

## El fallo Arriola. ¿Punto de partida para la edificación de una jurisprudencia razonable entorno a la tenencia de estupefacientes para consumo personal?

Cátedra I Derecho Penal I

Dirección del seminario: Prof. Alejandra M. Moretti

Universidad Nacional de La Plata

Dirección del seminario: Prof. Alejandra M. Moretti

Estudiante: Abog. Santiago Safar

Te.: (0221) 156205502

E-mail: santiagosafar@gmail.com

Legajo: 105073/7

TITULO: *El fallo Arriola. Punto de partida para la edificación de una jurisprudencia razonable en torno a la tenencia de estupefacientes para consumo personal?*

### I.- Introducción

Hace veinticuatro años un 29 de agosto nuestro máximo tribunal dio un inédito paso institucional al declarar la inconstitucionalidad del Art. 6 de la ley 20.771 que penaba la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

La línea del derecho penal que se inició en aquel momento fue truncada por los líderes de un Estado que ignorando irreflexivamente principios sagrados de nuestro orden jurídico e institucional dictaron una ley que desde sus inicios presagiaba su inconveniencia pero cuya sanción se afirmaba como un remedio a la situación política que un pasado lleno de quiebres institucionales había dejado.

Un guiño de azar nos muestra hoy que veinticuatro años después del fallo "Bazterrica"<sup>1</sup> en otro 29 de agosto es nuevamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que decide volver sobre sus pasos y sentar las bases para construir un derecho penal respetuoso del hombre a través del pronunciamiento sobre uno de los temas más debatidos en una sociedad que por momentos teme a la libertad.

Este acontecimiento jurisprudencial deber ser estudiado con detenimiento a fin de conocer su auténtico sentido y de esa forma seguir mediante el quehacer cotidiano de los juristas en el sendero del respeto a las libertades individuales consagradas en nuestra Constitución Nacional.

---

<sup>1</sup> Fallos: 308:1392

## II.- Doctrina del Fallo Arriola. Argumentos determinantes. Conclusión Preliminar.

### A.- **Introducción al análisis de la doctrina del fallo**

En punto a la tarea a desarrollar es preciso señalar que la reconstrucción que se hará a continuación de los argumentos vertidos por cada uno de los ministros de nuestro máximo tribunal en lo tocante a los que pueden considerarse argumentos centrales del fallo “Arriola” corre el riesgo de parecer repetitiva. Sin perjuicio de ello ese es un riesgo aceptable teniendo en cuenta que el valor y el destino del precedente dependerá de que pueda predicarse del mismo la coincidencia de argumentos y sabiendo por el contrario que de no poder afirmar tal extremo “Arriola” solo será una tentativa de precedente.

### B.- **Crítica a la política criminal que nutre la ley 23.737 y el Fallo Montalvo<sup>2</sup>**

De la lectura del fallo bajo análisis surge como uno de los argumentos determinantes, para el dictado de la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la ineficacia de los criterios político criminales que dieron base a la actual ley de estupefacientes y al precedente –dejado de lado- “Montalvo”.

Este argumento fue utilizado por los ministros de la Corte con distintos grados de intensidad, extensión, realidad y fundamentación. Por ello es preciso determinar en qué medida fue desarrollado por cada magistrado que votó en este sentido para poder afirmar la validez del fallo como una regla de derecho que deberá ser respetada y completada en el futuro como precedente.

---

<sup>2</sup> Fallos: 313:1333

En el primer voto –Dr. Maqueda y la Dra. Highton de Nolasco- del fallo bajo análisis la cuestión de la política criminal es introducida rápidamente y es tratada desde diversas ópticas.

Reconstruyendo el desarrollo argumental del primer voto encontramos que el mismo parte de la afirmación de que el Estado Argentino luego de la reforma constitucional del año 1994 abandonó el criterio de soberanía absoluta e ilimitada y ha consolidado jurídicamente su ingreso al sistema interamericano e internacional de protección de derecho Humanos. De esta afirmación los magistrados derivan que el Estado nacional se autolimitó en su capacidad de diseñar políticas criminales puesto que las que proponga deberán respetar ciertas pautas de un inestimable valor jurídico-político contenidas en los instrumentos internacionales que lo obligan.

En este sentido afirman los magistrados que el principio de dignidad humana que viene siendo reconocido en múltiples cartas internacionales consagra al hombre como un fin es si mismo y por ello veda la posibilidad de que la persona humana sea tratada de forma utilitarista como lo ha sido en los últimos veinte años de vigencia de la ley 23.737 y el fallo “Montalvo”<sup>3</sup>.

Asimismo la discusión de la problemática de la tenencia para consumo personal ha rondado los extremos de considerar al adicto como una víctima y como un victimario. Es así que los votantes afirman que de acuerdo al carácter de víctima que ostenta el adicto es razonable considerar que la respuesta punitiva del estado se evidencia como una revictimización del adicto y su núcleo familiar.

---

<sup>3</sup> Fallos: 313:1333. Particular importancia tienen los considerandos 22) y 23) en cuanto citan extractos del debate parlamentario de la ley 23.737.

Atendiendo al otro extremo por el que ha transitado la cuestión reafirman la imposibilidad de tomar como válido el criterio de la mera peligrosidad de las personas a la hora de resolver el conflicto<sup>4</sup>.

Continuando con las líneas principales del desarrollo del voto es posible ver que los magistrados advierten y adelantan que el Art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 no supera el estándar de legalidad constitucional ni internacional puesto, que más allá de ampliar las facultades de acción de los jueces, sigue incriminando conductas protegidas por el Art. 19 CN y en lo que en este punto interesa las medidas preventivas han fracasado rotundamente.

En conexión con la ineficacia alegada los magistrados hacen una detallada mención de criterios estadísticos que indican cómo la posición de la argentina en la producción, tráfico y consumo de estupefacientes se ha incrementado sensiblemente respecto de las mismas estadísticas hechas años anteriores y en comparación con otros países latinoamericanos.

Las estadísticas mencionadas, que provienen de fuentes nacionales e internacionales, hacen referencia porcentualmente al incremento del consumo de cada una de las drogas y señalan cuales son los grupos sociales en los que tales incrementos han tenido lugar.

Los datos arrojados por las estadísticas de las que se sirven los magistrados señalan que el incremento en el consumo de estupefacientes se ha dado mayormente entre los adolescentes y que las drogas que más se consumen son las que podemos denominar sintéticas así como aquellos productos que no son considerados drogas en un sentido

---

<sup>4</sup> Fallos 329:3680

técnico pero cuya utilización se destina al mismo fin como los inhalantes, solventes, etc.<sup>5</sup>

Cerrando la argumentación de este primer voto los magistrados dan cuenta de la gravedad que supone la declaración de inconstitucionalidad de una ley pero advierten que no puede sostenerse la presunción de legitimidad democrática de una ley por el simple hecho de cumplir formalmente con su proceso de producción sino que debe tener una conexión material con las pautas jurídicas, filosóficas, políticas que surgen como exigibles de nuestro bloque de constitucionalidad.

Teniendo en cuenta que el Estado Argentino no se encuentra obligado a penalizar la tenencia para consumo personal y sin perjuicio de la salvedad que los magistrados hacen respecto a que la política criminal es resorte de otro de los poderes constituidos del Estado, por las consideraciones antes dadas, la prohibición puesta en crisis se vislumbra como una extralimitación del poder legislativo frente a las exigencias constitucionales.

En coincidencia con los puntos señalados por los votantes en primer turno el Dr. Lorenzetti da a la cuestión político-criminal un tratamiento de gran importancia.

Así, el magistrado, comienza su argumentación partiendo de la óptica de que el respeto a la autonomía personal en nuestro ordenamiento jurídico es de primaria importancia y por ello considera que toda medida que tienda a limitarla deberá pasar el filtro de nuestra Constitución Nacional.

---

<sup>5</sup> CSJN A.891 XLIV. Considerando 15) del voto de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco.

Más adelante desacredita como válido<sup>6</sup> el criterio de la peligrosidad por entender que choca contra el Art. 19 CN cualquier intento de punir acciones presumiendo su posibilidad de acaecimiento, o su dañosidad.

Refiriéndose directamente al fallo "Montalvo" afirma que los criterios utilitaristas que abrigaba aquella doctrina legal no superan el examen de constitucionalidad puesto que la finalidad de combatir el tráfico de estupefacientes puede realizarse de forma más respetuosa de las libertades individuales<sup>7</sup>.

Advierte también que la ley declarada inconstitucional en el precedente "Bazterrica" es de características similares a la puesta en crisis en fallo bajo análisis tanto en su estructura como respecto del poder punitivo que habilita.

Finalmente cerrando su consideración respecto de estos aspectos afirma - coincidentemente con el primer voto- que el Estado Nacional no se encuentra obligado por sus compromisos internacionales a punir la tenencia de estupefacientes para consumo personal si aquella medida fuera incompatible con su ordenamiento jurídico.

El Dr. Fayt en tercer término votará también de forma personal pero con argumentos coincidentes y afirmación de los mismos valores y principios.

---

<sup>6</sup> CSJN A.891 XLIV. Cita jurisprudencia del Dr. Lorenzetti en su considerando 14) "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, que agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..." (CIDH, Serie C N1 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

<sup>7</sup> CSJN A.891 XLIV Considerando 16) del voto del Dr. Lorezetti hace mención a legislación comparada de latinoamerica a fin de reforzar sus conclusiones.

Damos cuenta de la coincidencia al verificar que el ministro pone al hombre en el centro de la tutela jurídica afirmando su absoluta capacidad de autodeterminación y refiriéndose a ella como un *señorío*.

El ministro sostiene que el plan político-criminal de la ley 23.737, el binomio traficante-consumidor y la jurisprudencia respaldatoria han fracasado. Avanzando en el análisis y como prueba de ello afirma que los efectos no solo no han mejorado sino que se han agravado<sup>8</sup>.

Considera más adelante en su voto que la norma puesta en crisis rompe con el imperativo categórico de la dignidad del hombre al entrometerse en su intimidad, en su ámbito de señorío, y someterlo a un proceso estigmatizante que agrava el problema de la adicción.

Continuando con su análisis afirma que de mantener esta política criminal –respecto a la tenencia para consumo personal- el Estado entraría en franca contradicción con las obligaciones que ha asumido internacionalmente y la jerarquía que le ha asignado al derecho a la salud mediante tales pactos.

En su crítica a la política criminal que nutre a la norma en cuestión avanza sobre aspectos procesales poniendo de resalto la inutilidad de criminalizar a tenedores para consumo personal en miras a la teleología de la norma. Ello puesto que los imputados no tienen obligación de declarar sobre los hechos frustrando así la posibilidad de acceder a información respecto del vendedor del estupefaciente.

---

<sup>8</sup> CSJN A.891. XLIV. En el considerando 15) de su voto el Dr. Fayt cita los mismos datos estadísticos referidos en la nota 5.

El voto del Dr. Petracchi sin dudas es la llave del sentido del pronunciamiento de la Corte en el fallo “Arriola” no solo por la remisión constante que hacen los restantes ministros sino por haber, aquel ministro, sostenido y actualizado –en su voto en disidencia en “Montalvo”- estos mismos principios. A tenor de esta afirmación y teniendo en cuenta que el análisis particular de cada voto es a los fines de encontrar la comunidad argumental del fallo afirmaremos la misma sin pasar a su análisis.

Continuando en el orden de votación encontramos que el Dr. Zaffaroni afirma los criterios coincidentes que venimos señalando en cuanto a que la criminalización de la tenencia para consumo personal ha evidenciado su fracaso desde la óptica de la efectividad del sistema penal, procesal y la protección debida a la salud agregando como argumento que una mala política criminal también genera un dispendio económico y de recursos humanos de las fuerzas de seguridad y el poder judicial en una dirección incorrecta.

Sin perjuicio de sostener que el juzgamiento de una determinada política criminal no es de resorte de la Corte considera que en los términos del Art. 1° CN cuando estuviera comprometida la razonabilidad republicana de todo acto de gobierno por ser los resultados obtenidos inversamente proporcionales a los propuestos en aval de la prohibición dicho control sería posible.

Finalmente el ministro remata sus observaciones sobre el plan político criminal afirmando que la declaración de inconstitucionalidad del Art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 presupone el señalamiento de una política criminal enderezada al castigo del tráfico y no su obstaculización.

implicado una sensible modificación de nuestro ordenamiento jurídico. Ésta modificación no solo ha reforzado la protección de derechos consagrados en la redacción original de nuestra carta magna sino que ha avanzado sobre la determinación de ciertos derechos y ha consagrado otros nuevos.

El impacto de la reforma constitucional ha tenido diversas direcciones que solo pueden ser separadas y categorizadas a los fines del estudio pero que se implican directamente. Así la reforzada protección ha alcanzado al derecho a la intimidad —como derecho individual— como a los criterios para valorar y construir los bienes jurídicos supra individuales.

Respecto del primer extremo señalado por los magistrados encontramos que el derecho a la intimidad originariamente tutelado por nuestra carta magna se vincula con el principio de autonomía personal y de este principio se deriva que el hombre retiene para sí la capacidad de conducir su vida eligiendo fines, medios y considerando incluso su derecho a resistir cualquier tipo de intromisión que pretenda imponerle en ese ámbito una forma de ser o castigarlo por no aceptarla.

De lo dicho en el párrafo anterior respecto del valor del principio de autonomía personal podemos derivar una limitación que como consecuencia de ello recae sobre los estados y las administraciones en cuanto a su capacidad de interferir en el ámbito de intimidad de las personas.

Sin desconocer el derecho del estado a proteger ciertos bienes jurídicos colectivos, los magistrados advierten que tal protección no puede ser ni creada ni interpretada prescindiendo de cualquier límite. En este sentido, citando la opinión consultiva 5/08 de la CIDH, advierten que los conceptos utilizados para invocar la protección de intereses

moral y el mismo solo puede ser limitado mediante prohibiciones cuando las personas afecten mediante sus acciones ese espacio de libertad.

Continuando con esta dirección de análisis, y advirtiendo que no existen derechos absolutos, reconoce en el Estado el derecho a regular el ejercicio de la libertad. Pero este reconocimiento no lo es de un derecho incondicionado sino por el contrario afirma que para que el mismo Estado no desfigure el derecho que pretende garantizar deberá tomar en consideración ciertas limitaciones derivadas de la misma esencia del derecho consagrado en la Constitución Nacional.

Las dos reglas de mayor valor jurídico que deriva de la interpretación del Art. 19 CN son por un lado que solo puede limitarse la autonomía personal cuando en el ejercicio de esa libertad se afecten los derechos y bienes de terceros en la forma de daño o peligro concreto debiéndose acreditar la afectación del bien jurídico y veda rotundamente la posibilidad de presumir la trascendencia a terceros de las acciones.

En este sentido el magistrado advierte que ni los criterios peligrosistas ni la prohibición de conductas mediante estructuras que recurran a crear delitos de peligro abstracto pueden ser reputadas constitucionales debiéndose en los casos de trascendencia de la acción de tenencia para consumo personal acreditarse la relevancia penal de la lesión al bien jurídico.

Continuando con el análisis que realizan los ministros del Art. 19 CN encontramos que el Dr. Fayt en coincidencia con los magistrados preopinantes resalta que el hombre es el centro del ordenamiento jurídico y que aquella posición se asienta sobre el férreo reconocimiento de su dignidad y sus derechos personalísimos.

En esta tónica el Dr. Fayt afirma que el Art. 19 CN es la piedra fundamental sobre la cual se edifica el respeto a la autonomía personal del hombre y esta herramienta jurídica descarta toda posibilidad de intromisión en el ámbito de libertad garantido en cuando no se verificara un supuesto interferencia intersubjetiva quedando por lo tanto fuera de la injerencia de los magistrados aquellas acciones que fueran el ejercicio de aquella libertad.

Respecto del voto del Dr. Petracchi nos remitimos a la consideración que hiciéramos en el punto anterior.

El Dr. Zaffaroni mediante una sintética pero profunda argumentación que merece ser resaltada coincide sustancialmente con lo resuelto por los magistrados preopinantes.

Entonces partiendo del reconocimiento del hombre como ente moral y señalando los costos que tal reconocimiento ha significado a la humanidad propone encontrar el valor del Art. 19 CN a fin de salvaguardar el ámbito de privacidad de las acciones individuales que no ocasionen daño o peligro concreto a los derechos de terceros.

Para lograr este fin recurre al análisis de la genealogía del Art. 19 CN en nuestro ordenamiento jurídico. A estos fines transita el camino que la mentada norma ha desarrollado desde que fuera creada por los hombres de la revolución francesa y cómo ella ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra historia constitucional.

Como consecuencia de los desarrollos que lleva adelante afirma que la regla de derecho contenida en el Art. 19 CN exige el reconocimiento del hombre en toda su dimensión, así como su privacidad. A su vez afirma la intrascendencia de nuestro ordenamiento

jurídico, la separación entre moral y derecho y la imposibilidad de que el hombre y su dignidad sean puestas al servicio de cualquier *mito meta humano*.

Concluye afirmando que es el valor de la norma analizada como pilar del ordenamiento jurídico en conjunción con la deficiencia político criminal de la norma puesta en crisis lo que permite declarar la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Finalizando este análisis preliminar de la doctrina del fallo “Arriola” debemos considerar los argumentos vertidos por la Dra. Argibay. Estos por la forma en que son edificados contienen un gran valor jurídico.

La votante en último término realiza su análisis de la cuestión sin ingresar directamente a la problemática desde los principios constitucionales –sin perjuicio de que los afirma– sino que de una forma más pragmática analiza si la doctrina legal del fallo “Montalvo” puede considerarse como un precedente que obligue a la corte en el presente y si allí existe alguna regla jurídica que exija su aplicación.

Desde esta óptica la Dra. Argibay refiere que el fallo “Montalvo” y la actividad de los organismos jurisdiccionales que han sostenido aquella doctrina judicial han incurrido en una equivocación.

Lo antes dicho se revela al verificar que el fallo “Montalvo” no hace referencia alguna a cómo en aquella ocasión se afectó el bien jurídico tutelado recurriendo a meras manifestaciones genéricas como la calidad de delito de peligro “abstracto” del Art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, el carácter “contagioso” de la drogadicción y el lugar que el consumidor ocupa en el “tráfico”. De forma que en un primer análisis la votante

descarta el valor del precedente Montalvo en base a que de ninguna forma se ha resuelto si en el caso la conducta realizada por los imputados estaba protegida por el Art. 19 CN.

Continuando con su análisis sostiene que hasta este momento se ha utilizado el fallo Montalvo como criterio apriorístico para negar la constatación en cada caso concreto si la acción de tener estupefacientes para consumo personal afecta el bien jurídico tutelado. Esto supone un doble error de conceptualización jurídica darle a un precedente la fuerza de resolver en abstracto afirmando de esta forma a priori la lesión jurídica en todos los casos y legitimando la ley que construye la prohibición en todos los casos.

Sumado a la imposibilidad jurídica y fáctica de prever la lesividad de todas las conductas atrapadas por la prohibición la Dra. Argibay advierte que la norma puesta en crisis adolece de una descripción clara respecto a quienes serían las víctimas y cómo se verían afectada por la realización de la acción típica.

Concluyendo con su argumentación considera que debe ser descartada la doctrina sentada en el fallo “Montalvo” como precedente puesto que por la deficiencia de argumentación que presenta en torno a los extremos de acreditación del daño, la imposibilidad de afirmar a priori que toda tenencia de estupefacientes para consumo personal daña el bien jurídico y que la vaguedad de la prohibición admite la posibilidad de que en ella se incluyan acciones que no trasciendan de las esfera privada protegida constitucionalmente no puede afirmarse que la regla sentada en “Montalvo” sea una línea inexpugnable para determinar que acciones son privadas y cuáles no.

De todo lo sostenido en este último voto puede colegirse que la Dra. Argibay descarta la presunción del daño a fin de considerar que la acción de tenencia de estupefacientes para consumo personal viola por su mera existencia los derechos de terceros. Esto nos

permite presumir que la ministro no admite los delitos de peligro abstracto puestos que éstos tienen como sustrato la presunción de peligro y en este sentido su constante alusión a que habrá que determinar en cada caso la afectación del bien jurídico nos pone en la misma línea argumental que los magistrados preopinantes.

Por último resta señalar que el valor diferencial del voto de la Dra. Argibay reside en la generación de reglas interpretativas a través de diversos precedentes para determinar cuándo una acción puede ser reputada como privada y por lo tanto impune. Esta porción de sus considerando será analizada más adelante.

#### **D.- Conclusión Preliminar**

Habiendo analizado en los puntos anteriores la totalidad del fallo Arriola podemos afirmar que existe entre los ministros comunidad de razonamientos respecto del valor del Art. 19 CN en el ordenamiento jurídico argentino y el fracaso de la política criminal de la ley 23.737 en cuanto pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Respecto del valor político de la regla jurídico-filosófica contenida en el Art. 19 CN la Corte ha vuelto a señalar el camino de su recta interpretación. Esta revalorización ha sido posible en la medida en el hombre como ente moral, como fin en sí mismo ha sido puesto nuevamente en el centro del orden jurídico, que frente a su entidad –la del hombre–, es solo un recurso instrumental a su servicio.

Afianzando esta postura la Corte ha reafirmado la imposibilidad de recurrir a los delitos de peligro abstracto, a la tipificación de conductas que no generan resultados lesivos y a la imposición de una moral a los individuos.

Adentrándonos en el otro gran cuestionamiento de la Corte podemos concluir que los argumentos vertidos por los ministros a la hora de poner en crisis la política criminal de la ley 23.737 han sido esbozados teniendo en cuenta la totalidad de los ámbitos en los que aquella se ha mostrado ineficaz.

En este sentido, y comenzando por el dato más relevante que podemos obtener de los argumentos de la Corte, se ha sostenido que la política criminal no queda fuera del control de constitucionalidad de nuestro máximo tribunal en la medida en que sea cuestionada su razonabilidad republicana en los términos del Art. 1 CN.

Advierte la corte con gran contundencia que los criterios político-criminales que nutren la ley 23.737 se contraponen a la dignidad humana en cuanto hacen del hombre una suerte de cebo para captar traficantes ignorando por completo el derecho fundamental del hombre a decidir sobre su plan de vida.

También es posible concluir de la lectura del fallo que la denuncia a la política criminal que venimos relevando se ha evidenciado en términos de salud, economía, disponibilidad de recursos humanos, incremento en el consumo de estupefacientes e incremento de criminalización secundaria de personas.

Por todo ello podemos afirmar que la Corte ha resuelto unánimemente sobre estos dos puntos y que ellos son el núcleo de la decisión.

Asimismo no se deja de ver que si bien nuestro máximo tribunal ha declarado inconstitucional la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuando ésta no afecta los derechos o bienes de terceros, por ser una acción de las reputadas privadas –y por ello exentas de la autoridad de los magistrados- no ha dado

pautas claras respecto de cuáles son los criterios válidos para considerar a la acción como privada o cuándo trasciende dañosamente a terceros.

Ésta última crítica será desarrollada en lo sucesivo así como también se intentará esbozar criterios interpretativos para que el pronunciamiento de la Corte en Arriola vaya acrecentando su valor como precedente.

### III.- Valor del Precedente Arriola

#### A.- **Valor de la Jurisprudencia de la Corte Nacional**

La jurisprudencia, que brevemente podríamos conceptualizar como el fenómeno de la repetición con sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado<sup>9</sup>, debe reputarse como una fuente de derecho en la medida en que de ella se extraen reglas, principios y argumentos para sostener ulteriores decisiones.

Lo antes dicho no implica afirmar que la obligatoriedad de la jurisprudencia es similar a la de la ley, pero sí sostener que aunque se encuentra subordinada tiene una función de complementariedad con la misma.

Esta complementariedad de la jurisprudencia se manifiesta en la medida en que a través de la repetición de resoluciones con sentido concordante se empiezan a determinar especies concretas y objetivas dentro de las categorías generales de la ley.

De acuerdo a lo que venimos sosteniendo la jurisprudencia adquiere su valor a través de la repetición en el tiempo y por lo tanto el proceso de solidificación de los criterios jurisprudenciales goza de un menor dinamismo.

---

<sup>9</sup> Aftalión, Enrique R y Vilanova, José. Introducción al Derecho. Conocimiento y conocimiento científico. Historia de las ideas jurídicas. Teoría general del derecho. Teoría general aplicada. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1994. Capítulo 19, pag. 689.

En sistemas de Estado como el de nuestro país por la descentralización legislativa (nacional, provincial y municipal) y la multiplicidad de jurisdicciones en las cuales se presenta el fenómeno de los fallos judiciales es preciso proporcionar herramientas que mediante la unificación de criterios otorguen mayor seguridad jurídica a los habitantes del país.

En nuestro medio la primera y más importante de esas herramientas es el recurso extraordinario federal. Este remedio fue instaurado por medio de la ley 48 -en el año 1863- y sus razones históricas prueban que se estableció para garantizar la estabilidad jurídico-política de Estado Nacional que durante más de cincuenta años se había debatido en luchas internas sin lograr su unidad.

El órgano encargado de resolver las cuestiones que habilitan el recurso extraordinario ha sido desde sus inicios la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la materia sobre la que este versa ha dado a la misma el carácter de última intérprete de la Constitución Nacional y el derecho federal.

Desde entonces la Corte se ha pronunciado sobre diversos temas generando, luego de más de una centuria de actividad, criterios sólidos respecto de algunas temáticas que incluso han superado el valor jurídico de la ley.

Entrando ya en la incógnita respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte vale decir que durante mucho tiempo se cuestionó su validez como precedentes obligatorios y, luego de interpretaciones errantes, la misma Corte ha resuelto que su jurisprudencia es de acatamiento obligatorio siempre y cuando no se haga un verdadero cuestionamiento de su validez como doctrina dominante.

Teniendo en cuenta este criterio podemos afirmar que la regla de derecho sentada en el fallo “Arriola” es de acatamiento obligatorio para los tribunales inferiores hasta tanto no se haga un verdadero cuestionamiento de sus razones.

### **B.- Valor en concreto de la regla de derecho sentada en Arriola**

Teniendo en cuenta lo afirmado en el punto A del presente capítulo es preciso en lo siguiente verificar en qué medida y con qué alcance se puede predicar la obligatoriedad de la regla de derecho sentada en “Arriola” analizando los obstáculos y las omisiones de lo decidido por nuestro máximo tribunal.

#### *1.- Obstáculos*

Sin perjuicio del indudable valor de la doctrina del fallo “Arriola” encontramos que la jurisprudencia por sus propias características es una herramienta importante pero limitada.

Así, teniendo en cuenta que los fallos se dictan en el marco de una causa –con todas sus particularidades-, que lo resuelto en principio solo vale para ese caso y que la Corte se encuentra limitada en su capacidad para pronunciarse, debemos sostener que el pronunciamiento dictado en Arriola es solo un punto de inicio en la determinación de cuándo una acción de tenencia de estupefaciente para consumo personal es delictiva o impune.

Las limitaciones a las que hacemos mención radican en la imposibilidad de la Corte de sobrepasar sus funciones invadiendo la esfera de facultades de otro poder -en el caso del

legislativo- así como pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en abstracto<sup>10</sup>.

Esta última limitación podemos conectarla directamente con la multiplicidad de supuestos de hecho que provee la realidad -casuística- y la razonable imposibilidad de abarcarlos en su totalidad mediante un pronunciamiento judicial.

## 2.- Omisiones en el precedente "Arriola"

Es el rigor argumentativo de la regla jurídica sentada en un precedente lo que permitirá considerarlo como un estándar jurídico aplicable a otros supuestos y en este sentido podemos afirmar que si bien el conflicto normativo y valorativo planteado en "Arriola" ha sido resuelto la Corte no ha generado -mayoritariamente- criterios para la determinación de cuando la acción de tenencia para consumo personal afecta los derechos y bienes de terceros.

Aún advirtiendo las limitaciones a las que se encuentra sometida la labor jurisprudencial no pasa inadvertido que de los casos particulares pueden extraerse reglas o criterios jurídicos válidos para aplicar a casos similares y que en definitiva permitirían el avance de la función complementaria de la jurisprudencia generando mayor seguridad jurídica.

En este sentido venimos sosteniendo el valor del voto de la Dra. Argibay por el esfuerzo realizado en la búsqueda de estos criterios interpretativos.

De acuerdo a la referida búsqueda en el párrafo primero del considerando 12º) de su voto la Dra. Argibay refiriéndose a Montalvo dice "*...el fallo no ofrece ninguna pauta para examinar si en casos como el que hoy estamos juzgando el comportamiento*

<sup>10</sup> CSJN A.891 XLIV. Considerando 11 del voto de la Dra. Argibay

*probado de los imputados constituye o no una acción privada protegida por aquella norma constitucional.” Para continuar sosteniendo que “...a fin de determinar si en el caso que aquí se examina la conducta se trata o no de una acción privada, resulta necesario recurrir a las decisiones anteriores que se han tomado al respecto, y a través de un examen integral, detectar qué elementos han resultado de trascendencia para resolver los casos en uno u otro sentido.”*

La tarea que emprende la Dra. Argibay arroja como resultado que del análisis de los precedentes de la misma Corte<sup>11</sup> pueden extraerse al menos tres pautas para determinar si las conductas constituyen o no acciones privadas.

Las mentadas pautas interpretativas son la cantidad –pauta contenida en la misma ley-, el grado de exhibición del estupefaciente y el lugar de tenencia. Estas pautas lejos de ser criterios unívocos resultan de valor relativo pero funcionarán a modo de hilo de Ariadna<sup>12</sup> para guiarnos en el laberinto de la casuística.

En el apartado siguiente desarrollaremos estos puntos intentando desentrañar su verdadero valor apoyándonos a tal fin en una interpretación desde la óptica de la política criminal de las agravantes contenidas en la ley 23.737.

#### IV.- Pautas insinuadas en el precedente “Arriola”. Propuesta de criterios determinativos de la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

En este punto intentare determinar la utilidad práctica de las pautas relevadas por la Dra. Argibay en el precedente bajo análisis sin perder de vista el bien jurídico tutelado y la

<sup>11</sup> CSJN A.891 XLIV. Considerando 12) del voto de la Dra. Argibay

<sup>12</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Minotauro>

exigencia de lesión en términos de daño o peligro concreto que encuentra exigible la Corte en los términos del Art. 19 CN para ulteriormente considerar si de las agravantes tipificadas en el Art. 11 de la ley 23.737 pueden extraerse criterios complementarios que indiquen nuevas pautas de interpretación o refuercen las existentes.

#### **A. Pautas insinuadas en el precedente Arriola**

Como adelantamos la Dra. Argibay relevó en su voto tres criterios interpretativos<sup>13</sup> para la determinación de si una acción de tenencia de estupefacientes para consumo personal trascendió de la esfera privada para afectar derechos de terceros.

Como dato de valor debemos tener en cuenta que el supuesto resuelto en Arriola ha sido el de la tenencia para consumo personal y que es respecto de esta figura –contenida en el segundo párrafo del Art. 14 de la ley 23.737- que la ministro ha relevado los criterios interpretativos. Esta aclaración previa es necesaria puesto que en la actual ley de estupefacientes el Art. 12 inc. b) pena el uso de estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

De esto se deriva que la tenencia para consumo tipificada en el primer artículo no incluye dentro de su órbita los supuestos de consumo con ostentación o trascendencia pública, limitándose a abarcar la mera tenencia para consumo personal.

Es entonces en este marco legal en el que debemos precisar el sentido de la cantidad, la exhibición y el lugar de la tenencia.

---

<sup>13</sup> CSJN A.891 XLIV Considerando 13) del voto de la Dra. Argibay

En un primer análisis podemos afirmar que estas pautas no pueden ser consideradas separadamente sino que deben ser relacionadas unas con otras para evidenciar que una acción llevada delante de esa forma es trascendente.

En esta tónica encontramos que las pautas determinantes serán la exhibición y la cantidad quedando el lugar de la tenencia subordinada a las dos anteriores.

#### *1.- Cantidad de Estupefaciente*

Teniendo en cuenta que la figura analizada no implica el consumo del estupefaciente el criterio de la cantidad deberá ser analizado con mayor flexibilidad dado que el consumo no necesariamente será inmediato.

A su vez deberán analizarse las condiciones de existencia de esa cantidad – mayor o menor- de estupefacientes como ser su fraccionamiento, estar en condiciones de ser consumido o tener que pasar por un proceso para ser consumida, el tipo de estupefaciente del que se trate, el nivel de toxicidad, etc.

Partiendo de lo antes señalado, para poder afirmar la dañosidad de la tenencia la pauta de la cantidad –cuando no fueran cantidades que permitan suponer la ultrafinalidad de la venta o el acopio- deberá ser acompañada de la exhibición del estupefaciente que permitiera fundamentar que los terceros tuvieran la posibilidad de ser afectados –puesto que una tenencia reservada de una cantidad discreta no podría considerarse dañosa-.

Por último la razonable flexibilidad a la hora de valorar la cantidad de estupefaciente debe complementarse con una valoración realista de la situación de adquisición del estupefaciente que por los riesgos que implica puede llevar al tenedor a conseguir mayores cantidades para poder prolongar en el tiempo el momento de la próxima adquisición.

## *2.- Exhibición del Estupefaciente*

Esta es quizás la pauta más relevante de todas las señaladas por la Dra. Argibay puesto que si excluyéramos aquellos supuestos de tenencia para consumo personal en lugares en los cuales el estado y la sociedad tiene un especial interés de cuidado de la salud pública – como puede ser una escuela, una institución de rehabilitación, o una institución de seguridad- podríamos afirmar que sin exhibición la trascendencia a terceros de la tenencia sería casi nula.

Así como la ausencia de exhibición hace -en condiciones medias- improbable la trascendencia a terceros, la exhibición no es un criterio en sí mismo unívoco de lesión al bien jurídico y deberá ser complementado con referencias al lugar que haga posible – cantidad de gente, edad del público que asista al lugar, horario, etc- considerar la afectación al bien jurídico.

## *3.- Lugar de la tenencia*

Respecto de esta última pauta podemos afirmar que el espacio en el que se desarrolle la tenencia no podrá por sí solo dar pie a la consideración de la trascendencia a terceros de la misma. En este sentido la cantidad y mayormente la exhibición deberán estar presentes.

Sin perjuicio de lo señalado ut supra es posible considerar que hay ciertos espacios y lugares a los que el estado y la ciudadanía le asignan un valor superior que a otros.

Esta especial atención sobre ciertos espacios públicos y privados se manifiestan mediante la mayor regulación jurídica de las actividades que se llevan adelante dentro de ese lugar –hospitales, instituciones de enseñanza primaria, comisarías, cárceles, clubes, etc- y los deberes que se imponen a los integrantes y usuarios de tales espacios.

**B.- Propuesta de criterios interpretativos de la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.**

*1.- Marco introductorio de la propuesta*

En el camino de encontrar pautas interpretativas a fines de determinar la trascendencia o intrascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, tomando –y habiendo analizado- los criterios enunciados por la Dra. Argibay en “Arriola” y haciendo un esfuerzo interpretativo consideramos que pueden tomarse de la misma ley 23.737 ciertas pautas a fin de complementar los criterios ya desarrollados.

Sin desconocer las objeciones realizadas a los criterios político-criminales que nutren la ley 23.737, su mala técnica legislativa y los principios rectores del derecho penal liberar nos dispondremos a trasladar algunos de los criterios esgrimidos por el legislador de la ley de estupefacientes en el Art. 11 –agravantes- y erigirlos en criterios para determinar con mayor claridad los supuestos de trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal obteniendo de esa forma una mayor seguridad respecto de las conductas protegidas por el Art. 19 CN.

El legislador de la ley 23.737 aún en su defectuosa ley ha podido afirmar la existencia de ciertos sujetos, lugares, funciones que merecen por los argumentos que daremos una protección especial y por ello ha incrementado la punibilidad cuando ciertas acciones tipificadas -artículos anteriores numéricamente al analizado- se dirigieran a ellos.

Asimismo la totalidad de los magistrados han exigido en sus considerandos como acciones positivas a llevar adelante por el Estado la puesta en marcha de políticas tendientes a asistir a los sectores más vulnerables de la población – menores,

estudiantes, personas sujetas a penas privativas de libertad- frente al fenómeno del consumo de estupefacientes.

Haciendo firme mención que las agravantes que se analizarán no son aplicables de ninguna forma a la tenencia de estupefacientes para consumo personal por propia disposición de la ley nos proponemos a analizar los criterios político-criminales que las sustentan.

Partiendo de este marco referencial, realizando una interpretación sistemática de la ley 23.737, consideramos que la misma no puede ser contradictoria en sus propios términos y con este indicio de legitimidad podremos completar la omisión realizada por el legislador el Art. 14 segundo párrafo en cuanto a la posibles víctimas y la forma de lesionar el bien jurídico salud pública.

De esta forma podremos tener mayor certeza de lo que puede considerarse una afectación a los derechos de terceros y por consiguiente una mayor certeza del ámbito de libertad consagrado por el Art. 19 CN.

## *2.- Análisis particular de las pautas interpretativas*

Tomando la clasificación de las agravantes realizada por Falcone-Capparelli<sup>14</sup> según el sujeto afectado, el lugar de comisión y la función desempeñada -categoría que introducimos- extraeremos y reforzaremos las pautas interpretativas de la trascendencia de la tenencia para consumo personal esbozadas por la Dra. Argibay.

---

<sup>14</sup> Falcone, Roberto A. y Capparelli, Facundo L. Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2002. Capítulo V, pag. 206.

### i.- Aclaración previa

Vale mencionar que de acuerdo a lo señalado en el punto V.A de este trabajo la pautas interpretativas señaladas por la Dra. Argibay así como las que se desarrollan a continuación no podrán ser analizadas separadamente puesto que no tienen de esa forma un valor unívoco y por ello a los criterios que aportemos deberán necesariamente sumarse los analizados con anterioridad para determinar la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

### ii.- Según el sujeto afectado

En el inciso a) del Art. 11 ley 23.737 ha agravado las conductas cuando éstas se dirigieran contra personas disminuidas psíquicamente o menores de 18 años.

El fundamento material de esta agravante radica en la especial protección que el Estado asigna en términos educacionales, médicos y familiares a los menores y los enfermos mentales.

Esta protección reforzada es llevada adelante en atención a que “por su falta de experiencia y madurez física e intelectual y en la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas para valorar las consecuencias del consumo”<sup>15</sup> los menores y enfermos mentales son reputados “grupos de riesgo”.

A este “grupo” podría añadirse otro sujeto que por su situación se encontraría en riesgo frente a la droga y esto es el adicto que se encuentre realizando un tratamiento de rehabilitación.

### iii.- Según la función desempeñada

---

<sup>15</sup> Idem anterior, pag. 210

El inciso d) de la norma bajo análisis agrava las conductas cuando fueran cometidas por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos previstos en la ley. Asimismo el inciso f) se refiere a las conductas llevadas adelante por docentes, educadores y empleados de establecimientos educacionales.

Respecto de esta agravante es preciso determinar que es dudosa la validez de su aplicación cuando el funcionario público no se encuentra en el efectivo desempeño de sus funciones puesto que de lo contrario su posición laboral sería un obstáculo de su derecho de autonomía personal.

El segundo punto a señalar es que la calidad de preso que releva el inciso d) al mencionar "...y en perjuicio de éstos." no puede ser tomada como válida ya que no hay razones que nos hagan presumir que la calidad de preso suponga el consumo de estupefacientes sino que contrariamente las estadísticas han relevado que son más los adictos criminalizados que los criminales adictos.

Entrando en el fundamento material de la agravante encontramos que el legislador ha considerado el tráfico de estupefacientes por parte de un funcionario público de los determinados en el inciso d) como una "deslealtad de la causa pública y en la confianza de respeto a la legalidad que genera la condición de funcionario público..."<sup>16</sup>

Asimismo el fundamento material de la agravante del inciso f) reside en el ascendiente que tiene, particularmente en la niñez, un docente sobre sus estudiantes y el rol trascendente que tiene la educación en la edificación de un plan de vida.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Idem anterior, pag. 225

<sup>17</sup> Idem anterior, pag. 233

En este punto parece razonable que se considere como pauta interpretativa para la determinación de la afectación a los derechos de terceros por la tenencia para consumo personal de un funcionario público –durante el desempeño de sus funciones- encargado de la prevención del consumo de estupefacientes o de educar puesto que dependiendo del ámbito y la forma de esa tenencia puede generarse un mensaje contradictorio a la sociedad respecto del consumo de estupefacientes invadiendo de esa forma su propio ámbito de libertad protegido por el Art. 19 CN.

#### iv.- Según el lugar

El inciso e) de la norma bajo análisis agrava las conductas básicas en el supuesto en que las mismas se desarrollaran en establecimientos de enseñanza, asistenciales, lugares de detención, instituciones deportivas, culturales, sociales o espacios de divertimento público.

El fundamento material de esta agravante responde a la mayor capacidad de difusión del consumo de estupefacientes si se traficaran sustancias prohibidas en dichos establecimientos<sup>18</sup>.

Respecto de esta pauta habrá que ser cautos al momento de interpretarla puesto que en las ciudades los lugares detallados por la agravante se superponen sin solución de continuidad pudiendo generarse de esta forma un efecto contrario.

Para salvar estas objeciones deberá hacerse una interpretación restrictiva de la pauta relevada para que ésta no sea la base para cercenar los derechos que se pretenden proteger según los criterios sentados en “Arriola”.

---

<sup>18</sup> Cornejo, Abel. Estupefacientes. Ed Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2009. Capítulo 8, pag. 175

V.- Conclusión Final

De acuerdo a los razonamientos intentados en el presente trabajo y los resultados que el análisis ha arrojado estamos en condiciones de afirmar que la Corte ha dado un gran paso institucional en el camino del reconocimiento de la plena dignidad del hombre. En este sentido los puntos centrales del fallo “Arriola” han contado con el voto coincidente de todos los ministros.

Sin perjuicio de la autoridad de los argumentos esgrimidos en el precedente bajo análisis el tribunal ha fallado con demasiada cautela al momento de determinar con mayor concreción criterios interpretativos para afirmar la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y ello implica en los hechos una merma del valor práctico del pronunciamiento.

No obstante lo dicho ut supra y confiando en que los juristas continuarán edificando una jurisprudencia razonable sobre las bases de los valiosos y sabios principios sentados en el precedente Arriola nos permitimos hacer nuestro humilde aporte a esta causa.

A.- Valor de la Jurisprudencia de la Corte Nacional ..... Página 19

B.- Valor en concreto de la regla de derecho sentada en Arriola ..... Página 21

I.- Objeto: ..... Página 22

2.- Omisiones en el precedente “Arriola” ..... Página 24

IV.- Puntos insuadidos en el precedente “Arriola”. Propuesta de criterios determinativos de la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. .... Página 24

A. Puntos insuadidos en el precedente Arriola ..... Página 25

## Índice

I.- Introducción.....	Página 1
II.- Doctrina del Fallo Arriola. Argumentos determinantes. Conclusión Preliminar.....	Página 2
A.- Introducción al análisis de la doctrina del fallo.....	Página 2
B.- Crítica a la política criminal que nutre la ley 23.737 y el Fallo Montalvo.....	Página 2
C.- Valor Jurídico-Político del Art. 19 CN.....	Página 9
D.- Conclusión Preliminar.....	Página 17
III.- Valor del Precedente Arriola.....	Página 19
A.- Valor de la Jurisprudencia de la Corte Nacional.....	Página 19
B.- Valor en concreto de la regla de derecho sentada en Arriola.....	Página 21
1. Obstáculos.....	Página 22
2.- Omisiones en el precedente "Arriola".....	Página 22
IV.- Pautas insinuadas en el precedente "Arriola". Propuesta de criterios determinativos de la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. ....	Página 24
A. Pautas insinuadas en el precedente Arriola.....	Página 25

1.- Cantidad de Estupefaciente.....	Página 26
2.- Exhibición del Estupefaciente.....	Página 27
3.- Lugar de la tenencia.....	Página 27
B.- Propuesta de criterios interpretativos de la trascendencia de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.....	Página 28
1.- Marco introductorio de la propuesta.....	Página 28
2.- Análisis particular de las pautas interpretativas.....	Página 30
i.- Aclaración previa.....	Página 30
ii.- Según el sujeto afectado.....	Página 30
iii.- Según la función desempeñada.....	Página 31
iv.- Según el lugar.....	Página 33
V.- Conclusión Final.....	Página 34