, en mi entender, respecto de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, es que obliga al drogadicto a ponerse en tratamiento. Se lo coloca en esta disyuntiva: o se cura, y en ese caso no tendrá sanción alguna, o, si se niega, solamente entonces, se lo sanciona.

Esa obligatoriedad de curarse, ¿viola el derecho a un propio proyecto de vida, como dijo la Corte Suprema en Bazterrica? Mi opinión es negativa, en virtud de lo que habíamos visto en los capítulos II “Conflictos de Derechos”, y IV “Derecho a la Autodegradación”. Los derechos que aquí se discuten, a la vida, la integridad física y síquica, la intimidad, la dignidad, no son sólo derechos sino también obligaciones, y por lo tanto se puede sancionar a quien se niegue a curarse.

VII. Jurisprudencia

1. Corte Suprema, etapas

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en este tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la penalización del tenedor y consumidor de drogas estupefacientes, durante los últimos treinta años, hasta el día de hoy, ha pasado por tres etapas, y está a punto de ingresar en una cuarta.

Esa actitud errática de la Corte ha sido consecuencia de las continuas variaciones de la integración del Tribunal.

Sagüés explica estos cambios jurisprudenciales con lo que llama “inconstitucionalidades evolutivas”, (algo que es constitucional pasa a ser inconstitucional y viceversa, y más de una vez), al compás de transformaciones en la realidad fáctica, en la conciencia social o en los veredictos de la Corte.

“Dentro de ésta, dice, tales avatares se explican a menudo en la Argentina por sustituciones y reemplazos de sus jueces, a raíz –otrora– de golpes de Estado y regresos a la democracia y, más recientemente, por la ampliación o reducción de sus miembros, o, también, por renunciadas, jubilaciones y remociones operadas mediante el juicio político. En definitiva, el perfil ideológico de nuestra Corte Suprema ha cambiado con frecuencia, incluso después del retorno a la democracia (1983). Cronológicamente, tal vez pueda hablarse, en verdad, de “cuatro” cortes, en lugar de “una”, durante ese último tramo. Y ello explica que la Constitución no tenga la misma lectura (ni, de hecho, en su faz operacional, el mismo contenido) en ese período, que se prolonga hasta el presente”⁶⁷.

Las citadas etapas fueron marcadas –hasta el momento– por sendos fallos del Tribunal: la primera por el caso “Colavini”, del 28 de marzo de 1978; la segunda, por los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, ambos del 29 de agosto de 1986; y la tercera, por lo resuelto en “Montalvo”, el 11 de diciembre de 1990. Trataré, a continuación, de sintetizar los fundamentos de la mayoría y la minoría de la Corte, en esas sentencias, limitándome al tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes de estupeficientes vigentes en tales oportunidades.

⁶⁷ Sagüés, Néstor Pedro. *La tenencia, el consumo y la ley*. La Nación, viernes 16 de enero de 2009.

Primera Etapa. Colavini, Ariel O. s/ infracción a la ley 20.771 del 28 de marzo de 1978⁶⁸.

El fallo, firmado por unanimidad de 4 jueces, uno de ellos el académico Dr. Pedro Frías, consideró constitucional la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal. La Cámara Federal de La Plata, Sala 1, el 22 de diciembre de 1976, había confirmado la sentencia de Primera Instancia que condenó al procesado a quien se le habían secuestrado dos cigarrillos de “*Cannabis Sativa Linneo*”, conocida como “marihuana”.

El defensor sostuvo que se había violado el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que al reprimirse la tenencia de estupefacientes aunque esté dirigida al uso personal se sanciona una acción de naturaleza privada de las que se encuentran, de acuerdo al texto constitucional, fuera del alcance del legislador.

El dictamen del Procurador General, de fecha 21 de diciembre de 1977, sostuvo que la Constitución Nacional reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de los cuales éste no puede privarlo. Se trata, dijo, de una esfera intangible al individuo, que le pertenece por su condición de tal, a la que el Estado se obliga a respetar, limitando su potestad y dando carácter jurídico a esa zona de libertad. Estos principios emergen del art. 19 de la Constitución. Y es la opinión común de nuestra doctrina constitucional. De acuerdo a esto, lo que cabe determinar, en última instancia, es si el acto de consumir estupefacientes se encuentra incluido en la zona de no ingerencia estatal que asegura el art. 19 de nuestra Carta Magna, ya que, si así fuera, el legislador no podría castigar la tenencia que lleva a esa finalidad.

Continuó señalando que una actividad puede ser prohibida en razón de que afecte la moralidad, la seguridad o la salubridad públicas. En este caso –dijo– el consumo de estupefacientes, dege-

⁶⁸ Corte Suprema: 28 de marzo de 1978. Fallos: 300:254; La Ley-1978-B-444.

nera los valores espirituales esenciales a todo ser humano, acarrea gravísimos efectos físicos y psíquicos e importa el riesgo previsible, especialmente en cuanto a la posibilidad de su propagación, de secuelas altamente dañosas al bienestar, seguridad general y ética colectiva. Todo lo cual justifica, ampliamente, la intervención del legislador para regular dicho peligro. Por lo expuesto, el Procurador General opinó que debía confirmarse la sentencia de la Cámara.

La Corte, con fecha 28 de marzo de 1978, declaró que el precepto legal cuestionado no es violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional, y por ello confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal estableció que si bien la defensa tiende a afirmar la libertad esencial del hombre, consagrada por el art. 19 de la Constitución, referida a la esfera de su conciencia y a la inmunidad a toda interferencia estatal en el ámbito de la vida privada de los habitantes del país, no es sobreabundante recordar las tremendas consecuencias de la toxicomanía, como la aniquilación del individuo o su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en ociosidad, delincuencia, incapacidad de realizaciones y destrucción de la familia. Ante este cuadro, resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumenten todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos circunscribirlo a sus mínimas expresiones.

Continuó diciendo que si no existieran usuarios o consumidores, no existiría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto. Por todo lo expuesto, no puede sostenerse –dijo el Tribunal– que el hecho de tener drogas en su poder, no trascienda los límites del derecho a la intimidad, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional.

En síntesis, la Corte Suprema consideró que no había contradicción entre la punibilidad del uso de drogas, y el derecho a la intimidad. “La libertad esencial del hombre, consagrada por el

art. 19 de la Constitución, –dijo la Corte– referida a la esfera de su conciencia y a la inmunidad a toda interferencia estatal en el ámbito de la vida privada de los habitantes del país no obsta a la validez constitucional de la incriminación del delito de tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal”.

El uso personal de estupefacientes constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho, estando excluida, por tanto, del ámbito de libertad que señala el art. 19 de la Constitución Nacional”⁶⁹.

Segunda Etapa. Bazterrica, Gustavo M. s/ Infracción al art. 6, ley 20.771, del 29 de agosto de 1986,⁷⁰ y Capalbo, Alejandro, también del 29 de agosto de 1986⁷¹.

En estos casos, la Corte Suprema, con una nueva composición, por mayoría de los jueces Belluscio, Bacqué y Petracchi, resolvió que la tenencia de drogas para uso personal estaba amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

En la decisión mayoritaria, el Tribunal entendió que “es inconstitucional el art. 6 de la ley 20.771 al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal ya que vulnera el **principio de reserva** consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional”.

“La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres –dijo la mayoría– 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, es suficiente por sí misma para invalidar el art. 6° de la ley 20.771, por inconstitucionalidad, en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal”.

⁶⁹ Del dictamen del Procurador General de la Nación al que se remite la Corte Suprema.

⁷⁰ Corte Suprema, 29 de agosto de 1986. Fallos: 308:1392. Suplemento Universitario La Ley, N° 3.

⁷¹ Corte Suprema, 29 de agosto de 1986. Fallos: 308:1469; La Ley, 1986-D, 5825.

La minoría –los ministros doctores Fayt y Severo Caballero– entendió, en cambio, por las razones que expusieron ese mismo día al votar en disidencia en el caso “Capalbo, Alejandro C.” que no era inconstitucional la ley de estupefacientes, porque el legislador lo tipificó como delito de peligro abstracto. Que podía cuestionarse si la presunción de peligro era irrazonable; pero, este caso, no lo era, y consecuentemente, la ley era constitucional.

La disidencia sostuvo que “el art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de **inmunidad de las acciones privadas**, estableciendo su **límite** en el **orden y la moral pública** y en los **derechos de terceros**, limitaciones que genéricamente definidas en aquella norma, son precisadas por obra del legislador y en materia penal es éste el que crea los instrumentos adecuados para el resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes”. “La extensión de esta área de defensa podrá ser más o menos amplia según la importancia asignada al respectivo bien que se pretende proteger; es así como en algunos casos bastará la mera probabilidad –con base en la experiencia– de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte inculpada por la ley penal”.

Y agregaron que, “en virtud de lo expuesto, corresponde concluir que la presunción de peligro en que se asienta la figura descripta por el art. 6 de la ley 20.771 no aparece como irrazonable respecto de los bienes que se pretende proteger. En consecuencia, la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda fuera del ámbito de inmunidad del art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio. Cabe puntualizar aquí que la tenencia es un hecho, una acción; no se sanciona al poseedor por su adicción, sino por lo que hizo, por el peligro potencial que ha creado con la mera tenencia de la sustancia estupefaciente”.

En síntesis, la disidencia consideró que no había contradicción entre la punibilidad del uso de drogas, y el derecho a la intimidad.

Además, la disidencia planteó el tema de la presunción de peligro. “Que, en virtud de lo expuesto, corresponde concluir que la presunción de peligro en que se asienta la figura descrita por el art. 6 de la ley 20.771 no aparece como irrazonable respecto de los bienes que se pretende proteger. En consecuencia, la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda **fuera del ámbito de inmunidad del art. 19** de la Constitución Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio. Cabe puntualizar aquí que la tenencia es un hecho, una acción; **no se sanciona al poseedor por su adicción, sino por lo que hizo, por el peligro potencial** que ha creado con la mera tenencia de la sustancia estupefaciente.

“Por ello –dijo la disidencia– pretender que las acciones privadas que están más allá de la libertad de conciencia representan en todos los casos acciones extrañas o inmunes a toda proscripción o regulación estatal, **carece de significación si se trata de la propia degradación**, con capacidad abstracta de proyectarse. En consecuencia, el legislador es por la Constitución el competente para captar desde la moralidad pública –que es la del hombre medio a quien él representa– cuando **las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse** amenazando u ofendiendo esa moral pública u otros bienes; y, en ese sentido, valorar las circunstancias significativas de otras formas de control social que puedan llevarse una incriminación directa o indirecta. Y es así que parece razonable que **bienes jurídicos de naturaleza superior**, sean **protegidos penalmente** frente al **peligro abstracto** de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma”.

Tercera Etapa. Montalvo, Ernesto, del 11 de diciembre de 1990⁷².

En este caso, la Corte, entonces integrada por 9 miembros, volvió a la anterior jurisprudencia de “Colavini”, y resolvió que la tenencia de drogas para uso personal era punible, no amparada por el art. 19, porque afecta a terceros.

La resolución fue por mayoría, de 7 votos (Fayt según el suyo); mientras que la minoría, con 2 votos (Petracchi y Belluscio), votó como lo había hecho en “Bazterrica”.

La decisión mayoritaria de la Corte Suprema resolvió que la tenencia de drogas para uso personal era punible, no amparada por el art. 19, porque afecta a terceros.

“No se trata pues –dijo el Procurador General– de sancionar al tenedor de estupefacientes por consumirlos ni por su posible condición de adicto, ni de imponerle una forma de vida que responda a ideales de terceros, sino de amparar a estos últimos de las consecuencias nocivas que la conducta de aquél pueda provocar, sin que para ello sea necesario, reitero, la violación de derechos que, de acuerdo con el texto constitucional, no puedan ser sacrificados en función de interés general. Esto implica la exacta y correcta adecuación a la realidad vital social actual”⁷³.

“Conforme al art. 19 de la Constitución Nacional –dijo la mayoría de la Corte– las acciones privadas están exentas de la autoridad de los magistrados cuando de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros, ofensa que se concreta en forma efectiva con la tenencia de estupefacientes, aunque se trate de destinados al propio consumo.

⁷² Montalvo, Ernesto. Corte Suprema Argentina, 11 de diciembre de 1990: Fallos: 313:1333. Suplemento Universitario La Ley, N° 3.

⁷³ Dictamen del Procurador General Dr. Oscar Eduardo Roger del 12 de julio de 1990 en “Montalvo, Ernesto”.

Agregaron que “entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal, porque al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante “hormiga” y el verdadero traficante”.

Y agregaron que “No es inconstitucional lo dispuesto por el art. 6 de la ley 20.771, en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes aun tratándose de aquella destinada al propio consumo”. Y “no es inconstitucional el art. 14 de la ley 23.737, en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes destinados a propio consumo”.

La disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi, en cambio, dijo que “es inconstitucional lo dispuesto por el art. 6° de la ley 20.771, en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal, aun cuando aquélla no constituyera un daño o peligro concreto para derechos o bienes de terceros”.

Dijeron también los jueces de la minoría que “es inconstitucional lo dispuesto por el art. 14 de la ley 23.737, en cuanto castiga la tenencia de estupefacientes cuando se trata del consumo personal. El Dr. Petracchi dijo que “es inadmisibles justificar la incriminación de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo con el argumento de combatir por esa vía al narcotraficante, en tanto nuestra ley fundamental prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputen socialmente valiosos, desconociendo que ellas constituyen fines en sí mismas⁷⁴.”

“La incriminación de la mera tenencia de estupefacientes –dijo el doctor Petracchi– al crear una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto, no satisface los requisitos del art. 19 de

⁷⁴ Del voto en disidencia del doctor Petracchi.

la Constitución Nacional que exige como condición del reproche penal el daño o el peligro concreto a derechos de terceros o al orden o a la moral pública”.

Cuarta Etapa, ante el inminente nuevo cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

A fines de 2008 se supo que la Corte Suprema estaba a punto de dictar sentencia en la causa de Andrés Villacampa, en la que declararían la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 23.737, en cuanto sanciona a quienes tengan en su poder drogas estupefacientes para su consumo personal. Se supo, incluso, que seis de los siete ministros de la Corte Suprema de Justicia habrían llegado a un acuerdo para despenalizar la tenencia de droga para consumo personal. Se dijo que ello ocurriría antes de finalizar el año, pero, aparentemente, la Corte advirtió que la sentencia llegaría en un momento donde la inseguridad y las operaciones del narcotráfico cobraron una presencia preocupante y resolvió que el fallo se dictaría después de la feria judicial de enero.

Algunos jueces adelantaron su voto, como el ministro Raúl Zaffaroni, quien dijo que “la tenencia para propio consumo es una cuestión moral; es un agredirse a sí mismo”, y afirmó que ese tipo de tenencia “está fuera del poder del Estado”.

Según Zaffaroni, el interés de la Justicia no debe pasar por atrapar al consumidor, sino al traficante, quien, en ocasiones, cuenta con connivencia oficial”⁷⁵.

Al finalizar el año judicial, se informaba que “Si bien falta que uno de los jueces de la Corte emita su voto, seis de los siete magistrados ya tienen posiciones bien definidas en ese sen-

⁷⁵ La Nación, domingo 28 de diciembre de 2008. Polémica por la despenalización de la tenencia de estupefacientes. La sentencia, que se conocería en febrero próximo, ya genera un áspero debate.

tido: uno sólo votaría en disidencia; cinco, en favor de la despenalización y no se descarta que el restante se sume a este grupo mayoritario”⁷⁶.

Pese a ello, al comenzar el corriente 2009, la sentencia no se dictó, y hasta el presente sigue pendiente. Y opinaba el periodismo: “Aparecen algunas tibias señales de cordura”; “la Corte y el Gobierno sintieron la necesidad de desacelerar. La Corte podría postergar el fallo sobre la despenalización de la tenencia de drogas para consumo personal. Si bien la sentencia ya está redactada (sólo falta que los jueces Ricardo Lorenzetti y Carlos Fayt entreguen sus votos), en respuesta a las presentaciones que hicieron varias asociaciones civiles algunos ministros estiman conveniente debatir el caso en una audiencia pública”. “El fallo que prepara el tribunal es liberal y justo, pero el contexto político y el humor social no son los más propicios: crisis de inseguridad, violencia en la costa y la discusión entre el juez Eugenio Zaffaroni y el gobernador Daniel Scioli sobre el manejo de la policía bonaerense son datos irritantes. Por las dudas, el Gobierno elaboró un proyecto de ley que, si bien va en el mismo sentido de la sentencia, deja en claro que la Argentina no será el paraíso de la droga”⁷⁷.

Parecería que la Corte y el gobierno nacional han advertido que la sociedad ya vive suficientes polarizaciones y fragmentaciones como para alimentar una más.

2. Tribunales Federales Inferiores

En los últimos años, varias cámaras federales y jueces de primera instancia se han adelantado a la futura jurisprudencia de

⁷⁶ La Nación, sábado 27 de diciembre de 2008. Próximo fallo. En los casos de consumo personal. Despenalizarían la tenencia de drogas. La mayoría de los miembros de la Corte resolvería no condenar a dos personas que tenían un cigarrillo de marihuana para su uso.

⁷⁷ Ver: La Nación, miércoles 4 de febrero de 2009. Adrián Ventura. “Aparecen algunas tibias señales de cordura”.

la Corte y legislación despenalizadota. Mencionaré algunos casos destacados.

La Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, en el año 2006, sobreseyó en dos causas a imputados por tenencia de estupefacientes para uso personal, fundándose en “la manifiesta inutilidad de la penalización de los consumidores de las drogas ilegales en lo que refiere tanto a la finalidad tuitiva que supuestamente la motiva, como a la incidencia en la cadena de tráfico de estas sustancias”, que apuntalan con “dudosa legitimidad” a la ley antidrogas 23.737” y de la obligación judicial de someter a los adictos a distintos tratamientos⁷⁸.

Al año siguiente, la Cámara Federal avaló el uso terapéutico de la marihuana, y sobreseyó a una mujer que tenía marihuana en su casa, considerando que no era delito porque era para uso terapéutico⁷⁹.

Posteriormente, la Sala I de la misma Cámara Federal, declaró la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 14 de la ley de drogas, que castiga la tenencia de estupefacientes para consumo, y sostuvo que la criminalización del consumidor implica impedir el acceso a la salud y restringe su libertad y autodeterminación.

El camarista Farah, entre otros argumentos, sostuvo que hay una “inconstitucionalidad sobreviniente”, derivada del fracaso de la aplicación de la ley, pues entendió que quedó demostrado que con reprimir la tenencia para consumo no se redujo la demanda ni se llegó a castigar al narcotraficante⁸⁰.

En el corriente año 2009, retornando a la jurisprudencia de “Bazterrica”, la sala I de la Cámara Federal de la ciudad de Bue-

⁷⁸ La Nación, martes 9 de mayo de 2006. Fallo de la Justicia contra la penalización del consumo personal de droga.

⁷⁹ Clarín, jueves 3 de mayo de 2007. Discusión por la despenalización de droga.

⁸⁰ La Nación, jueves 24 de abril de 2008. Debate por el consumo de estupefacientes. Avanzó un tribunal en despenalizar el uso de drogas. Declaró inconstitucional parte de una ley.

nos Aires se ha pronunciado por la inconstitucional de ley 23.737. Los camaristas Freiler y Farah reiteraron su criterio de que la penalización del consumo personal de drogas constituye “una restricción de la libertad personal”. Entendieron que “corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, apartado segundo, de la ley 23.737, por traducirse en una irrazonable restricción de la libertad personal y menoscabar el libre acceso del derecho a la salud”⁸¹.

Si bien la mayoría de los jueces federales de primera instancia son partidarios de la despenalización de los tenedores de drogas y adictos, y así lo hacen al resolver sus causas, hay algunos que han elevado su voz de alarma ante las consecuencias que esta política tendrá. Así, el juez federal de Salta, Abel Cornejo, sostuvo que “en este momento en particular y dicho en forma absolutamente enfática, sería un desquicio pensar que se puede despenalizar”. E insistió en que es necesario establecer medidas de seguridad para los adictos. Otro juez, en lo penal económico, fue tajante: “Es una locura”, y recordó que países como Italia “debieron dar marcha atrás con la despenalización”⁸².

También en la ciudad de Buenos Aires hay magistrados federales —que prefirieron hablar reservando su identidad— que no coinciden con la despenalización, y señalan que la idea es que el sistema penal vuelva a combatir en serio el aumento de la venta de drogas. Uno de ellos propuso definir “el consumo como contravenciones y pasarlo a la órbita de la ciudad. La idea es que no se consagre la impunidad. La lógica a nivel internacional es que el adicto es un enfermo. Si es así, necesita contención y ayuda terapéutica, que tiene que estar en manos de los gobiernos locales”.

⁸¹ La Nación, viernes 13 de febrero de 2009. Otro fallo de la Justicia en favor de no criminalizar. Sentencia de la Sala I de la Cámara Federal.

⁸² La Nación, miércoles 12 de marzo de 2008. Controversia en el Gobierno por la política antidrogas. Muchos se oponen a una despenalización del consumo.

Algunos plantean variantes, como que el consumo de estupefacientes esté comprendido dentro de las conductas privadas de los hombres, pero que debe estar muy regulado y prohibido en lugares públicos. Otro propuso diferenciar entre el “trafiadicto”, que es un narcotraficante que tiene problemas de salud, y el consumidor. “La nota distintiva –dice el periodista– la dio un juez con más de diez años de experiencia en el fuero federal: ‘Acá es difícil despenalizar cuando hay lugares como la villa 1-11-14, donde el paco hace estragos. Los jueces tenemos que analizar cada caso para no criminalizar el consumo, pero perseguir el delito’”⁸³.

3. Tribunales Provinciales

En la Provincia de Buenos Aires, y como consecuencia de la ley nacional 26.052 del año 2005, y la posterior adhesión de la Provincia a la misma, los tribunales locales han comenzado a pronunciarse sobre el tema, habiéndose llegado incluso a decisorios de la Cámara de Casación Penal de la Provincia, que, según las salas que la integran, ha tenido resoluciones contrapuestas.

Así, la sala 2ª, el 27 de diciembre de 2007, coincidió con lo resuelto por la Corte Suprema en Montalvo⁸⁴.

Dijo el tribunal provincial que “el agravio según el cual la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal atenta contra el principio de reserva consagrado en el art. 19, CN carece de sustento, a poco que se examine el texto en su integridad”. Y agregó: “conforme al art. 19, CN., las ‘acciones privadas’ están exentas de la autoridad de los magistrados cuando ‘de ningún modo’ ofendan al orden y a la moral pública ni

⁸³ La Nación, miércoles 12 de marzo de 2008. “Controversia en el Gobierno por la política antidrogas. Muchos se oponen a una despenalización del consumo”.

⁸⁴ Ver: Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala 2ª: 27/12/2007. “F., C. O.”.

perjudiquen a terceros. La expresión encomillada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales en el sentido indicado en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que ‘de algún modo’, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que ‘de algún modo’, trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente. No es compartible, pues, el criterio expuesto en el primer voto de Fallos 308:1392 (consid. 8), donde se sostuvo que la norma constitucional sub examine sólo es inaplicable si ‘debe presumirse’ que las acciones privadas afectarán a la ética colectiva ‘en todos los casos’. Lo que el texto dice es lo opuesto. El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas ‘consecuencias’ ‘en algunos casos’, que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a que se refiere esta causa. Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. El efecto ‘contagioso’ de la drogadicción y la tendencia a ‘contagiar’ de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva (Fallos 238:550 y los que en esta sentencia se inspiran) que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su ‘intimidad’ (véase Fallos 308:1392, consid. cit., párr. 2º) sino que ‘se exteriorizan en acciones’, como dijo alguna vez la Corte Sup. (Fallos 171:103, en p. 114) para definir los actos que son extraños al art. 19. Porque es claro que no hay ‘intimidad’ ni ‘privacidad’ si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza ‘de algún modo’ es apartarse de los datos más obvios, penosos y aun dramáticos de la realidad cotidiana”.

“Dicho de otra manera, ciertas y determinadas conductas, como es la tenencia de sustancias estupefacientes para el propio consumo, aunque en el plano estrictamente conceptual u ontológico puedan ser vinculadas con una decisión privada de la persona, relativa a su ámbito de moral individual, no pueden ser consideradas, en el sentido constitucional, como una ‘acción privada’ exenta a la potestad de los magistrados, en la medida en que no sean ejercidas en un marco de estricta intimidad. Ello, como consecuencia de las particulares características del correspondiente bien jurídico protegido, las cuales ya han sido establecidas en párrafos precedentes”⁸⁵.

“Acciones privadas son, pues –continuó la Casación– las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, sin concretarse en **actos exteriores** que puedan incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan y por las cuales, a su vez, son protegidas aquéllas para la adecuada consecución del bien común temporal, fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política”.

“Las primeras pertenecen al ámbito de la moral individual y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia y al de Dios y escapan, por ende, a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran **conductas exteriores** con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria, entran en el campo de las relaciones sociales objetivas que constituye la esfera propia de vigencia de la justicia y el derecho; estas conductas, por ende, están sometidas a la reglamentación de la ley en orden al bien común y a la autoridad de los magistrados, encargados de adecuar y aplicar aquélla a los casos particulares.

⁸⁵ Ver: Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala 2ª: 27/12/2007. “F., C. O.”.

“Las primeras conforman el amplio espectro de las acciones humanas ‘ajurídicas’, esto es, que quedan fuera de la competencia del ordenamiento jurídico; podrán estimarse buenas o malas moralmente, pero no admiten la calificación de lícitas o ilícitas según el derecho. Las segundas, caracterizadas supra, constituyen conductas jurídicas sean conformes o disconformes a la norma legal en tanto forman parte del complejo de relaciones humanas que cae bajo la específica competencia del orden jurídico” (Fallos 296:15, considerando 4)⁸⁶.

También se oponen a la despenalización algunos jueces provinciales de primera instancia. Recientemente, un juez de garantías platense, César Melazo, expresó su oposición a la iniciativa del ministerio de Justicia: “Se está muriendo una generación con el paco mientras a muchos funcionarios les parece simpático fumarse un pucho de marihuana en algún recital.” El juez había dicho entonces que “varios funcionarios tienen que pedir una nariz prestada para pasar una rinoscopía”. El periodista consignaba a continuación que “los contundentes conceptos del magistrado fueron parte de su respuesta a las declaraciones de la fiscal Mónica Cuñarro, asesora del ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Aníbal Fernández, y constituyen un claro apoyo al gobernador Daniel Scioli, que anteayer, en su discurso de apertura de las sesiones legislativas de 2009, atribuyó la sucesión de crímenes de características mafiosas a la intensidad con que, según argumentó, se está combatiendo el narcotráfico desde el comienzo de su gestión. Cuñarro había dicho que la desfederalización de algunas causas de narcotráfico, concretada mediante una reforma legal hace tres años, es “un fracaso” porque la policía “no investiga los casos graves de narcotráfico” sino que mayormente inicia causas por posesión de pequeñas cantidades de drogas en la vía pública. Por el contrario, Melazo dijo que, en una situación que definió como “un aquelarre”, Scioli “tuvo la valentía de patear

⁸⁶ Ver: Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala 2ª: 27/12/2007. “F., C. O.”.

el hormiguero y de aguantarse las consecuencias, y eso significa aguantarse los vueltos”, en referencia a las muertes de personas presuntamente ligadas al narcotráfico. Melazo expresó que la influencia de las drogas está produciendo “un incremento de la violencia antes, durante y después del delito” y que el sistema “da pautas para que los pillos sean más pillos”⁸⁷.

VIII. El tema en la actualidad

1. Gravedad del problema

En los capítulos anteriores he señalado que, sobre el tema de la penalización o despenalización de la tenencia y consumo de las drogas estupefacientes, hay opiniones muy encontradas, y he sintetizado la situación actual en Argentina desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, en especial desde la perspectiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas vigentes.

Pero también había advertido que son muchos los aspectos que se presentan para el análisis, y numerosos los argumentos a favor y en contra de la penalización o despenalización. Todo ello se ve reflejado en los últimos tiempos, en que se ha reinstalado la polémica en todos los ámbitos: en la política, el periodismo, la jurisprudencia de los tribunales inferiores, etc.

En el presente capítulo trataré de sintetizar las principales opiniones y sus respectivos argumentos sobre la penalización o despenalización de la tenencia y consumo de las drogas estupefacientes.

⁸⁷ Ver: La Nación, miércoles 4 de marzo de 2009. Narcotráfico. Critican a políticos por “hacerse los salames”. La frase es del juez Melazo, de La Plata. Con un lenguaje muy particular, el juez se mostró en desacuerdo con las declaraciones de Cuñarro, quien había criticado al gobernador y a la policía bonaerense. “Si se hacen los salames, se hacen los salames todos”, dijo a La Nación.

Ante todo, hay que partir de los datos de la realidad, que nos indica que el problema se agudiza en forma permanente, y que avanza con mayor rapidez de lo que pueda suponerse.

El fenómeno se manifiesta en todo el mundo. Según un informe de la ONU, la cifra de adictos aumentó un 8 por ciento en un año; el narcotráfico movió unos 320.000 millones de dólares. El mercado mundial de la droga, con unos 200 millones de consumidores de estupefacientes y una cifra de negocios de unos 320.000 millones de dólares, es un “monstruo” difícil de liquidar, según el informe anual de las Naciones Unidas sobre drogas, publicado en 2005⁸⁸. En 2006, en un informe del Parlamento Europeo se señalaba que 65 millones de europeos probaron cannabis. Un elemento que influye es que han bajado los precios de las drogas. Se decía allí que en Europa la cocaína es más barata que el café. “Una píldora de éxtasis por el mismo precio que una cerveza; una línea de cocaína por un valor inferior al de una taza de café... La pureza, cantidad y variedad de las sustancias adquiridas influyen en el precio, al igual que factores geográficos, como vivir en una gran ciudad o en una ruta regular de tránsito de drogas. Pero no caben dudas de que la tendencia predominante ha sido un descenso pronunciado en los precios de la marihuana (12%), la heroína (45%), las anfetaminas, el éxtasis y la cocaína (20%). Los valores varían de un país a otro y hasta de un cliente a otro. En Portugal, por ejemplo, un gramo de marihuana cuesta 2,3 euros, mientras que en Noruega se vende a 12 euros. Pero en el Reino Unido, donde el precio suele rondar los 5 euros, más de un *dealer* promueve en escuelas y discotecas “precios introductorios” de 1 euro, es decir, la mitad de lo que cuesta un café cortado en un bar. Otro dato preocupante del informe alude a las muertes relacionadas con el consumo de heroína, que venían descendiendo desde 2000, pero aumentaron en la mayoría de los países durante el último quinquen-

⁸⁸ La Nación, miércoles 29 de junio de 2005. En el mundo En 2004, 200 millones de personas consumieron drogas.

nio. El porcentaje de muertes entre los más jóvenes ha disminuido, lo que confirmaría que el número de nuevos consumidores de heroína por vía parenteral va en descenso, pero las estimaciones de la mortalidad urbana relacionada con la droga (por sobredosis u otras causas) alcanzaron entre un 10% y un 23% de la mortalidad total entre los adultos de 15 a 49 años de edad. Hasta hace poco, el LSD era la sustancia alucinógena más conocida y consumida. Su lugar parece, sin embargo, haber sido ocupado por los hongos silvestres, cuya distribución comenzó a fines de los años noventa, cuando empezaron a ser comercializados junto a otros productos “naturales” en negocios de los Países Bajos⁸⁹.

En Argentina, hace tiempo que se alzan numerosas voces de alarma, en especial por parte de los padres de hijos adolescentes, que manifiestan su preocupación frente a la posibilidad de que fueran atrapados por la droga. “Que la ley se cumpla, que la autoridad ejerza su rol y que vayamos al fondo del problema”, se concluyó en el Foro de Rectores y Padres de la Vicaría de la Ciudad de Buenos Aires, durante el año 2003⁹⁰.

Al año siguiente, se llamaba también la atención sobre el problema de carecer de una política sobre el tema, pese a que la Argentina ha dejado de ser un país de paso para la droga y se ha convertido en un centro de consumo y producción. “Sin estadísticas y con menos presupuesto –decía un informe periódico– la secretaría para la lucha contra el narcotráfico admite que no hay una política oficial para encarar el tema”. “El ordenamiento jurídico está armado sobre la base del cuidado de mercados externos, no para atacar el anclaje de la droga en nuestro país. No tenemos tiempo sanitario para que la prioridad judicial sea investigar la

⁸⁹ La Nación, domingo 17 de diciembre de 2006. Graciela Iglesias: “Informe del Parlamento Europeo. La cocaína, más barata que el café en Europa”.

⁹⁰ La Nación, viernes 21 de noviembre de 2003: “Adicciones: los estupefacientes y el alcohol, en el centro de la controversia. Polémica sobre la despenalización de la tenencia de drogas para consumo”. Por Luciana Malamud.

cadena de comercialización hasta llegar al gran traficante. Hoy hay que capturar a los criminales que venden pasta base”, comenta Claudio Mate, el subsecretario encargado en el gobierno bonaerense de tratar la problemática de las adicciones⁹¹.

Otro factor que contribuye a que el problema se acelere es la tolerancia social hacia el mismo. En todos los ámbitos se extiende la idea de que el uso de estupefacientes no es perjudicial, y hay quienes sostienen que algunas drogas tienen cualidades medicinales⁹². Incluso hay publicaciones que lo propician abiertamente, como una revista sobre cultura cannábica⁹³.

En sentido contrario, se llamó la atención en cuanto a que debemos “desideologizar” el consumo de drogas. “No hay sustancias psicoactivas no riesgosas. La tolerancia social implica ser espectadores pasivos frente a la autodestrucción de nuestros jóvenes”⁹⁴.

Recientemente, el canciller de Colombia alertaba, con la experiencia de su país, sobre esta realidad: ¿Qué es lo que ha descuidado un país que le abre la puerta al narcotráfico?, se le preguntó a Bermúdez. “En primer lugar, lo que lo provoca es un Estado débil y ausente. Aquí, la sociedad subvaloró el tema, lo toleró e incluso se benefició. Y, cuando nos dimos cuenta de que esta gente no sólo se enriquecía, sino que mataba, que secuestraba, ya era tarde”, contestó⁹⁵.

⁹¹ La Nación, domingo 3 de octubre de 2004. Narcotráfico y consumo. “El peso de no tener una política”.

⁹² La Nación, lunes 15 de mayo de 2006. “La problemática de los estupefacientes: tras el fallo que no consideró delito su uso”. Marihuana: preocupa la “tolerancia social”.

⁹³ La Nación, lunes 5 de marzo de 2007. Controversia por una revista sobre “cultura cannábica”. Se distribuye en quioscos de la Capital desde diciembre último”.

⁹⁴ La Nación, martes 11 de julio de 2006. Carlos Souza: “El drama de una juventud sin futuro”.

⁹⁵ La Nación viernes 13 de febrero de 2009. El canciller colombiano, Jaime Bermúdez, analiza la situación del consumo de drogas en la región. Por Francisco Olivera.

Ello también está relacionado con las distintas épocas en que se pone de moda alguna droga en particular. En la década de 1960 en gran parte del mundo se difundió el consumo de marihuana. En los años 70 y 80 nació y se extendió el consumo de la peligrosa y adictiva pasta básica de cocaína, y en los 90 fueron las drogas sintéticas que se han desarrollado en Argentina principalmente en las discotecas y en las fiestas conocidas como “rave”⁹⁶.

En el verano de 2006 se consideraba al éxtasis como la droga de moda. “Sólo en el conurbano bonaerense, 33.864 jóvenes de entre 16 y 26 años reconocieron haber consumido éxtasis, según el Observatorio Provincial de Drogas. El organismo nacional respectivo, que depende de la SEDRONAR, verificó un significativo aumento en el uso de esa droga entre estudiantes secundarios en los últimos cuatro años”⁹⁷.

Al año siguiente, se había duplicado⁹⁸. El diario La Nación decía: “Nuestra sociedad asiste, entre estupefacta e indiferente, al descontrol suicida con que algunos adolescentes se están dejando arrastrar por la perversa atracción que genera el consumo de drogas y alcohol. Son varios los recientes casos mortales que dan cuenta de la peligrosidad de esta aberrante tendencia”⁹⁹.

Otra característica que se advierte actualmente es que la droga no hace distinciones de sexo. Un informe reciente destacaba que hace 25 años las mujeres representaban el 10% de los adictos a las drogas ilegales; en 2008, ya eran casi el 50 por ciento, y con peores consecuencias que para los hombres. “Aunque el consumo ... sigue siendo más común en los hombres, en las mujeres es

⁹⁶ La Nación, martes 4 de octubre de 2005. Editorial II. “El peligro de las drogas sintéticas”.

⁹⁷ La Nación, domingo 29 de enero de 2006. La droga “de moda”. Preocupa el uso creciente de éxtasis entre los adolescentes.

⁹⁸ La Nación, domingo 4 de noviembre de 2007. “El consumo de éxtasis se duplicó y preocupa la creciente oferta. Según un informe de la SEDRONAR, 80.000 personas usaron esa droga el último año”.

⁹⁹ Editorial I. Extasis y fiestas electrónicas. La Nación, sábado 27 de octubre de 2007.

más grave. El varón tiene, por decirlo de alguna manera, permiso cultural para hacerlo; pero cuando lo hace una mujer, se tiene que esforzar tanto para cruzar ciertas barreras que la violencia y la promiscuidad terminan siendo mucho mayores que en el hombre”, señaló el licenciado en psicología Jorge Rshaid, director general de Casa del Sur, organización no gubernamental especializada en la rehabilitación de pacientes drogodependientes¹⁰⁰.

Sin duda, el sector que sufre con mayor intensidad el impacto de este problema es la juventud. Carlos Souza, presidente de la Fundación Aylén, Prevención y Asistencia de las Adicciones, alertaba: “El sostenido aumento del consumo de “paco” –el último de los desechos tóxicos producidos en el proceso de elaboración de clorhidrato de cocaína– es revelador si lo analizamos desde dos perspectivas: social y técnica. El aumento en la cantidad de “paco” circulante también esconde otra realidad. En los años 70 nos jactábamos de ser un país de tránsito de drogas. A mediados de los 80 admitimos que éramos un país consumidor. Hoy, la Argentina es un país de elevado consumo, tránsito y elaboración de cocaína a partir de la pasta base que ingresa desde Bolivia a través de nuestras porosas fronteras. Esta elaboración se produce en las innumerables “cocinas” que existen en el país. Al haber más producción se producen más desechos: ésa es, opino, la causa del aumento de la oferta. Si bien se debe redoblar la lucha contra la oferta, sólo la prevención integral puede poner freno al avance del problema. Para eso se necesitan recursos económicos (hoy ínfimos \$ 21.000.000 anuales para la SEDRONAR, de los cuales casi el 40% se destina a sueldos), recursos humanos y técnicos que permitan el desarrollo de políticas de Estado a largo plazo¹⁰¹.

¹⁰⁰La Nación, sábado 16 de agosto de 2008. En la ONG Casa del Sur se trabaja en la rehabilitación de mujeres con adicción a las drogas. Por Fabiola Czubaj.

¹⁰¹La Nación, martes 11 de julio de 2006. Carlos Souza: “El drama de una juventud sin futuro”.

Para ordenar mejor el análisis sobre las distintas posiciones desde las que se aborda este problema, trataremos primero los argumentos a favor de la despenalización, luego los que propician continuar con la penalización, y a continuación, los de quienes aceptan la despenalización sólo si se cumplan ciertas condiciones.

2. A favor de la despenalización

a. Despenalizar el narcotráfico

La posición despenalizadora más extrema es la que propicia dejar de perseguir al narcotráfico. Algunos consideran que la guerra contra el narcotráfico está perdida, y por lo tanto sostienen que debe abandonarse su persecución.

En julio de 2004 se publicó una Carta de lectores en la que Jorge R. Muratorio, proponía la liberación del mercado de drogas. Se fundaba en que: “Es obvio que la comunidad y las autoridades han fracasado en todo el mundo frente al narcotráfico”. Afirmaba también que “los beneficiarios con la prohibición de la droga son los vendedores de ella, al poder vender su producto al alto precio que lo hacen por no estar legalmente permitida su venta”¹⁰².

Recientemente, un escritor tan conocido como Álvaro Vargas Llosa publicó un artículo donde realizaba ese planteo¹⁰³. Invocaba como argumento que “según los datos de la Oficina de la ONU contra las Drogas y el Delito, el empeño (de eliminar las drogas) ha sido un perfecto fracaso. La producción de opio y cannabis se ha duplicado; la de cocaína ha aumentado ligeramente. La misma proporción de adultos –cinco por ciento– consume drogas

¹⁰²La Nación, martes 20 de Julio de 2004). Allí adhería a una carta del doctor Aquiles J. Roncoroni.

¹⁰³Vargas Llosa, Alvaro. Diario “El Día”, La Plata, jueves 12 de marzo de 2009. “Drogas, ¿llegó la hora de despenalizarla?”.

hoy, en especial el cannabis, que en 1998. Nadie sabe exactamente qué efecto tendría la despenalización sobre el consumo de drogas. En países donde es severamente castigado, el consumo es más alto que en otros”. Y agrega: “Como en tiempos de la Ley Seca en los Estados Unidos, la ilegalidad ha dado pie al surgimiento de imperios del crimen organizado que para mantener el suministro de narcóticos socavan la paz y las instituciones de muchos países. El ejemplo más reciente es México, donde el Presidente Felipe Calderón ha lanzado la ira del Estado contra los barones de la droga. La guerra entre el Estado y los carteles, y entre las propias mafias, ocurre principalmente en Ciudad Juárez, Tijuana y Culiacán. Diez mil personas han sido asesinadas y ha quedado al descubierto una corrupción vinculada a las drogas en las más altas esferas, incluida la Procuraduría General.”

b. Desincriminación del consumo

En el extranjero son numerosas las personalidades que propician la despenalización de los consumidores de estupefacientes. El premio Nobel de Economía norteamericano Milton Friedman sostiene que el Estado no tiene derecho a usar la fuerza, directa o indirectamente, para evitar que un individuo se convierta en alcohólico o drogadicto. En 1998, en una nota publicada en *The New York Times*, señaló que “esta falla moral inevitablemente ha generado males específicos durante el último cuarto de siglo”, desde que el presidente Richard Nixon anunció una “guerra contra la droga”. La publicación inglesa *The Economist* también se pronunció a favor de la legalización de las drogas en 1989 y 2001. Gabriel García Márquez, Carlos Fuentes, Antonio Escohotado, Fernando Savater, Rosa Montero, Manuel Vázquez Montalbán, Juan Manuel Serrat firmaron un manifiesto en el mismo sentido en 1993.

En la Argentina, Bidart Campos opinaba que debe analizarse en cada caso si se pone en peligro o no la salud pública.

Alberto Benegas Lynch, cuando era presidente de la sección Ciencias Económicas de la Academia Nacional de Ciencias, publicó en *La Nación* en junio de 2004 “15 argumentos” que lo hicieron cambiar de parecer en cuanto a los beneficios de la prohibición estatal de las drogas. Juan Tokatlian, director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad de San Andrés, criticó lo que denominó un “prohibicionismo ambiguo” contra las drogas. También lo hicieron los escritores Andrés Rivera y Mempo Giardinelli.

Elías Neuman, Julio Virgolini, Mariano Ciafardini, Luis Niño, Martín Vázquez Acuña, Leopoldo Schiffrin, Daniel Sabsay, Andrés D’Alessio, el camarista federal porteño Horacio Cattani, entre otros, están en contra de la criminalización de los adictos¹⁰⁴.

El gobierno nacional ha tomado este partido, motivo por el que en los últimos tiempos se ha acentuado la polémica.

En 2007, el ministro de Justicia Aníbal Fernández convocó a una “comisión de notables” para que propongan ideas para una nueva política criminal contra el narcotráfico. Dijo que lo hacía para evitar que el sistema penal federal se sature de causas por adictos y no se profundicen, no haya investigaciones de grandes bandas. “Este análisis demuestra un absoluto fracaso, toda vez que los procedimientos son cada vez mayores, pero las cárceles están llenas de adictos o pequeños comerciantes”. El ministro agregó que una causa por consumo le cuesta al Estado unos 15.000 pesos y tener a un adicto detenido, otros 5000 pesos por mes, lo que se podría invertir –estimó– en duplicar el programa de asistencia para los enfermos de HIV¹⁰⁵.

¹⁰⁴La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización?”. Por Laura Zommer.

¹⁰⁵La Nación, miércoles 20 de junio de 2007. “Política antidrogas gubernamental. No perseguirán más a los adictos. Lo anunció Aníbal Fernández”.

En julio de 2008, la presidente Cristina Fernández de Kirchner, avaló esa posición, y dijo fundarse en que no comparte la idea de criminalizar al que sufre una adicción¹⁰⁶.

En agosto de 2008 se informaba que se estaban evaluando reformas en política antidrogas para finales de ese año. Se decía allí que existía un borrador con los puntos principales de la iniciativa oficial, que elaboraba un comité científico que asesora al Ministerio de Justicia, que serviría de base a los proyectos de ley que discutirá el Congreso. Mónica Cuñarro, coordinadora del comité, integrado por Horacio Cattani, Patricia Llerena, Roberto Falcone, Martín Vázquez Acuña, Alicia Gillone, Eva Giberti y Alberto Calabrese, enumeró lo puntos salientes del trabajo que realiza el grupo.

La norma proyectada no castiga al que tiene un problema de adicción. La idea es no perseguir al consumidor. “No estamos a favor de la liberación de la droga ni de su apología. No se puede andar fumando por la calle. Si alguien lo hace, la policía va a secuestrar la droga. El acceso a la droga no es legal”, explicó Cuñarro¹⁰⁷.

Anteriormente, en el Congreso se habían presentado proyectos proponiendo la despenalización. Así, en el año 2005, los diputados García, Jorge Rivas, Ariel Basteiro, Eduardo Di Pollina, Héctor Polino, Aldo Neri, María Ríos, María Barbagelata y Patricia Walsh, se fundaban en que, según entendían, la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal viola el principio de reserva¹⁰⁸.

¹⁰⁶La Nación, miércoles 30 de julio de 2008. “La Presidenta instó a no criminalizar al drogadicto. Preocupan el consumo de alcohol y del tabaco”.

¹⁰⁷La Nación, martes 5 de agosto de 2008. “La nueva ley prevé penas más duras para el traficante. Ante el consumo, intervendrá un juez civil”. Por Hernán Cappiello.

¹⁰⁸La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización? Con proyectos de ley en el Congreso para despenalizar la tenencia personal de estupefacientes, resurgió la discusión sobre si la medida podría frenar el narcotráfico”. Por Laura Zommer.

Durante el año 2008 también se presentaron algunos proyectos tendientes a despenalizar al drogadicto. Uno de ellos por la diputada Diana Conti (FPV-Buenos Aires) y el restante a la senadora Adriana Bortolozzi de Bogado (FPV-Formosa).

Conti, en su proyecto propuso modificar la ley 23.737 para abolir la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal. Sostuvo que la penalización es inconstitucional, pues entiende que viola el artículo 19 de la Carta Magna. También esgrimió un argumento de practicidad, pues sostuvo que la penalización de la tenencia de drogas para propio consumo “no la ha erradicado, ni siquiera disminuido”.

Por su parte, el proyecto de la senadora Bortolozzi proponía despenalizar el consumo de marihuana, siempre y cuando sea destinada a fines terapéuticos. Se fundó en que “el reconocimiento jurídico de que la marihuana utilizada con fines terapéuticos, para disipar dolores resistentes a los analgésicos comunes, no sólo no es delito, sino que la tenencia y el cultivo de cannabis, en estas situaciones es ‘penalmente irrelevante’, se encuentran en dos fallos de la Cámara Federal de Apelaciones, de marzo de 2006 y abril de 2007”. Y agregaba: “El uso medicinal de la marihuana no debería ser castigado penalmente ya que, si bien la ley 23.737 penaliza la tenencia de drogas para consumo personal, la persona se encontraría amparada por un estado de necesidad justificante, debido a que provoca un mal menor para evitar un mal mayor”¹⁰⁹.

El ministro de la Corte Suprema Dr. Eugenio Zaffaroni expresaba que “el sentido del fallo (que está por dictarse) es igual a la jurisprudencia que rigió desde 1984 (sic) hasta 1990. Es decir, no es punible la tenencia de una cantidad razonable para el consumo propio, y que por la cantidad, forma de uso, etcétera, no ponga en peligro bienes jurídicos de terceros, ni sea promotora del uso. En

¹⁰⁹La Nación, jueves 31 de julio de 2008. “Un tema tabú en el Congreso nacional. Ya hay dos proyectos que no prosperaron”.

casi ningún país eso es delito. Aquí es una excepción. Incluso en nuestros países vecinos no está penado. No se trata del incentivo del uso. Simplemente no criminaliza al usuario, que es otra cosa”¹¹⁰.

La fiscal Mónica Cuñarro¹¹¹ aseguró que la ley vigente, que castiga la tenencia para consumo personal, “es funcional al negocio del narcotráfico”.

Un argumento a favor de la despenalización es la aceptación social, en nuestros días, del consumo de drogas.

Es evidente que hay una recepción distinta en la actualidad que en otros tiempos. Antes había una fuerte condena social hacia el drogadicto¹¹². Ahora, en algunos ámbitos, no sólo es tolerado sino también “exigido”. Por ejemplo, entre bohemios y artistas en las reuniones y fiestas de adolescentes. Recordemos a Calamaro cuando invitó a los espectadores a “fumarse un porro”. Quien haya estado presente y se le hubiera ofrecido la droga y rechazara el convite, seguramente tuvo un descenso en la estima social del grupo.

Recientemente, un ministro afirmó que el 75% del consumo juvenil de drogas en el país es “recreativo”. “Si así fuera –decía monseñor Lozano– cabe preguntarse si el 25% restante entró en la adicción por un camino distinto del de la “recreación”¹¹³. Mientras tanto –añadía el prelado– dejemos hablar a las mamás de los adictos. Sus relatos desgarradores nos conmueven. Muchas de ellas luchan contra este flagelo en soledad, sin sentirse acompañadas ni comprendidas por funcionarios públicos y de fuerzas de seguridad.

¹¹⁰La Nación, domingo 1 de febrero de 2009. “Entrevista con Eugenio Zaffaroni”. Por Ricardo Carpena.

¹¹¹Entrevista en la página de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, el viernes 13 de febrero de 2009.

¹¹²En “Estudio en Escarlata”, la primera de las aventuras sobre Sherlock Holmes, que escribiera Sir Arthur Conan Doyle, cuando el Dr. Watson, que sería su biógrafo y compañero de aventuras, lo conoció, se horrorizó al advertir Holmes solía consumir estupefacientes. Ver: Sir Arthur Conan Doyle. Obras Completas. Sherlock Holmes. Aguilar Ediciones, 1953. Tomo I, 47 y ss.

¹¹³La Nación, lunes 29 de diciembre de 2008. Jorge Eduardo Lozano, obispo de Gualaquaychú.

Y agrego por mi parte: ¿también es recreativo cometer delitos aberrantes bajo los efectos de la droga?

La aceptación del consumo hace aparecer como normal el hecho de drogarse. Sin embargo, no lo es, porque nadie tiene derecho a destruirse o degradarse a sí mismo.

c. Reducción de daños

Más polémicas aún son las llamadas “políticas de reducción de daños”, tendientes a mitigar el costo personal y social que acarrea el abuso de drogas.

Dentro de estas metodologías, cada vez más en boga, se encuentran la distribución de jeringas entre adictos endovenosos, para evitar el contagio de HIV y hepatitis C; la despenalización de las drogas “blandas”, como el cannabis, y la enseñanza a los adictos a consumir drogas de una manera responsable¹¹⁴.

En Internet, en la página de una organización dedicada a la “reducción de daños”, hay recomendaciones para los adictos según el tipo de droga que utilizan. Cada droga tiene su link. “No te inyectes siempre en la misma vena. Usá por lo menos cuatro zonas distintas.” “No te inyectes con drogas de mala calidad. Si es aceptable, se disuelve toda en el agua”. Carlos Souza dice que, desde su experiencia en la asistencia a drogodependientes, estas recomendaciones son ilusorias, ya que el descontrol que vive un adicto difícilmente le permite cuidarse, salvo excepciones. Y agrega: “Conformarnos con que un adicto conozca las mejores técnicas para hacerse menos daño implica la claudicación de ideales difícilmente alcanzables pero que no deben dejarse de lado”¹¹⁵.

¹¹⁴ La Nación, 13 de marzo de 2003. Repartirán jeringas a drogadictos.

¹¹⁵ La Nación, viernes 30 de diciembre de 2005. “Drogas: no a la ilusión”. Por Carlos Souza.

En 2008 se presentó un proyecto de ley para obligar a los dueños de los “boliches bailables” y de otros locales de diversión nocturna de la provincia de Buenos Aires a instalar expendedores de agua gratuitos, con la finalidad de evitar que los consumidores de éxtasis terminen en cuadros de deshidratación. La iniciativa de la diputada bonaerense Cecilia Moreau (UCR) tenía como efecto colateral romper con el negocio extra de los dueños de los locales nocturnos, que especulan con los precios del agua envasada, elemento líquido necesario para compensar el desgaste físico que produce la excitación provocada por el consumo de dicha droga¹¹⁶.

En mi opinión, tales políticas son altamente peligrosas, pues lo que en definitiva hacen es fomentar el consumo. Coincido, en cambio, con lo expresado por una persona que conoce muy bien el problema, Carlos Souza, en un trabajo periodístico de hace pocos años: “¿Qué ocurriría si la tasa de suicidas aumentara? ¿Desarrollaríamos espacios para que fueran libres de suicidarse quienes quieran? El dilema es también ético y delicado. Debe ser resuelto con racionalidad, ya que un adicto es una persona perturbada psíquicamente que convive con el riesgo y la autodestrucción. Tratar el tema drogas desde una perspectiva economicista o con ideas ‘progresistas’ que desconocen el padecimiento que viven miles de familias es errar el camino.”¹¹⁷.

d. Sin penalización ni tratamiento

Más graves aún son los proyectos que propician no sólo la despenalización de la tenencia y consumo, sino que también se deroguen las normas que apuntan al tratamiento de los drogadictos.

En tal sentido, el proyecto presentado en 2003 por el diputado socialista Eduardo García en el Congreso Nacional, proponía no sólo la despenalización de la tenencia para consumo, sino que

¹¹⁶ La Nación, sábado 27 de setiembre de 2008. Editorial II. “Extasis: atacar las causas”.

¹¹⁷ La Nación, viernes 30 de diciembre de 2005. “Drogas: no a la ilusión”. Por Carlos Souza.

eliminaba los artículos de la ley en vigor que incluyan la posibilidad de acceder a un tratamiento de rehabilitación a fin de no recibir la sanción. “El Estado tiene que tener un rol activo en cuando a la recuperación de personas adictas, pero no puede ser obligatorio”, dijo García, al explicar el proyecto¹¹⁸.

e. Argumentos políticos

En algunos casos el argumento que se esgrime por la despenalización es de carácter político.

Así, una sala de la Cámara de Casación Penal bonaerense juzgó que la punición avanza sobre las libertades individuales y dijo que “criminalizar el daño que alguien, eventualmente, se produzca a sí mismo, como en el caso de consumo de drogas, significa la asunción estatal de un criterio paternalista autoritario que, por regla, resulta ajeno al principio de autonomía de la persona antes enunciado y nos remite a las peores épocas de nuestra historia reciente”¹¹⁹.

En otros, el concepto disvalioso se funda en la integración de la Corte Suprema y del momento político en que se resolvió. Así, la Cámara de la Capital, en su Sala II, argumentó que la Corte cambió el criterio en 1990, a partir del fallo Montalvo como consecuencia de haberse sustentado meramente en el hecho político del nombramiento de nuevos ministros, al que se negó que pueda legitimar per se una revisión de la jurisprudencia establecida por los integrantes designados por un gobierno constitucional¹²⁰.

¹¹⁸ La Nación, viernes 21 de noviembre de 2003. “Adicciones: los estupefacientes y el alcohol, en el centro de la controversia. Polémica sobre la despenalización de la tenencia de drogas para consumo”. Por Luciana Malamud.

¹¹⁹ La Nación, martes 27 de mayo de 2008. “Despenalización del consumo de estupefacientes: fallo por la portación de medio gramo de marihuana. Tenía droga para sí, y lo absolvieron”.

¹²⁰ Es interesante recordar que, el caso “Montalvo” fue dictado por una Corte que también surgió de un gobierno constitucional; incluso, varios de sus miembros permanecían (y continúan hoy) desde 1983.

Según los camaristas, “la reciente conformación de una integración en el alto tribunal sugiere que se ha presentado la oportunidad de retomar la línea jurisprudencial abandonada de la manera cuestionada”¹²¹. En otros términos, la actual Corte, que les resulta políticamente más afín, deberá modificar la jurisprudencia.

Más recientemente, la misma Cámara Federal declaró la inconstitucionalidad de parte de la ley de estupefacientes, que castiga como delito, fundándose en que la criminalización fue producto del momento. Refiriéndose a la causa “Colavini”, dijo que “La Corte Suprema de Justicia sostuvo en la época de la dictadura militar una postura absolutamente restrictiva que señalaba que una de las consecuencias de la droga era “la aniquilación del individuo (...) traducida en la delincuencia común y subversiva”¹²².

Desde una perspectiva semejante, la senadora Diana Conti decía en 2005 que “en un momento se asoció tanto la delincuencia con la droga y el alcohol con el efecto Blumberg que muchos que opinan igual que yo tienen ahora mucho temor de avanzar en esta línea”¹²³.

También se ha discutido sobre si despenalizar es o no progresista: “Despenalizar el uso de droga no es progresista”, se titula una nota de opinión que publicó Granero en la edición de octubre último de la revista de la SEDRONAR, el organismo que comanda. “La posición oficial y la mía a título personal es estar en contra de la despenalización de la marihuana y de cualquier otra droga en virtud de que veo la realidad del problema de las adicciones. Las drogas que más muertes causan son las de venta legal —el tabaco

¹²¹La Nación, miércoles 10 de mayo de 2006. “Flexibiliza un fallo la tenencia de drogas. No hay delito si el consumo es privado”.

¹²²La Nación, jueves 24 de abril de 2008. “Debate por el consumo de estupefacientes. Avanzó un tribunal en despenalizar el uso de drogas. Declaró inconstitucional parte de una ley”.

¹²³La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates. Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización?” Por Laura Zommer.

y el alcohol—, por lo que legalizar otras drogas es jugar a favor de quienes ya lucran con ellas y lucrarán en el futuro”¹²⁴.

Algunos argumentan desde la óptica de la política internacional, y dicen que despenalizar sería una afirmación de soberanía. Consideran que la penalización significa estar subordinados a la política de Estados Unidos que presiona sobre este tema, pues para ellos es un problema de alta significación. Así decía Marcelo Sain, interventor de la Policía de Seguridad Aeroportuaria: “da lugar a que ese diagnóstico sea realizado e impuesto por organismos extranjeros —como la Drug Enforcement Agency (DEA) de los Estados Unidos—, que tienen sus propias perspectivas e intereses, los que poquísimas veces son convergentes con los nuestros. Pero todo esto debe ser desarrollado de acuerdo con el diagnóstico situacional producido por nuestro país, y con las perspectivas, intereses y prioridades de la Argentina, aunque ello ofenda a aquellas agencias internacionales y sus virreyes locales, que siempre se han opuesto —con éxito— a semejante emprendimiento institucional, en aras de ser ellos quienes monopolicen la interpretación del problema y el establecimiento de lo que es importante y lo que no lo es”¹²⁵.

Sain también incluyó el tema en la polémica con el gobierno de la Provincia de Buenos Aires y con su policía. Sostuvo que, “tal como ha sostenido el ministro Aníbal Fernández, en la Argentina no hay carteles de la droga. Por el momento, éstos sólo existen en la imaginación de ciertos altos funcionarios bonaerenses que están atormentados por su impericia en la dirección de sus propias policías o por la evidencia de que ciertos sectores notables de dicha institución regulan o protegen descaradamente el negocio del narcotráfico, mientras el gobernador Scioli propugna darle más poder discrecional a esa policía. Una puesta en escena trazada por

¹²⁴La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización?” Por Laura Zommer.

¹²⁵La Nación, miércoles 11 de febrero de 2009. Marcelo Sain: “Narcotráfico: las lecciones hemisféricas”.

la ignorancia o por la malicia, porque esta película ya la vimos en los años 90 con la “mejor policía del mundo” de Duhalde y, más tarde, con la prédica balística de Ruckauf. Y conocemos el final infeliz de la historia: más descontrol y corrupción policial, y más narcotráfico”¹²⁶. En cuanto a estas opiniones del funcionario nacional me parece importante recordar que Saín critica a la actual policía, pero olvida que es la que construyeron el Dr. Arlaníán y él, cuando estuvieron en el Ministerio de Seguridad de la Provincia.

f. Referencias prehistóricas

También se ha vinculado el tema con retornos a la prehistoria. Aníbal Fernández, ministro de Justicia y Seguridad, en diciembre de 2008, sostuvo que el desacuerdo a su proyecto era propio de “trogloditas”. Así llamó a quienes se oponían (la Iglesia, entre otros). “Nosotros –dijo el ministro– queremos recuperar a nuestros jóvenes de la mejor manera y no metiéndolos presos”¹²⁷.

g. Argumentos prácticos

La realidad es que, en la práctica, el consumo de droga está despenalizado, pues la gran mayoría de los tribunales adhieren a la doctrina de la inconstitucionalidad de la sanción a los adictos, por lo que, si bien ingresan causas a los juzgados, las mismas son rápidamente sobreesidas. En el caso de la ciudad de Buenos Aires, los jueces federales en su mayoría están en favor de no imputar a los adictos. Es más, sostienen que el consumo de drogas está despenalizado de hecho.

Se fundamentan en la jurisprudencia de la Cámara Federal que avanza hacia la tolerancia para el consumo personal.

¹²⁶La Nación, id. id.

¹²⁷La Nación, viernes 13 de febrero de 2009. “El canciller colombiano, Jaime Bermúdez, analiza la situación del consumo de drogas en la región”. Por Francisco Olivera.

La juez María Servini de Cubría sostuvo que “prácticamente está despenalizado porque todo es consumo personal sin trascendencia para la salud de terceros. Creo que sería muy positivo que hubiera un sistema de salud para atender este tipo de problemas, sobre todo el tema del paco, porque últimamente tenemos muchos procedimientos por eso”.

Y otro tanto ocurre en el resto del país. Así lo reconocía el juez federal de Mendoza, Walter Bentos, que decía que, en la práctica, “el consumo está despenalizado” porque la mayoría de los casos que se tratan terminan siendo sobreseídos por la escasa cantidad de droga secuestrada. “Esto le cuesta mucho dinero al Estado, que podría utilizarse en la prevención”, dijo. Aníbal Fernández había dicho que tramitar una causa por drogas cuesta unos 5000 dólares¹²⁸.

Parecería que, en gran medida, el problema es reducir los costos y aliviar el trabajo de los tribunales. Pienso que, si extremamos el argumento, sería conveniente cerrar los juzgados. No hay duda que sería más económico.

Si bien es cierto que los tribunales están colapsados, creo que el motivo no es porque se persiga a los drogadictos, sino otro: en los últimos años, en distintas jurisdicciones, se han efectuado reformas procesales que han llevado a esa situación. Con frecuencia, se han tomado medidas que teóricamente pueden considerarse muy interesantes, pero que, si no se cumplen determinados presupuestos, dan un resultado negativo.

Un ejemplo es el juicio oral. La oralidad ha avanzado y, teóricamente, es mucho mejor que el procedimiento escriturario. Pero, para que funcione, se requiere, por ejemplo, un gran número de tribunales, cosa que generalmente, por razones presupuestarias, es difícil de lograr. Entonces las causas se van acumulando, y los tribunales dejan de funcionar.

¹²⁸La Nación, miércoles 12 de marzo de 2008. Controversia en el Gobierno por la política antidrogas. Muchos se oponen a una despenalización del consumo.

En poco tiempo, las únicas causas que van a tramitar con una cierta celeridad son las llamadas de derechos humanos, porque son las que interesan al gobierno. Las demás, con penalización de drogadictos o no, irán prescribiendo.

Además, si llegamos a extremar ese argumento de que hay que despenalizar todos los delitos que puedan sobrecargar a los tribunales, habrá que suprimir el Código Penal. Es lo que se hizo en la Provincia de Buenos Aires, con la reforma procesal de 1998: las causas anteriores, en trámite desde muchos años antes, fueron a los llamados juzgados de transición, unos pocos. Casi todas esas causas prescribieron, y los responsables fueron exculpados, por lo que no hay que asombrarse por la inseguridad absoluta en que vivimos: ya fue advertida cuando se instrumentó dicha reforma. Además, después de más de diez años de vigencia, ha demostrado su total fracaso, como lo planteaba recientemente el presidente de la Cámara de Apelaciones de San Isidro.

Por otra parte, si hay que despenalizar el consumo de drogas porque la sanción no lo ha disminuido, también habría que hacerlo con la comercialización, porque se ha incrementado. Y además despenalizar el homicidio, los delitos contra la propiedad, etc., por cuanto los mismos no se han reducido, sino que, día a día, se incrementan exponencialmente. Más fácil aún: suprimamos el Código Penal.

El tabaco y el alcohol tienen venta libre y sin embargo su consumo no parece haberse atenuado.

Otro argumento es que la penalización aumenta el número de delincuentes. En el proyecto antes mencionado del año 2005, los diputados Jorge Rivas, Ariel Basteiro, Eduardo Di Pollina, Héctor Polino, Aldo Neri, María Ríos, María Barbagelata y Patricia Walsh, decían que “Esta ley, cuyo fin es supuestamente preservar la salud pública, transforma en delincuentes a cientos de miles de personas que no son delincuentes. En los 15 años de vigencia de

la norma hubo 320.000 procesados o detenidos por este tema: el 98,5% de ellos no tenía antecedentes penales cuando fue detenido y tenía menos de 5 gramos en su poder”¹²⁹.

En igual sentido, el juez de la Corte Suprema Zaffaroni decía: “No nos interesa penar consumidores que ni siquiera son adictos y son la gran mayoría. Sí nos interesa que todos los cañones se concentren sobre el tráfico. Hay un desperdigamiento total de esfuerzos. Tenemos llenos los juzgados federales de procedimientos de esta naturaleza y, en realidad, no sirven para nada, no sirven para controlar el uso de tóxicos. Debemos concentrar los cañones en los traficantes. Y particularmente en el paco. Toda la política prohibicionista en el mundo ha llevado a resultados altamente negativos en los últimos 30 ó 40 años. Ha generado muchos más muertos la lucha económica detrás de los tóxicos prohibidos que lo que genera el propio tóxico prohibido. Pero esto es una política de tipo mundial. Es muy difícil, casi imposible, ganarle a un tráfico de drogas por vía penal. Uno se pone delante de organizaciones que lo barren con cañonazos de dólares, o de plomo. En el caso del paco, uno no se está enfrentando con un cartel internacional. El paco es una cosa casi artesanal y ahí sí a la batalla la podemos ganar. Esa batalla es importante porque en este momento hay una emergencia. En definitiva, si hay un abuso y una dependencia, cualquier tóxico destruye, pero, neurológica y físicamente, a lo largo de años. El paco destruye en meses. Pero es una batalla que se puede ganar”¹³⁰.

También se dice que perseguir a los adictos facilita la corrupción. Así lo afirma el Comité Científico que asesora al mi-

¹²⁹La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización? Con proyectos de ley en el Congreso para despenalizar la tenencia personal de estupefacientes, resurgió la discusión sobre si la medida podría frenar el narcotráfico”. Por Laura Zommer.

¹³⁰La Nación, domingo 1 de febrero de 2009. Entrevista con Eugenio Zaffaroni. “Scioli se equivocó al dar autonomía a la policía”. El juez de la Corte dijo que con este modelo de gestión policial la bonaerense “se descontrola”, criticó a los políticos porque “están presos de los medios” y aseguró: “En el ámbito oficial a nadie le interesa la seguridad”. Por Ricardo Carpena.

nistro Aníbal Fernández, que elaboró dos documentos sobre el fracaso de las políticas de represión del narcotráfico por causa de la falta de coordinación de las fuerzas de seguridad y los casos de corrupción. “Desde hace 20 años ‘tiraron’ al campo penal el problema de las adicciones¹³¹. La cara que pone el Estado frente a este problema es la de un juez, un fiscal, un policía, pero el problema es más complejo y el resultado es el que tenemos a la vista, con la consecuente deslegitimación del sistema penal. Se persigue al consumidor y esto facilitó la corrupción en las fuerzas de seguridad. Hay posibles bolsones de corrupción en las fuerzas de seguridad y en zonas judiciales”, denunció la fiscal Mónica Cuñarro, coordinadora del Comité Científico¹³².

Se dice también que perseguir al adicto facilita la corrupción policial. En realidad, es a la inversa: la legalización del consumo la va a agravar, pues ocurrirá que el funcionario deshonesto que realiza el procedimiento “arregle” con el distribuidor o traficante dejando constancia que el secuestro es menor, quedándose con el resto para su propio negocio.

Otro argumento es que se afirma que con el actual sistema no se persigue a quienes venden droga. “Pese a que desde el inicio de los operativos se ha registrado una leve mejoría en cuanto a la persecución de los “quioscos” –puestos informales de venta de drogas–, a Falbo le preocupa que pueden desvirtuarse del sentido original de la norma, que termine por hacer eje en el consumo personal y no en el tráfico. El punto ya generó más de una polémica y, al menos, dos fallos de los jueces provinciales de Dolores, Luis Nitti, y de Lomas de Zamora, Daniel Viggiano, que, en febrero último, declararon inconstitucional la detención de consumidores de droga”¹³³.

¹³¹En realidad, no son 20 años, sino 35; recordemos que la ley 20.771 es del año 1974.

¹³²La Nación, martes 5 de agosto de 2008. “Perseguir al adicto facilita la corrupción”, dijo la fiscal Cuñarro, del comité asesor).

¹³³La Nación, lunes 24 de abril de 2006. Queda libre el 70% de los detenidos por vender droga. Ocurre por el cambio de ley; la Corte bonaerense, preocupada.

En realidad, es precisamente al revés. Cuando se despenalice la tenencia, todos los vendedores minoristas van a decir que tienen la droga para su consumo. No habrá forma de probar lo contrario, y no se podrá sancionar a nadie. Y esto no es una simple suposición, pues ya se observa en recientes resoluciones judiciales que tuvieron gran difusión: se sobreseyó a personas que evidentemente eran distribuidores, pero alegaron ser consumidores. En la práctica, ningún minorista es procesado, pues todos invocan su condición de consumidores.

h. Despenalización condicionada

Hay algunas opiniones que se muestran proclives a aceptar la despenalización, pero siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Un caso es el de Verónica Dubuc, presidenta honoraria del Capítulo de Drogodependencia de la Asociación de Psiquiatras Argentinos, quien se mostró en favor de la despenalización siempre y cuando esté “acompañada de un programa de asistencia que contemple medidas de prevención”. Pero el consumo se ha complejizado e incrementado, alertó¹³⁴.

Juan Gabriel Tokatlian decía que “una política de despenalización debe esclarecer los recursos, los programas y las tácticas destinadas a reducir y controlar el fenómeno de las drogas. Si se pretende despenalizar el consumo de drogas se debe asegurar un presupuesto pertinente para educación, salud y otros ámbitos de la política pública. Habrá que estar dispuestos a incrementar y cualificar las inversiones sanitarias para la prevención, el tratamiento y la rehabilitación de los consumidores. Se deberían elevar los montos destinados a la educación de los jóvenes, para inducir

¹³⁴La Nación, jueves 31 de julio de 2008. “Divide a los expertos la idea de despenalizar. Sin embargo, coinciden en que el consumo es cada vez mayor”. Por Loreley Gaffoglio.

hacia el futuro una baja en el consumo y un menor abuso de las drogas. Así, también, los adolescentes, las mujeres y otros grupos vulnerables deberían ser objeto de iniciativas focalizadas de inserción laboral, de recreación deportiva, de provisión de ciertos insumos para un uso menos nocivo de las drogas, etc. Habría que aumentar los estudios científicos para conocer más los comportamientos adictivos, sus orígenes y secuelas. En breve, la única opción creíble y legítima de una decisión a favor de despenalizar las drogas es una despenalización exigente. No se podría tratar de una moda circunstancial, de una estrategia improvisada, de un mecanismo camuflado para debilitar aún más un Estado que ha sido incompetente y laxo ante el crecimiento interno del narcotráfico transnacional”¹³⁵.

Personalmente, conociendo la realidad política argentina, creo que nadie puede suponer que, porque deje de perseguirse penalmente a los adictos se vuelquen mayores recursos a la asistencia médica y psicológica de los mismos. Si prosperan los proyectos en discusión, o la anunciada jurisprudencia de la Corte Suprema, la acción se va a limitar sólo a eso: dejará de perseguirse al drogadicto, y se lo abandonará a su suerte.

3. A favor de la penalización

Expondré a continuación algunos de los argumentos que se esgrimen a favor de la incriminación de los tenedores y consumidores de estupefacientes.

Entre los más importantes están el daño a la salud de los propios drogadictos, el daño social, su importancia en la lucha contra el narcotráfico, la potencialidad delictiva, argumentos prácticos, y que nadie tiene derecho a la autodegradación ni a dañarse a sí mismo.

¹³⁵La Nación, martes 19 de agosto de 2008. Juan Gabriel Tokatlian. “Una despenalización exigente”.

a. Sectores que se oponen a la despenalización

Hay diversos sectores que están en esta posición: mencionare entre ellos a sanitaristas, políticos, y la Iglesia

En el sector médico-asistencial, muchos especialistas temen por los efectos de la despenalización en un país que no tiene un sistema sanitario preparado para enfrentar esa situación¹³⁶, y afirman que el consumo se va a disparar acarreando consecuencias fuera de control¹³⁷.

Además, las consecuencias se van a ampliar a todos los sectores pues, como en su momento se señalara en un informe de la ONU, “el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo, sino que, al hacerlo así, causa perjuicios a quienes lo rodean”.

También hay sectores políticos que se oponen a la despenalización. En el mismo gobierno nacional hubo una opinión muy importante de desaprobación a la despenalización. Me refiero a Ginés González García, cuando era ministro de Salud, quien dijo estar en desacuerdo con la desincriminación¹³⁸. Extrañamente, la actual titular de esa cartera no ha opinado sobre el tema. El único que permanentemente lo hace es el ministro de Justicia.

Más aún: el propio presidente Kirchner, en 2005, dijo que “Si la Corte, en su actual integración, declara nuevamente la inconstitucionalidad de la tenencia de drogas, que lo haga, pero yo no pienso dar un solo paso en ese sentido porque el país ya tiene bastantes problemas”¹³⁹. Evidentemente con ello se detuvieron en el Congreso los proyectos que propiciaban la despenalización. La-

¹³⁶La Nación, domingo 20 de abril de 2008. Marihuana: la tolerancia social y los riesgos.

¹³⁷La Nación, miércoles 29 de abril de 2009. Diana Cohen Agrest. “Despenalizar o desentenderse”.

¹³⁸La Nación, viernes 21 de noviembre de 2003. “Adicciones: los estupefacientes y el alcohol, en el centro de la controversia. Polémica sobre la despenalización de la tenencia de drogas para consumo”. Por Luciana Malamud.

¹³⁹La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización?” Por Laura Zommer.

mentablemente, su esposa y sucesora se ha pronunciado en sentido contrario.

Un ex senador provincial de Buenos Aires, Jorge Heyde, en su momento hizo notar la existencia de una ley bastante antigua, que no se aplica: “Como autor de la ley 7488 de prevención, toxicomanía y narcóticos, sancionada y promulgada hace más de 20 años y que hasta la fecha no ha sido puesta en funcionamiento, he leído con tristeza y estupor el fallo de la Cámara Federal de la Sala II que despenaliza el consumo y la tenencia de drogas al considerar que el ciudadano enjuiciado ‘no puso en peligro la salud pública’, desaconsejando la imposición coactiva de tratamientos para adictos. Este fallo, [...] llama poderosamente la atención por cuanto abre las puertas a los traficantes, en momentos en que este terrible flagelo azota al mundo y muy especialmente a nuestros jóvenes. Si está la drogodependencia tipificada como una enfermedad, lo correcto sería su tratamiento; permitir el libre consumo expande el tráfico, por tratarse de una imparable adicción. Sin una lucha preventiva –como lo establece la ley– y la acción conjunta de todas las instituciones, el cuadro, que genera además inimputabilidad, se agravará hasta límites inimaginables”¹⁴⁰.

En el campo opositor, Elisa Carrió escribió en 2006: “Hoy, los jóvenes pobres adictos al “paco” son la mano de obra barata de las organizaciones delictivas y sus madres, mujeres desesperadas que no encuentran un lugar donde denunciar a los que venden droga y tampoco saben a quién revelar la ubicación de las cocinas que producen cocaína en los mismos barrios en los que ellas intentan forjar un futuro para sus familias¹⁴¹. Sin embargo, algo más adelante, la autora dice que “No sirve dedicarse solamente a combatir al “trafiadicto”, que es aquel que trafica para consumir. A él debería tratárselo como a un enfermo y no como a un delincuente.”

¹⁴⁰La Nación, martes 16 de mayo de 2006. Cartas de lectores. “Tenencia de droga”.

¹⁴¹La Nación, jueves 21 de setiembre de 2006. El “paco”, la punta del iceberg. Por Elisa Carrió.

Más adelante, cuando se suponía que se dictaría el fallo de la Corte Suprema que cambiará la jurisprudencia, reiteró conceptos semejantes. “Hay que tener cuidado con la legalización, porque supone prácticamente la habilitación y el blanqueo de todo el negocio de la droga”, sostuvo en declaraciones radiales. La ex diputada nacional advirtió, además, que, como “el negocio de la droga está muy vinculado con el poder” en la Argentina del ministro de Justicia, Aníbal Fernández, “siempre hay que sospechar”¹⁴².

Carrió no fue la única que, en el ámbito político planteó sospechas sobre las motivaciones de la campaña despenalizadora. Jorge Casanovas, quien fuera diputado nacional por el PJ, en una carta de lectores de 2004, planteaba dudas sobre los recurrentes intentos por “despenalizar la tenencia de estupefacientes, y ahora también la siembra, cultivo y guarda de semillas, materias primas o elementos destinados a producción o fabricación, para consumo personal”. “La dinámica que imprime el narcotráfico a sus políticas de marketing –decía– nos obliga con lamentable periodicidad a responder campañas despenalizadoras del delito, para no darle ventajas ni legislativas ni de mercado. Es bien sabido que la droga es nociva, genera dependencia psicofísica, es la puerta de entrada al laberinto de la violencia, del delito, de la destrucción de la familia, y termina en la enfermedad y la muerte. [...] “He escuchado durante años múltiples argumentos para poner en el tapete el debate en torno de la legalización de las drogas, algunos bien intencionados y otros obrando con una gran irresponsabilidad. Nunca ocurrió en el contexto de tremenda inseguridad como en el que hoy vivimos. Inmersos en políticas contradictorias no hay destino posible: ‘la droga es factor criminógeno, liberémosla’. Si el argumento lógico es que la violencia en los estadios, la violencia en los recitales, la violencia en los asaltos, secuestros extorsivos, violaciones, muti-

¹⁴²La Nación, domingo 28 de diciembre de 2008. Polémica por la despenalización de la tenencia de estupefacientes. La sentencia, que se conocería en febrero próximo, ya genera un áspero debate.

laciones y asesinatos guardan relación directa con el tráfico y consumo de estupefacientes; si la inmensa mayoría de los detenidos en nuestras cárceles son adictos o han tenido algún contacto con la droga; si las madres de los drogodependientes nos reclaman más institutos para internar a sus hijos a quienes no pueden contener; si hoy nos alertan que el narcoterrorismo de las FARC colombianas rondan nuestra tierra cuya fuente de financiamiento es el secuestro y el narcotráfico, ¿qué persona bien intencionada puede generar la idea de presentar esta calamidad como un inocente elemento cuyo consumo constituye una acción privada que no ofende al orden ni a la moral pública, ni perjudican a terceros? Preguntemos a aquellas madres, a sus familias, a las víctimas de los que se drogan para darse ánimo o cometen delitos para comprar más droga, si esas pseudo-privadas acciones los molestan, los ofenden, los perjudica. Utilizar la ley en esos despropósitos de esparcir falsos argumentos para despenalizar encubriendo la difusión del mal conlleva un verdadero desprecio por todos”¹⁴³.

También algunos ciudadanos han expresado tales sospechas. Veamos otra carta de lectores del año 2006: “Que la Cámara Federal autorice a los adictos la tenencia, por lo tanto la compra de droga (que los hace participes necesarios de un ilícito: el tráfico), es lo mismo que autorizar a un sector de la población a financiar a la organización mafiosa más poderosa de la Tierra. ¡Qué casualidad! Justamente la que tiene el poder de corromper todo, absolutamente todo, hasta la Justicia misma. Señores jueces: hay muchas cosas que son de uso privado y que están prohibidas. Ustedes tienen la obligación moral de cuidar la vida no sólo de toda la sociedad, sino, y específicamente, la de cada uno de los que la integran. Sin cada uno no hay sociedad posible.”¹⁴⁴.

¹⁴³La Nación. lunes 25 de octubre de 2004. Jorge Casanovas. Diputado nacional PJ. Cartas de lectores.

¹⁴⁴La Nación, domingo 14 de mayo de 2006. José F. Gutiérrez Arana. Cartas de lectores.

Algunos fundan sus sospechas en la falta de acciones efectivas contra el narcotráfico, vinculándolas con los proyectos de despenalización. Señalan que resulta extraño que no se haya legislado todavía sobre el uso de radares y del espacio aéreo, ya que se estima que el 80% del contrabando de drogas se realiza en operativos que no insumen más de treinta minutos, por medio de aviones que ingresan cientos de kilos diarios y que aterrizan en 1500 pistas clandestinas ubicadas en la zona del nordeste del país.

La Iglesia Católica es una de las instituciones que siempre ha manifestado una gran preocupación por el problema de las drogas. En marzo de 2007 los obispos elevaron la voz de alarma por el consumo de drogas en el país¹⁴⁵, y en noviembre del mismo año la Iglesia emitió un crítico documento, advirtiendo que la droga “destruye familias y mata”. En esa oportunidad la Conferencia Episcopal Argentina denunció a “los mercaderes de la muerte que están destruyendo a las nuevas generaciones”, e hizo un llamado a convertir la lucha contra el narcotráfico en una política de Estado “en el corto plazo”, y alertó sobre la gravedad del consumo de droga en el país, particularmente entre niños y jóvenes, para quienes se ha convertido en un “complot para el exterminio”.

Calificaron a las drogas como “una de las calamidades más grandes de estos últimos tiempos”, y aludieron a los daños que causa en niños, jóvenes y sus familias, “que se enfrentan a un enemigo de enorme capacidad de mal”. “El narconegocio –decían los obispos– se instaló en nuestro país, prospera exitosamente, destruye familias y mata. Nuestro territorio ha dejado de ser sólo un país de paso”, y denunciaron que el narcotráfico genera “corrupción y muerte: asesinatos por encargo, extorsiones, dependencias esclavizantes, prostitución”.

Los obispos propusieron trabajar en tres direcciones: promover “una cultura de la vida”, “despejar la falsa ilusión de que

¹⁴⁵La Nación, lunes 19 de marzo de 2007. Ante los últimos datos oficiales.

de la adicción se entra y sale fácilmente”, y denunciar y perseguir “a los mercaderes de la muerte”. Los obispos afirmaron que es necesario denunciar los hechos delictivos y políticas que favorezcan las adicciones; la educación en todos los niveles como estrategia de prevención, y la multiplicación de espacios de tratamiento para las adicciones¹⁴⁶.

Curiosamente, pocos meses más tarde comenzó la cruzada del gobierno nacional a favor de la despenalización. Ante ello, la Iglesia emitió otro documento oponiéndose a la propuesta del ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Aníbal Fernández, ante el foro de la Organización de las Naciones Unidas. Con una frase de Juan Pablo II, “la droga es un mal y al mal no se le hacen concesiones”, la conducción eclesial se manifestó en contra por entender que nada que facilite el consumo de estupefacientes puede ser conveniente para la sociedad. Y arribaron a una conclusión que coincide con el sentido de nuestro trabajo: “Nadie tiene derecho a dañarse”¹⁴⁷. Tampoco, agrego por mi parte, a degradarse.

En setiembre del mismo año 2008 la Comisión Nacional de Justicia y Paz del Episcopado presentó, en la Cámara de Diputados, una iniciativa promoviendo la creación de un esquema de prevención del consumo de drogas y de alcohol en el sistema educativo, con el objetivo de impulsar la creación de un Programa Nacional de Educación y Prevención sobre el Consumo de Drogas, que debería instrumentar el Ministerio de Educación en coordinación con la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR).

Incluyeron alarmantes estadísticas donde se advierte que el consumo de paco comienza cerca de los 8 años y es padecido por

¹⁴⁶La Nación, martes 13 de noviembre de 2007. “La Iglesia alerta sobre el negocio de la droga”.

¹⁴⁷La Nación, miércoles 12 de marzo de 2008. “La Iglesia se opone a la iniciativa oficial”.

el 47% de los varones que viven en asentamientos precarios¹⁴⁸. Unos días más tarde, el diario La Nación adhirió a ese documento en su principal editorial¹⁴⁹.

El obispo de Gualeguaychú, Lozano, señaló también la falacia con que frecuentemente se plantea la polémica, pues se argumenta que no se quiere criminalizar al adicto, ponerlo en el mismo nivel de delito que al narcotraficante. Sin embargo, señala con razón que “la legislación actual no penaliza al consumidor. En efecto: la ley 23.737 establece que cuando la tenencia es para uso personal y hay una “dependencia física o psíquica” de la sustancia, el juez puede imponer una “medida de seguridad curativa, consistente en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario”, por lo que deja en suspenso la pena que le pudiera corresponder. Considera al consumidor como una persona enferma (no un delincuente) y manda a proveerlo de un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación. La despenalización del adicto ya está en vigencia”.

Y llega así a lo que es el fondo del problema: “la ley mencionada no se está cumpliendo. El Estado nacional no está asistiendo adecuadamente a las instituciones que se dedican a la rehabilitación. La SEDRONAR (Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico) no da abasto ante la enorme demanda y cuenta con un presupuesto para unas pocas becas de un año. Éstas no alcanzan para tratamientos prolongados. La gran mayoría de las provincias no tiene

¹⁴⁸La Nación, miércoles 17 de setiembre de 2008. “Propuesta del Episcopado. Presentan un proyecto de lucha contra la droga. Promueven un cambio en la escuela”.

¹⁴⁹La Nación, viernes 19 de setiembre de 2008. Editorial I. “Valiosa iniciativa del Episcopado”. Mientras desde el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, a cargo de Aníbal Fernández, se impulsa un controvertido proyecto de despenalización de la tenencia de drogas para consumo personal, la Comisión Nacional de Justicia y Paz del Episcopado –junto con instituciones sindicales, empresariales, académicas y de otros credos– presentó en el Congreso un proyecto de ley sobre prevención de la drogadicción en niños y adolescentes. La iniciativa fue elaborada en el marco del foro nacional “De habitantes a ciudadanos”, que impulsa Justicia y Paz, la única comisión del Episcopado integrada por laicos que preside Eduardo Serantes y asesora monseñor Jorge Casaretto.

sistemas de tratamiento para recuperación de adictos. Sólo unos pocos municipios, con enorme esfuerzo, están buscando articular algún programa”¹⁵⁰.

“Tampoco se cumple la ley en lo que se refiere a estrategias de prevención, que no deberían consistir sólo en campañas esporádicas, espasmódicas, aleatorias y desconectadas de planes integrales que apunten al rescate del adicto. Prevención no es dar charlas a los adolescentes en las escuelas acerca de las consecuencias de drogarse. Casi todos ellos ya lo saben y hasta podrían darnos clases sobre las sustancias. La tarea preventiva debería involucrarnos a los adultos, responsables de una sociedad enferma que compromete su futuro despreciando su presente. Vivimos en medio de conductas adictivas, propuestas desde la publicidad de medicamentos y el imperativo del éxito rápido sin esfuerzo. Habría que penalizar al Estado por no cumplir la ley. Si no se sabe adónde enviar a los adictos y se los encarcela, ése no es el espíritu de la ley. Es cierto que hay ‘perejiles’ en prisión, mientras que los que se enriquecen con la muerte de nuestros pibes están de paseo”¹⁵¹.

Contrariamente a la actual política del gobierno nacional, funcionarios de numerosas provincias, incluso del mismo signo político, se han pronunciado en contra de la despenalización.

En tal sentido, el jefe de la policía bonaerense cuestionó el proyecto del gobierno nacional: “La despenalización –dijo en abril de 2008– puede agravar el tema de la seguridad; hay que valorar las consecuencias que puede tener un cambio de norma”.

Lo mismo había dicho el 11 de marzo el ministro de Salud de la Provincia, Claudio Zin, quien cuestionó tímidamente la propuesta presidencial. A su vez, el jefe de policía agregó: “Una persona bajo el consumo de drogas permanece en un estado de

¹⁵⁰Ver: Jorge Eduardo Lozano, obispo de Gualeguaychú. La Nación, lunes 29 de diciembre de 2008.

¹⁵¹ Jorge Eduardo Lozano, op. cit.

parestesia, de alucinación, no siente dolor ni remordimientos”. Al referirse a los consumidores dijo que “no habría que sacarlos del esquema, sino que habría que establecer una norma que regule que una persona que sea encontrada con droga para uso personal sea sometida a una rehabilitación”.

En ese momento, el gobernador Scioli no se pronunció sobre el tema: “Un vocero del gobernador Daniel Scioli aclaró anoche que la declaración de Salcedo ‘es su opinión, no la del gobierno’ y que el gobierno bonaerense está estudiando el tema en sintonía con el de la Nación”¹⁵². Sin embargo, tiempo después el gobernador también se pronunció contra la despenalización, lo que le valió fuertes ataques de funcionarios nacionales y hasta de un juez de la Corte. Más recientemente, la subsecretaria de Atención a las Adicciones bonaerense, María Graciela García, fue crítica al decir que hoy existe un fenómeno de naturalización del consumo de drogas, y llamó la atención sobre el peligro que ello implica. Desmintiendo el argumento de que la despenalización reduciría el consumo, recordaba que “el consumo de alcohol no está penalizado y es la sustancia que más se consume, sobre todo y cada vez más, desde los 12 ó 13 años. En tanto, la droga ha aumentado progresivamente año tras año. Tenemos que tomar todo esto con más cuidado por la responsabilidad social que puede implicar la despenalización”¹⁵³.

Y el propio gobernador Daniel Scioli, sostuvo: “La droga es una de las raíces del delito” y que más del 50 por ciento de los hechos delictivos son protagonizados por personas drogadas. “Detrás de esos hechos de inseguridad, en lo que vemos una ferocidad incomprensible, generalmente hay droga. Por eso no hay que legalizarla”¹⁵⁴.

¹⁵²La Nación, miércoles 9 de abril de 2008. La despenalización del consumo de estupefacientes. Drogas: advertencia del jefe de la policía bonaerense. Salcedo opinó que puede agravar cuestiones de seguridad.

¹⁵³La Nación, sábado 27 de diciembre de 2008. Una posición que siempre despierta controversias.

¹⁵⁴La Nación, domingo 28 de diciembre de 2008. Polémica por la despenalización de la tenencia

Durante el corriente año 2009, el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y buena parte de los gobernadores peronistas se pronunciaron en contra de las iniciativas sobre la legalización del consumo personal. Simultáneamente, la Iglesia difundió mensajes contrarios a la liberalización del consumo de drogas. Tales coincidencias llevaron al periodismo a suponer que “actores de peso político podrían aliarse nuevamente, como ocurrió por las retenciones al campo, para criticar la despenalización de las drogas”¹⁵⁵.

Por mi parte, me pregunto si todo ello no tendrá relación también con la demora de la Corte Suprema en el dictado de la sentencia que declarará la inconstitucionalidad.

b. Argumentos políticos

En el capítulo “A favor de la Despenalización”, habíamos señalado que algunos de los fundamentos que se esgrimen a favor de la despenalización son de carácter político. Pero también hay quienes usan ese tipo de argumentos en sentido inverso. Una controversia entre los sectores que se denominan progresistas es si la despenalización está de acuerdo o no con esa tendencia. Es interesante lo que sostenía el secretario de la SEDRONAR, que depende de la presidencia de la Nación, en el año 2005: “Despenalizar el uso de droga no es progresista”, era el título de una nota de opinión que publicó Granero en la revista de la SEDRONAR. “La posición oficial y la mía a título personal es estar en contra de la despenalización de la marihuana y de cualquier otra droga en virtud de que veo la realidad del problema de las adicciones. Las drogas que más muertes causan son las de venta legal –el

de estupefacientes. La sentencia, que se conocerá en febrero próximo, ya genera un áspero debate.

¹⁵⁵La Nación, lunes 12 de enero de 2009. “Ante el inminente fallo de la Corte Suprema. Rechazo a la despenalización de drogas”. Por Daniel Gallo.

tabaco y el alcohol—, por lo que legalizar otras drogas es jugar a favor de quienes ya lucran con ellas y lucrarán en el futuro”, asegura. Granero utilizaba algunos ejemplos: “En 1921 se sancionó la privación ilegítima de la libertad. Ochenta años más tarde, los secuestros azotan a la sociedad argentina, pero nadie ha planteado legalizarlos o echarle la culpa de su escalada a la legislación represiva. En el mismo sentido, nadie propone eliminar los semáforos porque algunos automovilistas se saltan la luz roja”¹⁵⁶.

El funcionario agregaba que el consumo de drogas se había duplicado en el país entre 2000 y 2004, y reconocía que faltaba infraestructura para la asistencia al adicto en la Argentina, y creía que desincriminar su consumo potenciaría mucho el problema. Además, se mostraba convencido de que también se agravaría el fenómeno del delito, porque el 68% de los detenidos se encontraba bajo los efectos del alcohol o las drogas cuando realizó la conducta prohibida por la que fue arrestado.

Si bien la opinión del funcionario es del año 2005, cuando el actual ministro de Justicia no había iniciado su cruzada contra la penalización, y la actual presidente tampoco había adherido a esa posición, Granero actualmente continúa a cargo de la SEDRONAR, y sigue oponiéndose a la despenalización. Es decir, que las opiniones no son unánimes en el gobierno nacional.

En efecto: cuando ya se había lanzado la campaña por la despenalización, y la propia titular del Poder Ejecutivo se había pronunciado a favor de la misma, el citado funcionario insistía en la anterior opinión. “Yo voy a hacer llegar a los oídos de la Presidenta la otra campana y que sepa qué opina otra gente”, afirmó José Granero, en desacuerdo con el plan del ministro de Justicia, Aníbal Fernández, para reformar la ley de drogas y no castigar a

¹⁵⁶La Nación, domingo 6 de noviembre de 2005. Enfoques. “Debates Consumo de drogas: ¿la hora de la despenalización? Con proyectos de ley en el Congreso para despenalizar la tenencia personal de estupefacientes, resurgió la discusión sobre si la medida podría frenar el narcotráfico”. Por Laura Zommer.

los tenedores de narcóticos para su consumo. Y agregaba: “No discuto lo de no criminalizar, pero hay que ver cómo se hace. No tenemos un sistema de salud preparado para eso. Fíjese lo que ocurre en otros países donde se adoptó esa política, como Italia u Holanda, donde empezaron a dar marcha atrás”.

La SEDRONAR desde hace años realiza una encuesta sobre consumo de drogas, cuyos resultados se comparan con los de otros países para elaborar un diagnóstico junto con las Naciones Unidas. Sus cifras, del último estudio de 2006, difieren con el adelanto de la encuesta que encargó el Ministerio de Justicia y que realizó el INDEC.

“¿Por qué difieren los números? En algunos casos son coincidentes, como en consumo de drogas y alcohol, pero me llama la atención con la cifra de cocaína. En el trabajo de la SEDRONAR se habla de una incidencia del 7,9%, y en el de Justicia, del 2,4%. En marihuana reconocen que hubo un incremento, pero no en el mismo nivel. De todos modos son resultados preliminares no definitivos. La SEDRONAR tiene previsto realizar este año una nueva edición de su propia encuesta, lo que se superpondría con el trabajo ya realizado por el INDEC¹⁵⁷.

c. Argumentos prácticos

Desde el punto de vista de la utilidad práctica, en 1968 Argibay Molina decía que la incriminación hizo que Argentina dejara de ser un mercado importante¹⁵⁸.

Actualmente, es sabido que uno de los problemas más graves en el uso de drogas está en la juventud, incluso menores de 18 años. Ante ello, si el consumo no tiene sanción alguna, los chicos

¹⁵⁷La Nación, jueves 31 de julio de 2008. Granero: “Se están cometiendo errores”. Lo sostuvo el jefe de la SEDRONAR.

¹⁵⁸Ver: La Nación 13-3-68.

pueden drogarse libremente, nadie los molesta, y los padres no se enteran hasta que el problema es mucho más grave. En cambio, si se cumple con la prohibición legal, los padres deberían ser citados, y tendrían la posibilidad de actuar en consecuencia. Es decir que, por su condición de menores, la penalización puede servir para que, cuando son sorprendidos usando drogas, se deba citar a los padres.

Además, la desincriminación favorece la emulación entre los adolescentes. El uso otorga cierta “jerarquía” entre amigos. El que no consume pasa a ser mofa de sus compañeros.

Quienes propician la despenalización dicen que persiguiendo a los adictos se dificulta hacerlo con los traficantes. En verdad no advierto en qué consiste tal obstáculo. Además, con ese criterio, tampoco habría que ocuparse de los que venden al menudeo.

Por lo contrario, si el consumo es delito, se puede interrogar al adicto, y a través de él llegar al narcotraficante. Si no lo es, no se le puede preguntar sobre una actividad lícita.

Finalmente, el narcotráfico es una cadena con varios eslabones. Dejar de lado a uno de ellos, dificulta hacerlo con toda.

El vendedor al menudeo siempre invoca que el material secuestrado es para consumo personal. Suele ser difícil comprobar que es para la venta.

Actualmente, como muchos jueces consideran que el consumidor no merece pena, esos minoristas no tienen sanción alguna. Si se cumple la ley vigente y el consumo se penaliza, tendrán, al menos, una sanción menor, que es la que la ley prevé para el consumidor.

Además, hay que recordar la realidad en las villas de emergencia, donde todo está liberado, el tráfico y el consumo, y ello no ha implicado una disminución del accionar de las mafias de traficantes ni del consumo, sino todo lo contrario.

Un estudio del diario La Nación advertía cómo la falta de cumplimiento de la ley, en cuanto a la penalización de los adictos,

trae como consecuencia que los vendedores de drogas puedan actuar con total impunidad. “¿Cuál es el motivo de que vendedores de drogas queden en libertad y desde Tribunales?: se hacen pasar por adictos. Salen a la calle con poca cantidad para justificar la tenencia de drogas para consumo personal”. “La policía y los jueces, del primero al último, se hacen los distraídos”. “Es que lo que resulta de la tolerancia social hacia la marihuana es su derrame hacia otros ámbitos, como el judicial. Los jueces, sensibles a este humor social favorable, han aprovechado la coyuntura para liberar sus juzgados de las causas por tenencia para consumo, de las cuales reciben entre 700 y 800 detenidos en sus quince días de turno que, a lo sumo (y sólo unos pocos), culminarán con un tratamiento terapéutico”. En ese estudio se observa que “desde el sector médico-asistencial, piden que se endurezca el castigo, y una pesadilla para los jueces, que repiten hasta el hartazgo que se trata de un problema sanitario, ajeno a la órbita penal. El sistema judicial no sabe qué tipo de respuesta dar. Entonces, interpreta la realidad según criterios propios. “De ahí ese porcentaje fluctuante de jueces que liberan y mandan a sus casas a los consumidores y ese otro, un 30%, que se atiene a la ley”, dice Carlos Souza. Esto genera un clima de lo más incierto y azaroso para los consumidores, porque ante la misma situación y la misma cantidad de marihuana incautada, un juez puede fallar en dos sentidos dramáticamente opuestos. Mientras tanto, las señales del Gobierno en favor de la despenalización, se hacen sentir en la Justicia. ‘Ya han tenido algún efecto en algunos jueces y camaristas y, probablemente, lo tengan en la Corte’, destaca Kollmann. Un 70% de los jueces que adhieren a la postura más flexible frente a la tenencia de marihuana para consumo, espera el fallo de la Corte que ponga fin a la incertidumbre jurídica. ‘Es la única que puede hacerlo. Hasta que no dicte un fallo que tenga la fuerza necesaria para generar doctrina en la materia, la cosa va a seguir igual’, sostiene”¹⁵⁹.

¹⁵⁹La Nación, domingo 20 de abril de 2008. “Marihuana: la tolerancia social y los riesgos”.

Se argumenta a favor de la despenalización que la ley no se cumple, que no hay un debido tratamiento de los adictos. Es verdad. Pero si la ley que prescribe el tratamiento del adicto no se aplica, correspondería responsabilizar al Estado por no hacerlo, y a los funcionarios que no cumplen ni hacen cumplir la ley. Más aún: este peligroso argumento se usa en otros ámbitos; por ejemplo, en política de minoridad: como no hay lugares adecuados para su tratamiento, se los deja en libertad, sabiendo que inmediatamente volverán a delinquir. Otro ejemplo es el régimen carcelario: como el sistema que tenemos es malo, hay que ponerlos a todos en libertad¹⁶⁰. Pero lo cierto es que nadie se ocupa en buscar soluciones. Construir institutos de menores y cárceles para mayores en debidas condiciones, son consideradas medidas “represivas”. En drogas pasa lo mismo: nadie se preocupa en ayudar al adicto; la solución –dicen– es darle libertad para que continúe siendo así, y tenga mayores facilidades para acceder a ese “derecho”.

Finalmente, creo que lo más peligroso para la sociedad es que quienes cometan delitos bajo los efectos de estupefacientes, invocarán un estado de inconciencia que llevará a la aplicación del art. 34 inc. 1 del Código Penal, tal como una doctrina propicia respecto de la ebriedad absoluta y voluntaria.

d. Otras soluciones propuestas

También se han propuesto otras soluciones que no comparto. Tal es caso de la iniciativa, durante el verano de 2006, de quien por entonces era ministro de Salud de la provincia de Buenos Aires, Claudio Mate, que propuso prohibir las fiestas electrónicas, o al menos desalentarlas, por la “combinación indisoluble” que se da entre la música y las luces de este tipo de fiestas con los efectos psicoactivos de las pastillas de éxtasis¹⁶¹.

¹⁶⁰Planteo efectuado en el caso Vervinsky del 03/05/2005.

¹⁶¹La Nación, sábado 27 de octubre de 2007. Editorial I. Extasis y fiestas electrónicas.

Personalmente, creo que sería una medida excesiva, que implicaría que el Estado reconozca su impotencia para solucionar el problema. Creo que lo que debe hacerse es cumplirse con la prohibición del consumo de drogas. Incluso debería utilizarse como una amenaza para que esos locales colaboren con el control: cuando se compruebe que en el mismo se consumen drogas, clausurarlo en forma progresiva de acuerdo con las reincidencias. Pero, claro está, es como en los temas que ya analizamos: debería implementarse un sistema de control eficiente y honesto.

IX. Opinión de los sectores involucrados

1. Entidades que tratan adictos

Al margen de las opiniones científicas, me parece importante escuchar a las entidades que están en contacto con los adictos, y que tratan de ayudarlos a salir de esa situación.

A primera vista, debería suponerse que los adictos y sus familiares serían los más interesados en que su actividad no se penalice. Sin embargo, los que hacen oír sus voces, las ONG que se ocupan de la recuperación de los drogodependientes, con frecuencia no opinan así.

Una investigación periodística de marzo de 2008, informaba que las comunidades terapéuticas, aquellos lugares donde los adictos a las drogas son internados por orden judicial y que funcionan en manos de diversas ONG, si bien se pronunciaron a favor de no criminalizar al consumidor de drogas, alertaron sobre los riesgos que traerá aparejada una política de liberalización del uso de estupefacientes.

Por medio de un comunicado, la Federación de Organizaciones no Gubernamentales de la Argentina para la Prevención

y el Tratamiento de las Adicciones (FONGA) opinó que “no criminalizar al consumidor de drogas puede ser un avance, siempre y cuando no se reduzca la discusión a la cuestión jurídica, que no explica que una creciente porción de nuestra sociedad —especialmente niños adolescentes y jóvenes— consuma drogas hasta el punto de poner en riesgo su vida¹⁶².”

Carlos Souza, presidente de la Fundación Ayelén, decía “La cuestión jurídica no explica el hecho de que una creciente porción de nuestra sociedad —especialmente niños, adolescentes y jóvenes— consuma drogas hasta el punto de poner en riesgo su vida. Los factores sociales, económicos, culturales y políticos son parte ineludible a la hora de pensar seriamente la cuestión y deben, por ello, ser el centro del debate”. Y advertía: “Estamos muy lejos de Europa en cuanto al desarrollo de consistentes y sostenidos programas de prevención y asistencia. Ellos implican partidas presupuestarias significativas de los gobiernos. El presupuesto destinado a la SEDRONAR es exiguo para abordar un problema a todas luces desbordado. Este organismo no tiene el mismo discurso que el ministro de Justicia en cuanto a la despenalización, lo que revela tensiones internas aún no resueltas. Definir el tema drogas sólo como un problema de salud o un problema jurídico implica caer en un reduccionismo temerario¹⁶³.”

¹⁶²La Nación, miércoles 12 de marzo de 2008. “Advertencia de los centros terapéuticos de adictos. Piden no reducir el tema a lo jurídico”.

¹⁶³La Nación, viernes 27 de junio de 2008. “Drogas: un debate limitado”. El autor incluía datos de países extranjeros: Conscientes de esta complejidad, en España, el Plan Nacional de Drogas se apoya en la labor de las ONG integrantes de la UNAD, juntamente con la Asociación Proyecto Hombre. En Italia, el gobierno toma como orientador y ejecutor de proyectos al Centro Italiano de Solidaridad. En Chile, el gobierno estimula la tarea de la Asociación Chilena de Comunidades Terapéuticas. El trabajo en cogestión del Estado con organizaciones de la sociedad civil es un modelo válido por seguir. Nuestro país necesita políticas de largo plazo en materia de drogas, no sólo discusiones pasionales sobre la despenalización. La sociedad observa las discusiones con escepticismo. Quienes asumen la responsabilidad de diseñar las políticas de Estado pueden marcar un rumbo diferente. Tienen una inmejorable oportunidad para transformar el descreimiento en esperanza”.

Y agregaba unos meses más tarde que, con la idea de despenalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, parecería que lo que se hace es sacarse un problema que se ha ido de las manos más que solucionar una cuestión de fondo. “Nadie está de acuerdo con que a un adolescente lo criminalicen por fumar marihuana, por un consumo que es parte de una patología. Nosotros adherimos a eso, pero no en este momento. No hay política de prevención y de asistencia claras, no hay presupuesto. La situación actual es temeraria”, se lamentó Souza en declaraciones periodísticas¹⁶⁴.

Wilbur Grimson, que dirigió la SEDRONAR hasta agosto de 2004, critica la marcada tendencia hacia la despenalización. “La ley es mejor que las conductas que adoptan los jueces que cajonean los expedientes. Yo he visto a un juez federal decirle a un adolescente: González, no lo quiero ver más fumando porro en los baños de Unicenter. ¿Qué le pasa por la cabeza a ese chico?: Me fumo un porro, total, lo único que pasa es que el juez me reta”, enfatiza, y agrega que los jueces no entienden la multidimensionalidad del problema y su afectación social.

Cuando ya el gobierno nacional se había pronunciado por la despenalización, el mismo ex director de la SEDRONAR, que continúa atendiendo a pacientes con problemas de adicción, reiteró sus anteriores opiniones: “Todos los que llegan al tratamiento dicen que creían que la manejaban; esto es mentira, la verdad es que nunca lo hicieron. No hay forma de hacerlo; ese tipo va a vender la bicicleta del hermanito para conseguir los fondos que le permitan seguir drogándose. La marihuana tiene, más que nada, un efecto de dependencia psicológica. El marihuanero crónico es un tipo que se estropea la vida. Deja de trabajar, fuma cuatro o cinco veces por día, deja de estudiar; si está haciendo cine, deja de hacer cine. Durante una etapa le resulta muy creativo, se inspira, dice que está soñando. Cuando empieza a depender, empieza el

¹⁶⁴La Nación, domingo 28 de diciembre de 2008. “Polémica por la despenalización de la tenencia de estupefacientes. La sentencia, que se conocería en febrero próximo, ya genera un áspero debate”.

proceso inverso. Comienza a dejar otras cosas por el consumo; deja de estudiar”¹⁶⁵.

José María Rshaid, psicólogo especialista en abuso de drogas y director de Casa del Sur, una ONG que en sus 14 sedes en el país asiste a 500 drogodependientes por año, parangonó la despenalización del consumo de drogas con el virtual abandono de personas vulnerables. “A los 7 días de ingresar en los programas de rehabilitación, los chicos y sus madres agradecen que hubieran sido obligados por un juez a hacerlo. Entender como una opción un tratamiento denota, en el mejor de los casos, un total desconocimiento del tema. Y en el peor, una actitud criminal”, explicó Rshaid. Afirmó que su experiencia de 30 años en la materia le ha demostrado que el 80% de los pacientes tratados logra reinsertarse con éxito en la sociedad.

“Es irresponsable, mentiroso y hasta criminal sostener que la drogadependencia se desvincula del delito o que las cárceles están llenas de consumidores –agregó-. Son justamente los jueces, de acuerdo con el Código Penal, quienes sustituyen la prisión por medidas curativas y educativas.” Y mencionó el crecimiento exponencial del “paco” como una epidemia que afecta a los sectores marginales, acentuada a partir de la crisis de 2001¹⁶⁶.

El citado Rshaid decía poco tiempo después, respecto de la iniciativa oficial sobre despenalización del consumo de drogas: “Detrás de un mensaje pseudoprogresista, se esconde en realidad un mensaje de abandono al ciudadano. Bajo una supuesta libertad, se lo quiere dejar librado a sus propios medios.” Para el psiquiatra Héctor Narbona, “detrás de esta iniciativa se oculta la intención de reducir costos”¹⁶⁷.

¹⁶⁵La Nación, domingo 20 de abril de 2008. “Marihuana: la tolerancia social y los riesgos”.

¹⁶⁶La Nación, jueves 31 de julio de 2008. “Divide a los expertos la idea de despenalizar. Sin embargo, coinciden en que el consumo es cada vez mayor”. Por Loreley Gaffoglio.

¹⁶⁷Ver: La Nación, sábado 16 de agosto de 2008. Despenalización. Aumentan las adicciones en las mujeres.

No es correcto el argumento de quienes propician la despenalización en cuanto a que se debe suministrar tratamiento sólo cuando los adictos lo reclaman, pues los mismos viven a corto plazo y con escasa capacidad para comprometerse en algo. La realidad es que los adictos que se inscriben en programas de rehabilitación a menudo los abandonan una vez que descubren la dedicación y el tiempo que esos programas requieren. Aunque hay quienes buscan tratamiento, personal y comprometidamente, y lo siguen con un alto grado de adherencia, hay muchos más que buscan ayuda tras una recaída fuerte y, una vez estabilizados, reinciden en el consumo¹⁶⁸.

2. Familiares de adictos

Otro tanto ocurre con los familiares de los drogadictos, quienes se oponen a las reformas de la ley en debate y que piden, sencillamente, que la misma se cumpla.

Personalmente, sus argumentos son los que me resultaron más impactantes sobre este tema. Los familiares de los propios adictos, en su mayoría, se manifiestan en contra de la despenalización.

Debería suponerse que tales familiares son los que propician la despenalización con mayor firmeza, pues son los que van a ser alcanzados por la legislación represiva. Sin embargo no es así, y conviene escuchar sus opiniones: “Si despenalizan, mi hijo se muere”; así decía María Rosa González, mientras guiaba a los periodistas por los pasillos de Ciudad Oculta hasta su casa. “A su paso va saludando a vecinos, adolescentes, niños, que le sonrían. Otras miradas la observan con desdén: son aquellas que ya la amenazaron de muerte por denunciar a los *dealers* del barrio que, sin

¹⁶⁸La Nación, miércoles 29 de abril de 2009. Diana Cohen Agrest. “Despenalizar o desentenderse”.

embargo, insiste ella, ‘le venden a los chicos de 10 años’.” “La madre de Jeremías y Juan no sabe de dónde saca valor. Pero nada la detiene. Cuenta que uno de los hijos pudo salvarse de su adicción al paco y confía en que también salvará a Juan. Sin embargo, para ella, todo será más difícil si prospera el nuevo proyecto oficial de legalización de la tenencia para el consumo. ‘Si despenalizan, mi hijo se muere’, arriesga, temerosa de que la idea vea la luz”. “Conoce a su hijo. Sabe que si le resulta más fácil conseguir la droga, Juan tiene los días contados. Según cree, jamás podrá salir porque ningún adicto se pone límites, él solo, a la hora de consumir”¹⁶⁹.

En ese entendimiento, y ante la inminencia de la sentencia despenalizadora, la agrupación Red de Madres y Familiares de Víctimas de las Drogas pidió a la Corte Suprema de Justicia que convoque a una audiencia pública para debatir sobre el tema. Para la entidad, el fallo que prepara la Corte “no sólo se encuentra lejos de traer solución al problema, sino todo lo contrario, agravará y profundizará un avance en la oferta de droga y condicionará un incremento en su demanda”¹⁷⁰.

X. Conclusiones

Creo que en este tema ocurre lo mismo que en muchísimos otros que hoy se debaten: la legislación que tenemos vigente es perfectible, pero no mala. El problema es que no se cumple. Entonces: ¿qué es lo que hay que hacer: cambiarla totalmente, o empezar a cumplirla? Me inclino por la última alternativa.

La despenalización del consumidor y tenedor de estupeficientes va a llevar a que en poco tiempo también se lo haga con el

¹⁶⁹La Nación, martes 4 de noviembre de 2008. “Críticas por la idea de legalizar la tenencia de drogas. “Si despenalizan, mi hijo se muere”. Por Verónica Dema y Gustavo Barco.

¹⁷⁰La Nación, martes 3 de febrero de 2009. Piden a la Corte una audiencia pública.

traficante. Un ejemplo es lo que resolvió recientemente la Sala I de la Cámara Federal en la ciudad de Buenos Aires: una persona a la que habían secuestrado 9,18 gramos de cocaína, fraccionada en pequeños envoltorios, cuando circulaba en su moto por el barrio de Palermo, se lo sobreseyó. El hecho de que la llevara fraccionada indica que era para su distribución. Claro que habrá dicho que eran para consumo propio. ¿Cómo probar lo contrario?

Actualmente, en materia de drogas estupefacientes, hay una legislación que permite sancionar al tenedor y consumidor, en la medida que se niegue a ponerse en tratamiento para su curación, pero que no se cumple ni en cuanto a ellos ni en cuanto a los traficantes. Además, no hay una política de estado de carácter sanitario y preventivo para ayudar a los drogadictos, y sólo se realizan operativos con gran exposición mediática, pero sin efectividad. Ante ello, se propone despenalizar al tenedor y consumidor, e incluso facilitarle elementos para evitar que el daño que le produce el consumo sea en parte atenuado. En este caso no se aclara qué nuevas medidas se tomarían para mejorar la atención sanitaria de los drogadictos.

Mi propuesta es distinta, pero muy sencilla: volver al cumplimiento de la ley 23.737, que seguramente es perfectible, pero, si se aplicara, mejoraría la situación imperante.

En mi opinión, en este tema de las drogas ocurre lo mismo que en otros de mucha preocupación en la opinión pública: se producen polémicas sobre cuestiones secundarias, y ello lleva a ocultar el problema principal.

Semanalmente, aparecen estos argumentos distractivos. Mencionaré dos ejemplos recientes, en marzo y abril de 2009, relacionados con dos temas que preocupan a la opinión pública: la inseguridad y la calidad institucional.

Respecto de la inseguridad, se llevó el problema a otra polémica: la pena de muerte. Ello ocurrió a partir de las declara-

ciones que hizo una conductora televisiva quien, expresándose sólo desde el dolor personal por el asesinato de un ser querido, y haciéndose eco de la preocupación ciudadana por la inseguridad, manifestó su indignación y pidió acciones efectivas para enfrentar a la delincuencia, incluyendo expresiones que daban a entender que propiciaba la pena de muerte.

A partir de allí, se montó una gran polémica sobre la procedencia de dicha sanción. Participaron funcionarios de las más altas jerarquías del gobierno nacional e, incluso, jueces de nuestro Máximo Tribunal quienes, además de adelantar sus opiniones sobre temas que posiblemente en algún momento deban juzgar, llegaron a propiciar sanciones contra la conductora. Una juez de la Corte Suprema confundió a la opinión pública diciendo que la Constitución prohíbe esa sanción, con lo que identificó el texto de la misma con los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y hasta agredió la libertad de expresión de una ciudadana que estaba manifestando su opinión sobre un tema de gran preocupación pública.

Con esa polémica, pena de muerte sí o pena de muerte no, se ocultó el tema que realmente importa: la inseguridad que padece toda la población.

En cuanto a la calidad institucional, al debatirse varios temas relacionados con la misma, tales como el adelantamiento de las elecciones, candidaturas “testimoniales” etc., se volvió a plantear la polémica sobre pasar del sistema presidencialista al parlamentario. Un juez de la Corte lo inició. Según él, nuestras desventuras institucionales se solucionarían con ese cambio sustancial en nuestro sistema político, previa reforma constitucional.

Personalmente, creo que el problema no es nuestro sistema presidencialista ni nuestra Constitución. El problema es que, quienes deben cumplirlo, hacerlo cumplir y controlarlo, no lo hacen. Ante ello, ni el sistema presidencialista, ni el parlamentario, ni ningún otro van a solucionar nuestros dramas.

Además, se agregó un ingrediente que, creo, resulta todavía más preocupante: la reforma constitucional, tema que se intentó instalar, y en cualquier momento puede resurgir, con resultados de una gravedad inusitada por el contexto de crispación que vivimos.

Creo que con el tema de las drogas está ocurriendo lo mismo. Replanteando el debate sobre penalización o despenalización, se oculta la realidad: no hay una política efectiva contra el narcotráfico. Mientras éste se afirma cada día más en la política, los gobiernos y los organismos de seguridad, las drogas siguen haciendo estragos en toda la sociedad, en especial la juventud y, ahora, hasta en la niñez. El hecho es que a los drogadictos, las primeras víctimas de esta situación, no se los ayuda a salir de la misma, y están imposibilitados de hacerlo sin la colaboración del Estado. Además, la difusión de su uso es un elemento determinante para el incremento de la inseguridad, y que los delitos sean cada día más graves y aberrantes.

En mi opinión, el único argumento que puede válidamente discutirse sobre la despenalización de la tenencia y consumo de drogas, es el constitucional: si se llegara a la conclusión de que su prohibición es violatoria del derecho a la privacidad del art. 19 de la Constitución, debería modificarse la ley y liberarse el consumo. En otros términos: si se considerara que el derecho a la autodegradación está protegido en la Constitución.

Creo que los demás argumentos, políticos, prácticos, etc., no son sustentables. Por ejemplo, algunos dicen que la reforma de la legislación sería beneficiosa para que los drogadictos se traten; pero ello se contrapone con la realidad pues, en la práctica, la despenalización existe, y no ha producido la reducción del consumo ni que los drogadictos se pongan en tratamiento. Más aún: la gran mayoría de quienes se tratan lo hacen porque son obligados por jueces que hacen cumplir la ley vigente.

Permanentemente se nos dice que las cárceles están superpobladas de drogadictos. Es cierto, pero no por ser tales, sino porque han cometido otros delitos.

En definitiva, creo que el tema a discutir de la ley vigente es sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de que se prohíba la autodegradación, y que se obligue al drogadicto a curarse, bajo amenaza de sanción. En otras palabras, si los derechos a la vida, a la integridad física y síquica, a la salud, a la dignidad son, además de derechos, también obligaciones para con el propio sujeto.

Si llegamos a la conclusión de que existen con jerarquía constitucional los derechos a la autoeliminación y a la autodegradación, la ley vigente que sanciona al tenedor y consumidor de drogas estupefacientes podría ser inconstitucional. Personalmente, entiendo que tales derechos no están protegidos por la Constitución, por lo que creo que la ley es constitucional.

Pero dije que “podría” ser inconstitucional porque, aun si se reconoce el derecho a la autodegradación, el mismo no sería absoluto, y debería ser reglamentado por la ley (art. 14 de la Constitución), y admisible en la medida que “razonablemente” (art. 28) “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” (art. 19).

El tema de los límites al derecho a la autodegradación no lo he incluido en este análisis porque creo que no puede reglamentarse un derecho inexistente. Pero de todas maneras pienso que, aun en caso que se lo reconociera, ese supuesto “derecho” no podría ejercerse de manera que ofendiera el orden y a la moral pública, o perjudicara a terceros, en este caso, toda la sociedad.

A quienes sostienen que debe reconocerse el derecho a degradarse, porque el mismo estaría protegido por el art. 19 de la Constitución (más aun si es un “derecho humano” como se dijo recientemente), y que puede ejercerse en forma casi ilimitada, les

formularía dos preguntas: en el caso de enfermedades contagiosas, como la lepra, el dengue o la gripe porcina, si alguien contagiado se negara a tratarse, y pidiera seguir concurriendo a lugares públicos como escuelas, espectáculos etc. ¿podría ser obligado por el Estado a tratarse e impedirle presentarse en lugares en los que puede provocar la difusión? Segunda pregunta: una persona que quiera guardar explosivos, o armas de guerra y de destrucción masiva, o elementos bacteriológicos: ¿podría ser sancionado e impedirle su accionar? Personalmente, pienso que en ambos supuestos el Estado, en ejercicio de su poder de policía, está facultado para actuar, impedir su accionar e incluso sancionar a quien pretende continuar con esa actitud que pone en peligro la salud o la seguridad de la población. Creo que con las drogas ocurre lo mismo.

Finalmente, quiero llegar a algunas conclusiones sobre el derecho a la autodegradación y la ley 23.737, como un aporte para el debate sobre la tenencia y consumo de drogas estupefacientes:

1. No hay duda que el derecho a la intimidad y privacidad, deben ser preservados como valores supremos. La duda es si la penalización de tenencia y consumo de drogas los afectan.
2. La protección de las acciones privadas no incluye a la propia degradación.
3. La tenencia y consumo de estupefacientes no es un derecho fundamental. No hay en nuestro sistema constitucional un derecho a autodegradarse.
4. Por lo tanto, no parece aceptable que se pida la tutela estatal para proteger la propia degradación.
5. Todos los derechos son limitados, con la única excepción de la libertad de pensamiento y conciencia, en la medida que queden en el interior del individuo.

6. El art. 19 de la Constitución circunscribe la inmunidad de las acciones privadas, limitándolas por el orden y la moral pública, y los derechos de los terceros.
7. En consecuencia, todos los derechos son susceptibles de ser reglamentados por leyes razonables (arts. 14 y 28 de la Constitución).
8. En algunos casos, el peligro del bien tutelado permite la incriminación legal.
9. Uno de esos casos es la tenencia y consumo de estupefacientes.
10. La simple tenencia de drogas crea riesgo para el conjunto de la sociedad.
11. La ley 23.737 no sanciona por la adicción, sino por el peligro potencial que ha creado.
12. No se pena el consumo como hábito ni la autolesión: se tutela la salud pública.
13. La ley 23.737 sólo avanza sobre la intimidad y privacidad en cuanto obliga al drogadicto a ponerse en tratamiento para superar su adicción. Sólo lo sanciona si se niega a dicho tratamiento.
14. Finalmente, aun en el caso que se reconociera un derecho personalísimo a la autodestrucción o a la autodegradación, tampoco resultaría admisible el derecho al consumo o tenencia de drogas, pues en este caso no sólo se destruye y degrada el individuo, sino también toda la sociedad y, consecuentemente, queda fuera de la protección del art. 19 de la Constitución.
15. De los fallos que han marcado las tres etapas de la jurisprudencia de la Corte Suprema, creo que los argumentos

a favor de la constitucionalidad de las leyes 20.771 y 23.737, pueden resumirse así: en la primera y en la tercera etapas (casos Colavini y Montalvo) se insistió en la peligrosidad potencial de la tenencia y el consumo de drogas. En la segunda etapa (casos Bazterrica y Capalbo), los votos de la minoría que propiciaron la constitucionalidad, se apoyaron en lo que ha sido el tema central de esta ponencia: no es constitucionalmente admisible el derecho a la autodegradación.

En definitiva, el Estado no puede avalar “la auto-lesión” del consumidor como un derecho constitucional, tal como ocurriría si se dejara esa acción a la simple elección personal.

Bibliografía

- Alvarez Canale, Alcindo.** *Sociedad, drogas y justicia*. ED-179-980.
- Andorno, Roberto.** *El debate ético-jurídico en torno al ensañamiento terapéutico y la eutanasia*. ED-171-973.
- Arias de Ronchietto, Catalina.** *Consideración Bioético-Jurídica actual sobre el morir humano*. ED-175-932.
- Bergoglio de Brouwer, M. Teresa y Otra.** *Eutanasia, Distanasia, y Ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión*. ED-117-780.
- Bidart Campos, Germán J.** *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Tercera reimpresión. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2002.
- Bidart Campos, Germán.** *La Tenencia no delictuosa de estupefacientes*. El Derecho, 5-VI-85.
- Bidart Campos, Germán.** *Breve meditación ético-jurídica sobre la pena de muerte*. ED-139-853.-
- Bidart Campos.** *Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano ¿morir, un derecho?* ED, 175-932
- Bidart Campos, Germán.** *La nueva jurisprudencia de la Corte en materia de drogas*. ED-141-469.
- Blanco, Luis Guillermo.** *Homicidio piadoso, eutanasia y dignidad humana*. L.L-1997-F-509.
- Cifuentes, Santos.** *Derechos Personalísimos*. Protección jurídica y facultades sobre la integridad física. Derecho a la intimidad. Derecho al honor. 1ª edición. Buenos Aires, ASTREA, 1995.

Colautti, Carlos E., *Derechos Humanos Constitucionales*, Rubinzal Culzoni, 1999.

Crespi Drago Roberto y Valente, Luis Alberto. *Las denominadas instrucciones o directivas anticipadas -el llamado testamento vital o living will-* (las advanced directives) Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 3, N° 36. Nueva Serie. pág. 170

Ekmekdjian, Miguel Angel. *Los Límites del Ambito de la Intimidad Individual en dos trascendentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.* La Ley, 22-9-86.

Ekmekdjian, Miguel Angel. *Tratado de derecho constitucional.* Constitución de la Nación Argentina comentada, anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina. Tomo II (arts. 14 bis. a 27). Editorial Depalma. Edición 1994.

Focorro, Susana y Otra. *Eutanasia: su tratamiento en la doctrina y el derecho comparado.* ED-171-980.

García Torres, Tristán. *Algunas consideraciones acerca de la incriminación de la tenencia de estupefacientes.* La Ley, 3-V-85.

Gelli, María A. *La prohibición del suicidio asistido. Garantía de igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.* LL-27-4-98; LL - 1998-B- 1346

Gelli, María A. *Constitución Nacional Argentina. Comentada y concordada.* Tercera Edición (2005) ampliada y actualizada. Editorial La Ley.

Gowland Alberto Jorge. “*Eutanasia: una decisión personalísima*”, ED, 212-590.

Highton Elena I., *La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el bene-*

ficie a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, Ed. Rubinzal Culzoni, 1992.

Highton Elena I. y Lambois, Susana E. *Quién dispone de nuestros cuerpos cuando morimos*. ED-136-97

Hiruela, Omar F. e Hiruela de Fernández, María del P. *El denominado “testamento vital” y el derecho a morir dignamente*. Revista Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, 2004-IV (03/11/2004)- Número Especial. Bioética. Coordinador Pedro F. Hoofst.-

Hoofst, Pedro Federico. *Bioética, Derecho y Ciudadanía*. Casos bioéticos en la Jurisprudencia. Editorial Temis S.A., Bogotá. Colombia. 2005.

Hoofst, Pedro Federico y otro. *El caso Cruzan: ¿Eutanasia, Ortotanasia o Encarnizamiento Terapéutico?* (El estado vegetativo persistente y los tratamientos de soporte vital: interrogantes éticos y jurídicos. -ED-149-948.

Iglesia Católica. *¿Qué pasa después de la muerte?* Com. Teológica Internacional. Ediciones Paulinas

Leal de Ibarra, Javier y Medina, Graciela. *El Derecho a una muerte digna*. JA-1997-I-925.

Legarre, Santiago. *Tenencia de estupeficientes para uso personal y derecho a la intimidad*. ED-139-977.

Lemon, Alfredo. *La más secreta intimidad (el derecho constitucional en los umbrales de la muerte)*. La Ley 1993-E-829.

Levene, Ricardo (n.) y Stiep, Silvia A. *Modificación a la ley de estupeficientes: desfederalización de los delitos de menor cuantía*. La Ley 30/09/2005.

López Bolado. *Alcance de la Incrimination de la Tenencia Estupeficientes*.- La Ley, 1978 - B - 444.

- Mac Dougall, Tomás.** *El Enjuiciamiento criminal contra los muertos* En “Justicia y Libertad”, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Jubilados de la Provincia de Buenos Aires, Año III, N° 9, pág. 7.
- Matozo de Romualdi, Liliana.** *Eutanasia: ¿buen morir; ¿buen matar? Buen control.* ED-168-1206.
- Mayón Carlos A.,** *Bases constitucionales del Derecho Civil*, Ed. Lex, La Plata, 2001. Tomo I.
- Medina, Graciela.** *Eugenesia* JA-1995-I-785.
- Niño, Luis.** *Significación jurídica de la ayuda al suicidio. El caso Sampedro.* JA-1998-IV-713.
- Quiroga Lavié, Humberto.** *Derecho a la Intimidad y Objeción de Conciencia.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.- s/f: págs. 9/24.
- Rivera Julio C.** *Instituciones de Derecho Civil.* Parte General, T II., Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994.
- Rivera Julio C.,** *Los Derechos Personalísimos en el Proyecto de Reforma al Código Civil*, en *Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y Propuestas*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2001.
- Rodríguez Varela, Alberto.** *La vida y la muerte frente al derecho.* En ED-155-560.
- Rodríguez Varela, Alberto** *Eutanasia...* LL-1990-D-1163
- Sagüés, Néstor Pedro.** *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Estado de Derecho. Astrea, 1993.
- Sagüés, Néstor.** *Dignidad de la Persona e Ideología Constitucional.* JA-1994-IV-904.
- Schotsmans, Paul.** *El debate de la eutanasia en Bélgica.* JA-1998-IV-732.

- Suares, Roberto César.** *“La intangibilidad de la vida humana en una excelente decisión judicial”*, ED, 212-594.
- Tazza, Alejandro O.** *Desfederalización del comercio de drogas en la República Argentina.* La Ley 04/04/2006.
- Vanossi, Jorge Reinaldo A.** *¿La Argentina necesita replantear su política sobre drogas estupefacientes?* Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de abril de 2005.
- Vazquez Acuña, Martín.** *Uso de drogas, ley penal y Derechos Humanos.* JA-1998-II-896.