



UNIVERSIDAD TECNICA DE COTOPAXI



CONVENIO

UNIVERSIDAD DE LA CUENCA DEL PLATA

UNIDAD ACADEMICA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y

HUMANISTICAS

CARRERA: ABOGACIA



TESIS DE GRADO

**“ANÁLISIS SOCIAL Y JURÍDICO DE LOS CONSUMIDORES DE
SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS CON EL FIN DE
DISMINUIR LA DELINCUENCIA”**

Tesis presentada previa la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

Autores:

- Salvador Elizalde Juan José
- Iza Valenzuela Neptali Augusto

Directores:

- Dr. Marco Molero
- Dr. Sergio Martínez

Corrientes - Argentina 2011

AVAL DE LOS DIRECTORES DE TESIS

En calidad de Directores del Trabajo de Investigación sobre el tema:

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS LEGISLACIONES DE ECUADOR Y ARGENTINA ACERCA DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL.”, de Salvador Elizalde Juan José , Iza Valenzuela Neptali Augusto, postulantes de la Especialidad de Abogacía, consideramos, que dicho Informe Investigativo, cumple con los requerimientos metodológicos y aportes científico-técnicos suficientes para ser sometidos a la evaluación del Tribunal de Validación de Tesis, que el Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales, de la Universidad de la Cuenca del Plata, designe, para su correspondiente estudio y calificación.

Corrientes, Diciembre 2011

Los Directores

Firman:

Dr. Marco Antonio Molero

Dr. Sergio Martínez

AUTORIA

Los criterios emitidos en el presente trabajo de investigación “ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS LEGISLACIONES DE ECUADOR Y ARGENTINA ACERCA DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL.”, son de exclusiva responsabilidad de los autores.



Salvador Elizalde Juan José

CI: 050276000-2



UNIVERSIDAD de la
CUENCA DEL PLATA



Iza Valenzuela Neptali Augusto

CI: 050150718-0

AGRADECIMIENTO

Agradezco a DIOS por ser mi guía espiritual, por haberme permitido estar aquí y dado las fuerzas necesarias para seguir adelante.

A mis padres por el gran esfuerzo realizado al apoyarme incondicionalmente para que lograra culminar mis estudios universitarios, por todo su amor y por ser mis guías en el camino de la vida.

A mi esposa Gaby y mis amados hijos Juan Francisco y Josué, por todo el apoyo, amor y cariño incondicional que me han brindado.

A todas las personas quienes me han apoyado e impulsado a seguir adelante. Forjándome en mis estudios.

A mis maestros quienes me formaron académicamente para alcanzar el éxito profesional.

Salvador Elizalde Juan José

AGRADECIMIENTO

Al concluir esta etapa de mi vida, agradezco a Dios por haberme dado las fuerzas de seguir adelante en mis estudios.

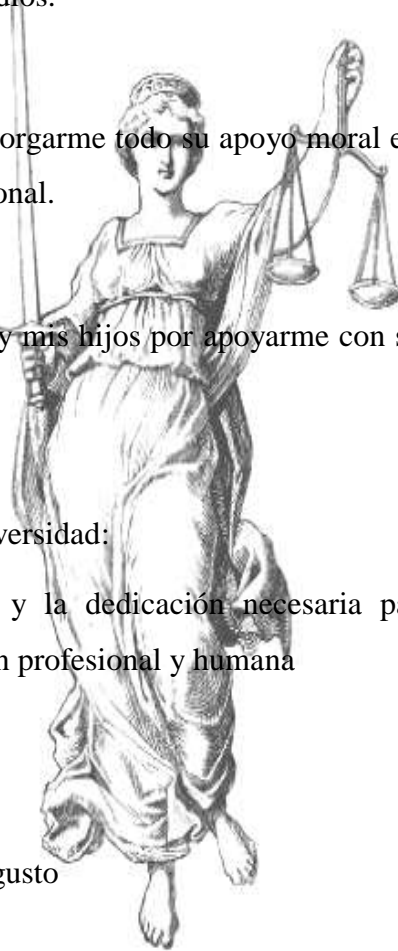
A mi padre Eloy Iza por otorgarme todo su apoyo moral e inculcarme a seguir adelante para mi realización profesional.

A mi amada esposa Lucia y mis hijos por apoyarme con su amor de seguir adelante en mis estudios.

A mis maestros y a mi Universidad:

Por brindarme el tiempo y la dedicación necesaria para obtener el conocimiento necesario en mi preparación profesional y humana

Iza Valenzuela Neptali Augusto



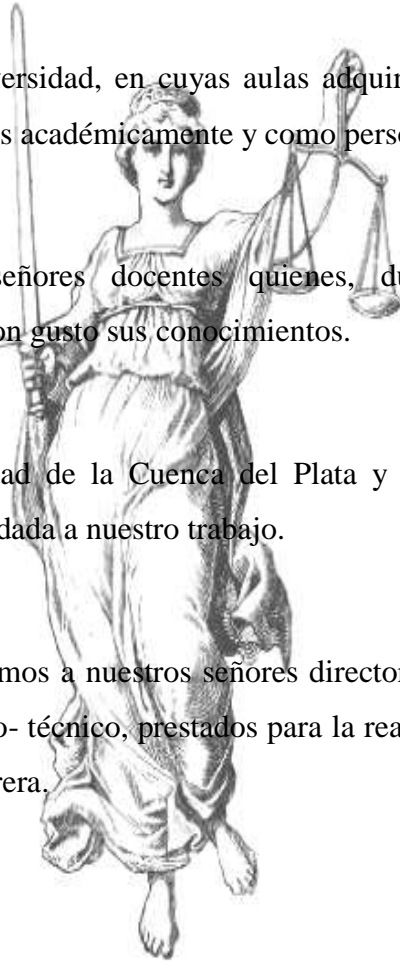
AGRADECIMIENTO ESPECIAL

Agradecemos a nuestra Universidad, en cuyas aulas adquirimos muchas experiencias que nos permitieron formarnos académicamente y como personas.

Agradecemos a nuestros señores docentes quienes, durante nuestra formación estudiantil, nos impartieron con gusto sus conocimientos.

Agradecemos a la Universidad de la Cuenca del Plata y a la Facultad de Ciencias Sociales, la colaboración brindada a nuestro trabajo.

De manera especial agradecemos a nuestros señores directores de tesis, por su tiempo, colaboración, apoyo científico- técnico, prestados para la realización del trabajo final, a la culminación de nuestra carrera.

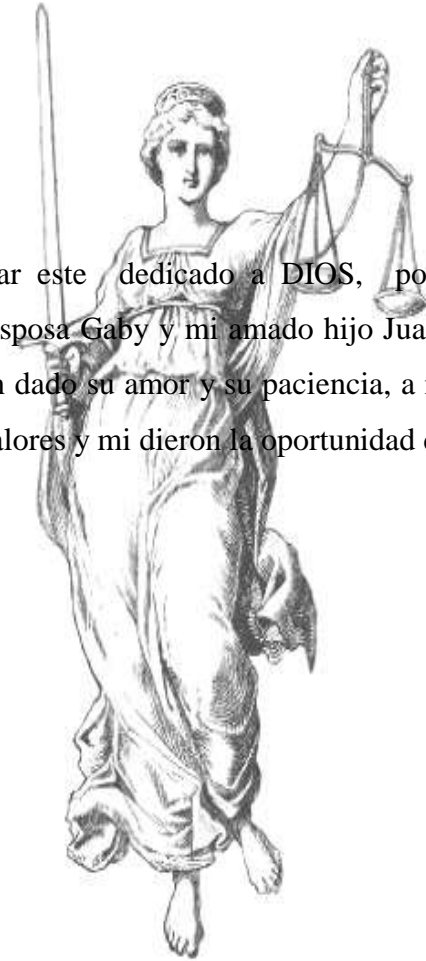


Salvador Elizalde Juan

Iza Valenzuela Neptali

DEDICATORIA

Este trabajo en primer lugar este dedicado a DIOS, por ser mi amigo y apoyo incondicional, a mi amada esposa Gaby y mi amado hijo Juan Francisco, quienes día a día me han apoyado, me han dado su amor y su paciencia, a mis padres quienes con su amor supieron inculcarme valores y mi dieron la oportunidad de culminar mis estudios.

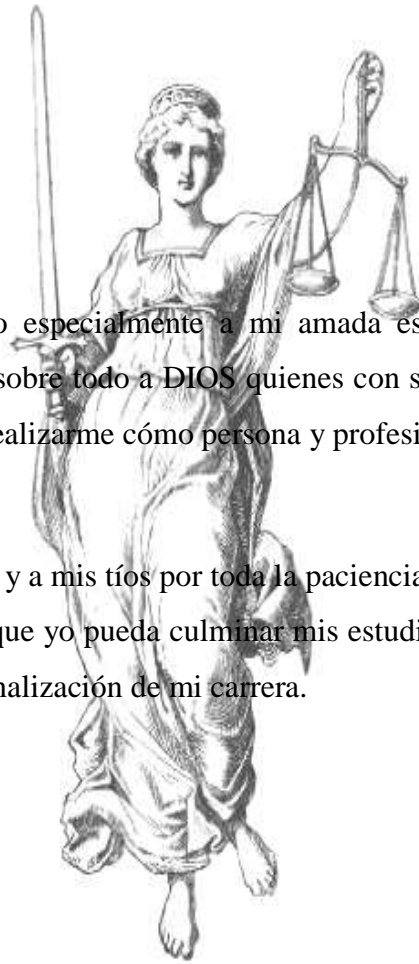


Salvador Elizalde Juan José

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado especialmente a mi amada esposa Lucia y a mis hijos Gianmarco y Ginyer pero sobre todo a DIOS quienes con su paciencia y cariño me han apoyado y han permitido realizarme cómo persona y profesionalmente.

También lo dedico a mi tía y a mis tíos por toda la paciencia que me demostraron con su apoyo incondicional para que yo pueda culminar mis estudios y poder realizarme en mi vida y así poder lograrla finalización de mi carrera.



Iza Valenzuela Neptali

INDICE GENERAL

1.- Introducción.....	11
2.-CAPITULO I: Marco Teórico	15
2.1. Noción de Estupefacientes.....	16
2.2. Tenencia de Estupefacientes para Consumo Personal	16
Respuesta de la Legislación Argentina ante el consumo.....	17
2.3. Análisis de la Estructura Típica del Art. 14 de la Ley 23737.....	18
2.3.1. Elementos: Tenencia y Estupefacientes.....	18
2.4. Legislación Ecuatoriana.....	20
2.4.1. Ley de Estupefacientes y Psicotrópicas.....	21
2.5. Dolo en las figuras delictivas tratadas en la Ley de Estupefacientes.....	22
2.5.1. Clasificación.....	23
2.5.2. El Dolo Directo de Primer Grado o Intención.....	23
2.5.3. El Dolo Directo de Segundo Grado dolo indirecto.....	24
2.5.4. El Dolo eventual.....	27
2.6. Elemento Objetivo.....	32
2.7. Análisis de la Estructura del Art. 14 2do Párrafo.....	33
2.7.1. Delitos de Resultado.....	33
2.7.2. Delitos de Mera Actividad.....	34
2.8. Peligros Abstractos.....	37
2.9. El Bien Jurídico Protegido.....	38
2.10. Principio de Lesividad.....	40
2.11. Diferencias entre Derecho Penal del Acto y Derecho Penal del Autor.....	42

2.12. Tenencia de Estupefacientes para consumo. Nivel de Afectación.....	44
2.13. Que se entiende por salud pública? Como se vería afectada la salud pública, con la tenencia para fines de consumo?.....	45
2.14. Delitos contra la Salud Pública.....	46
2.15. Posible afectación a la salud Pública referente a la tenencia de estupefacientes para consumo personal Art. 14 segundo párrafo Ley 23.737.....	47

CAPITULO II: ANALISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES.....48

3. Introducción.....	49
Análisis Comparativo entre la Legislación Argentina y ecuatoriana.....	57
Fallos	
Fallo Colavini.....	49
Fallo Bazterrica.....	50
Fallo Montalvo.....	51
Fallo Arriola.....	52

CAPITULO III: Penalización de la tenencia de estupefacientes para el consumo 54

4. Inconstitucionalidad Criterio propio	55
4.1. Análisis comparativo en cuanto a la señalización de la tenencia para consumo personal entre las Legislaciones de Argentina y Ecuador.....	58
4.2. Ecuador. Ley de sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas.....	59
4.3. Constitución del Ecuador similitudes en cuanto a acciones privadas.....	60
4.4. Constitución de Ecuador en relación al consumo.....	62
5. Conclusiones.....	63
6. Bibliografía.....	67

1. INTRODUCCIÓN

Existe consenso en sostener que en las postrimerías del pasado siglo XX y principios del presente siglo, el fenómeno de la revalorización de los Derechos Humanos constituye un hecho incuestionable.

Los Derechos Humanos reconocen su origen en la Revolución Francesa, específicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre, instrumento que reconoció determinados derechos a todo ser humano por su calidad de tal.

La Universalidad que han adquirido los Derechos Humanos, hace que los mismos constituyan patrimonio de toda la geografía mundial.

El Derecho a la Vida en las nuevas Constituciones y en los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos ha sido consagrado en forma expresa como el más esencial de los Derechos Humanos y como condición para el goce de los restantes derechos y tiene el status de *ius cogens*.¹

La Constitución de la Nación Argentina en la reforma de 1994 y la Constitución del Ecuador no constituyen la excepción y así lo han establecido.

Sin embargo, tal consagración constitucional requiere del análisis de algunas cuestiones, tales como si el Derecho a la Intimidad, también consagrado constitucionalmente, prevalece sobre el derecho a la vida. Es lo que se plantea en el caso del consumo de drogas.

Libertad significa poder elegir lo que haremos con nuestras vidas, la toma de decisiones en cuanto al ámbito personal como la autodeterminación, un derecho que tienen todos los seres humanos desde el momento de su nacimiento. Esta consiste en la toma de decisiones subjetivas y personales, de acuerdo a las necesidades que cada uno requiere referente a la moral y a la conducta para desenvolverse en el medio, descartando la posibilidad de intromisión por parte del Estado o un tercero.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 12 consagra: “*Nadie será objeto de injerencia arbitraria en su vida privada, su familia, su*

¹ *Ius Cogens*, locución latina que hace referencia a normas de derecho imperativo que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado nulo.

domicilio o su correspondencia, ni de ataque a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias”.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, En el presente trabajo se propone analizar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, su regulación legal y la relación de la misma con el derecho a la privacidad o intimidad que no es otra cosa que la facultad que tiene cada persona para disponer de un espacio propio sin interferencias procedente de otros o del Estado.

En este sentido, en la legislación Argentina, la cuestión ha planteado controversias ya que se ha discutido la Inconstitucionalidad del Art. 14 de la ley N° 23737, que establece: *“Sera reprimido con prisión de uno a seis años y multa de (...) 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”.*

Ello, en razón de considerar que tal norma deviene contraria al Principio de Reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución Argentina, que establece:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado lo que ella no prohíbe.”

En relación a este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha sido oscilante. Comenzó en el año 1978, mientras transcurría la última dictadura militar, con el fallo “Colavini” donde se declaró la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal.

Recuperada la democracia, en el año 1986 con el fallo “Bazterrica”, se declaró su inconstitucionalidad. Luego, en 1990, mediante el fallo “Montalvo”, se volvió al criterio de “Colavini”. En el fallo “Arriola” se vuelve, aunque con ciertos límites, al criterio de “Bazterrica”.

Ahora bien, En la legislación ecuatoriana la tenencia de estupefacientes para consumo personal no se encuentra penalizada, ya que se considera que los consumidores de estupefacientes son personas enfermas y que requieren de un tratamiento, tal como lo indica el artículo 364 de la Constitución de ese país cuando claramente expone:

“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.

En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.”

Así pues, El tratamiento legislativo que en la República Argentina y en República del Ecuador ha tenido la tenencia de estupefacientes para consumo personal constituye la motivación para que, en el presente trabajo, se pueda realizar un análisis comparativo entre ambas legislaciones (¿sería legislaciones u otro vocablo?)

Así, se han establecido los siguientes objetivos:

Objetivo general:

- Comparar las legislaciones de la República Argentina y la de la República de Ecuador con especial interés en la regulación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y su penalización.

Objetivos específicos:

1. *Examinar las legislaciones de Argentina y Ecuador en cuanto a la regulación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y su penalización.*
2. *Analizar la doctrina y la evolución de la jurisprudencia acerca de la penalización a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en la legislación argentina y la legislación ecuatoriana.*

La presente investigación se realiza a través de un análisis bibliográfico y documental, empleando un diseño descriptivo de investigación; debido a que no existe manipulación de variables.

Los métodos de investigación, empleados son el inductivo, analítico y sintético, y la técnica que se utiliza es el análisis de documentos.

En relación con la organización del trabajo, el mismo se encuentra estructurado de la siguiente manera:

En el primer capítulo, asignado al Marco Teórico, se expondrá acerca de la definición estupefacientes desde el punto de vista legal, qué es el bien jurídico y el nivel de afectación en cuanto a la tenencia de estupefacientes con fines de consumo, se determinará además si es un delito de mera actividad o de resultado, cómo se encuentra legislado la penalización de tenencia de estupefacientes para consumo personal en la legislación de los países de Argentina y Ecuador.

En el segundo capítulo se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y la evolución de la misma con respecto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Finalmente se expondrán las conclusiones de la presente investigación.

Capítulo I: Marco Teórico

2.1. Noción de Estupefacientes

El Código penal de la República Argentina en el Art. 77 define "estupefacientes" noción que comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica.²

En tanto la Organización Mundial de la Salud define una droga como:

*“Una sustancia (química o natural) que introducida en un organismo vivo por cualquier vía (inhalación, ingestión, intramuscular, endovenosa), es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central, provocando una alteración física y/o psicológica, la experimentación de nuevas sensaciones o la modificación de un estado psíquico, es decir, capaz de cambiar el comportamiento de la persona”.*³

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos decir que las denominadas drogas son sustancias cuyo consumo pueden producir dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central, o que dan como resultado un trastorno en la función del juicio, del comportamiento o del ánimo de la persona.

Dentro del concepto genérico de drogas se incluyen sustancias prohibidas y no prohibidas. Las primeras son las que no están permitidas por la ley, entre ellas tenemos por ejemplo marihuana, cocaína, heroína, opio entre otras.

Las segundas, a diferencia de las primeras, son las que no están prohibidas es decir que su consumo esta permitido por la ley, como por ejemplo el café, tabaco, alcohol entre otras.

El término “droga” en sentido amplio incluye todas las sustancias que pueden causar dependencia.

En cambio, cuando nos referimos a estupefacientes, lo hacemos teniendo en cuenta que son exclusivamente aquellas sustancias prohibidas por la ley, en razón de que las mismas representen un riesgo o peligro contra la Salud Pública ya que este es un Bien Jurídico tutelado por el Estado.

²Código Penal (2011), compilado por Zamora F., Argentina, Editorial Víctor P. de Zavalía. Pg. 33

³ Decanato de Estudiantes UNIBE, *Alcohol y Drogas*, recuperado de: <http://www.unibe.edu.do/estudiantes/decanato/Coleccion%20Panfletos%20Virtuales%20ALCOHOL%20Y%20DROGAS.pdf> el 2 de noviembre 2011

2.2. Tenencia de estupefacientes para consumo personal: Respuesta de la Legislación Argentina ante el consumo de estupefacientes

En La Legislación Argentina el consumo de estupefacientes esta regulado en la Ley N° 23737, actualizada por Ley N° 26.052 de Tenencia, Suministro y Trafico de Estupefacientes, la que en el Art 14 menciona lo siguiente: *“la pena será de prisión de un mes a dos años cuando, por escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para consumo personal.”*⁴

De la norma transcripta, surge que se encuentra penalizada la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y que por ninguna circunstancia se hace excepción alguna, ni tratándose para consumo. Sin embargo, en el artículo 21 del mismo código se establece lo siguiente:

“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 determina.

*Tal medida debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento 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.”*⁵

En consecuencia se puede apreciar que existe una excepción particular con respecto a los consumidores experimentales, pero esto no quiere decir que la Ley exima dicho delito de una manera total.

⁴Ley 23.737. Estupefacientes (B.O 11/10/89) en: Código Penal (2011), compilado por Zamora F., Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.. Pg. 242

⁵Idem. Pg. 243

2.3. Análisis de la Estructura Típica del Artículo 14 de la Ley 23.737

Para realizar este análisis sobre lo establecido en el Art. 14 de la Ley N° 23.737, se deben tener en cuenta los elementos tipológicos, con los que está estructurado el artículo, estos son:

“Art. 14. Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefaciente.

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.”⁶

2.3.1. Elementos: Tenencia y Estupefacientes

Tenencia: se refiere a la posesión que tiene un individuo sobre alguna cosa determinada, pudiendo disponer de la misma, en este sentido el Art. 2351 del Código Civil de la República Argentina prescribe que *“habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona por si o por otra, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.”* En la nota de dicho artículo, Vélez Sarsfield, citando a Troplong, *“explica que el código toma la posesión en el sentido más general y en su elemento más simple, es decir, es el primer grado que tiene por resultado poner el individuo en relación con la cosa”.*⁷ En otras palabras la posesión o tenencia es el derecho que se tiene sobre una cosa, que se encuentra bajo el poder o dominio de alguna persona, pudiendo así disponer de ella.

Este elemento es de gran trascendencia ya que influye para la determinación del grado de delito, que puede ser de tipo simple o agravado, dependiendo de la cantidad y finalidad.

⁶*Idem.*

⁷Cornejo, A. (2003), *Estupefacientes*, Buenos Aires: Culzoni. Pg. 192

Estupefacientes: el Código Penal de Argentina, en su art. 77 define *“Estupefacientes”* *comprendiendo a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en la lista que se elabore y actualicen permanentemente por el decreto del Poder Ejecutivo nacional.*⁸

Son sustancias que pueden crear dependencia física y psíquica, tomando en consideración dichas sustancias están prohibidas por la Ley.

Asimismo, la Ley de tenencia, suministro y tráfico de estupefacientes dispone la facultad para el Poder Ejecutivo Nacional para determinar las sustancias que se encuentran incluidas y/o excluidas de la normativa, a cuyo cargo se encuentra además la actualización periódica.

El Estado prohíbe la tenencia de estas sustancias, por cuanto se presume que dicha conducta representa un peligro que atenta a la Salud Pública que es el bien jurídico protegido.

Es necesario precisar la diferencia entre Drogas y Estupefacientes para no caer en el error habitual con respecto a su concepción:

Las Drogas producen dependencia con la singularidad de que estas abarcan en un sentido generalizado todas las sustancias que producen adicción, y se pueden clasificar en prohibidas y no prohibidas, prohibidas aquellas declaradas tales por ley, como por ejemplo: la marihuana, cocaína, heroína, opio, morfina, hachís, etc. las segundas, es decir las no prohibidas por ley son por ejemplo: el tabaco, el alcohol, café, té, y otras más.

En cambio cuando nos referimos a Estupefacientes se incluyen exclusivamente a las sustancias prohibidas por la ley.

Esta diferencia es indispensable por cuanto dependerá del tipo de sustancia de que se trate para determinar la pena.

Sabiendo cuales son los elementos tipológicos, pasaremos a mencionar el tipo agravado de este delito.

El Art. 5 de la Ley 23.737, que regula la tenencia, suministro y tráfico de estupefacientes establece:

⁸ Código Penal (2011),op. Cit. Pg. 33

“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 de en pago, o la almacene o transporte;

e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros 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.

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.”⁹

2.4. LEGISLACION ECUATORIANA

La penalización de la tenencia de estupefacientes en Ecuador se ha legislado de la siguiente forma:

La ley de sustancias de estupefacientes y psicotrópicas, establece:

“Art. 63.- Calificación de la persona dependiente.- *El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes*

⁹Ley 23.737. Estupefacientes (B.O 11/10/89) en: Código Penal (2011), op. Cit. Pg. 38, 39

de juicio, previo peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere.”¹⁰

La Constitución del Ecuador en su Art. 364.- establece:

“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.

*En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”.*¹¹

2.4.1. Ley de sustancias de estupefacientes y psicotrópicas del Ecuador

“Art. 30.- Prohibición de detención del usuario.- Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización.

Si una persona afectada por el uso de sustancias sujetas a fiscalización hubiere sido conducida a un centro de detención, el Director o funcionario responsable del mismo deberá enviarla, dentro de las seis horas siguientes a su ingreso, al instituto asistencial correspondiente, con notificación al Juez de la Niñez y Adolescencia, si se tratare de un menor de edad, o a la oficina más cercana de la Dirección de Migración, si se tratare de un extranjero.”¹²

¹⁰ Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas Ecuador (2008), recuperado de:<http://abogadoecuador.wordpress.com/2008/12/27/estupefacientes-y-psicotropicas-ecuador/> el 1 de diciembre 2011

¹¹ Asamblea Nacional (2008), *Constitución del Ecuador*, recuperado de: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf> el 01 de diciembre 2011. Pg.

167

¹² *Idem.*

De las normas transcriptas se desprende claramente que en la legislación ecuatoriana no se penaliza la tenencia para consumo personal, por cuanto se los considera como enfermos a dichos consumidores. Pero sí se castiga cuando la cantidad exceda lo permitido para su dependencia.

2.5. Dolo en las figuras delictivas tratadas en la Ley de Estupefacientes

El análisis del dolo aplicado a las figuras delictivas tratadas en la Ley de Tenencia, Suministro y Tráfico de Estupefacientes, requiere la precisión previa del concepto de dolo.

En ese sentido, se ha expuesto lo siguiente:

Zaffaroni (2002) menciona:

*“Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante.”*¹³

Francesco Carrara (1977) define: *“dolo en términos de intención, más precisamente como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley”*¹⁴.

Aclara sin embargo que para la existencia del dolo deben concurrir simultáneamente la voluntad y la consciencia, y el papel de la primera es ser el elemento sustancial del dolo, pero no el único. Coherentemente con tales enseñanzas, Carrara explica que la intención es un acto de la voluntad iluminada por el entendimiento, en lo tocante a la acción; y que la intención nace del concurso de la inteligencia y de la voluntad.

¹³ Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia A. (2002), *op. Cit.* pg. 297.

¹⁴ Carrara, F., Ortega, J., (1977), *Derecho Criminal Parte General*, Bogotá, Temis,. Pg. 73

En forma acorde con esas consideraciones, Soler (1992) determina: “*existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido consciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado.*”¹⁵

2.5.1. Clasificación

En la doctrina tradicional se han distinguido tres formas principales de dolo: el dolo directo de primer grado, también llamado simplemente dolo directo o intención; el dolo directo de segundo grado, también denominado dolo indirecto o dolo de consecuencias necesarias; y el dolo eventual. La diferenciación entre estas tres especies ha sido fundada, como se verá, en el distinto comportamiento que en cada una de ellas asumen los dos elementos que ese sector doctrinario establece como componentes del dolo: el conocimiento y la voluntad.

2.5.2. El dolo directo de primer grado o intención

La primera de las especies mencionadas, el dolo directo de primer grado, también llamado intención, ha sido delimitada como aquella en la cual la voluntad o propósito se encuentra directamente dirigida a la producción del resultado típico, con relativa independencia de la posibilidad de acaecimiento del mismo¹⁶, estimándose por ende irrelevante que el autor considere segura o sólo posible la efectiva producción del hecho contenido en el tipo objetivo¹⁷. Como se ve, esta primera especie de dolo se caracteriza por la absoluta preponderancia del elemento volitivo, lo que ha permitido denominarlo también intención, al considerarse que se configura cuando el autor persigue la realización del delito.

Se ha entendido asimismo que es indiferente para la configuración del dolo directo de primer grado, que la realización del delito sea el único fin que mueve la actuación del autor, bastando que el delito sea perseguido sólo como medio para la consecución de

¹⁵ Soler, S., Fierro G. J., (1992), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA,. Pg. 135

¹⁶ Claus, R., Luzón, D. M., Díaz, M, Conlledo, G., Remesal, J. (1997), *op. Cit.* pg. 416

¹⁷ Mir, P., S., (1996), *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Código Penal. Pg. 243

otros fines¹⁸. En esa dirección se ha aclarado que no debe confundirse a la intención con el motivo o finalidad última del sujeto, pues la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole, que mueven en última instancia al sujeto¹⁹.

Esta especie ha sido considerada el paradigma más perfecto del dolo, pues en ella concurren, de modo inequívoco los dos elementos constitutivos del dolo que fundamentan tradicionalmente, como se ha señalado, la tripartición: el conocimiento y la voluntad.

2.5.3. El dolo directo de segundo grado o dolo indirecto

En segundo término, surge el dolo directo de segundo grado o indirecto²⁰ o de consecuencias necesarias, que es aquel que se dirige hacia aquellas consecuencias o circunstancias que, aunque no son propiamente deseados por el sujeto actuante, son percibidas como de segura producción por éste²¹. Existe en esta especie una clara preponderancia del elemento cognitivo del dolo, puesto que la producción del resultado típico es percibida como segura en la conciencia de quien actúa.

En nuestro país, Núñez ha definido esta especie en similares términos:

*“La acción se dirige de manera decidida hacia el delito, cuando éste, aunque no representa el deseo, propósito o pretensión del autor, se le presenta como algo que, aunque no deseado, está necesariamente ligado a lo querido directamente por el mismo.”*²²

Cierta doctrina ha incluido dentro de esta especie del dolo, también los casos en que el resultado se presenta al sujeto como de casi segura producción, como una consecuencia prácticamente necesaria de su actuación²³.

Al respecto es interesante mencionar la postura de Sancinetti, pues a nuestro entender

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Claus, R., Luzón, D., Díaz, M, Conlledo, G., Remesal, J. (1997), *op. Cit.*, Pg. 418

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² Núñez, R. C.,(1965) *Derecho Penal Argentino Parte General*, Buenos Aires, Omeba. Pg. 57

²³ Mir, P., S., (1996), *op. Cit.* pág. 243.

delimita con una mayor claridad conceptual esta última propuesta, dotándola de argumentos que la tornan más fácilmente comprensible. Sancinetti primeramente establece que el dolo directo y el eventual se diferencian, no en que en el primero el sujeto tenga certeza y en el segundo inseguridad de alcanzar el resultado, sino en que en el dolo directo se persigue ese resultado como meta, y en el eventual no, aunque el sujeto sepa que la realización del tipo puede producirse como consecuencia de su acción; tras ello, concluye que el dolo indirecto (lo llama -de consecuencias necesarias-) participa del elemento que es común al dolo directo y al eventual, de la inseguridad de la realización del tipo (consciencia insegura), y recibe el nombre de dolo de consecuencias necesarias, a su entender, pues si se realiza el plan del autor tal cual está previsto, entonces necesariamente se producirá la consecuencia colateral. Y es esta última característica la que diferencia al dolo indirecto del eventual, pues en el segundo, la consecuencia colateral sigue siendo de dudosa producción, aunque se realice la meta del sujeto²⁴.

Por su parte, en la doctrina también se ha presentado el argumento, al decidir sobre el contenido del dolo indirecto, de acordar un mayor protagonismo a una pretendida voluntad, que se vería configurada ante la consciencia de la segura (o casi segura) producción de un determinado resultado, pese al cual el sujeto actúa, imputándose dicha actuación como contenido de ese querer.²⁵

Así lo ha resuelto Welzel, quien explica que Si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia.²⁶

Sin embargo, el elemento relevante para la determinación de esta especie de dolo sigue siendo, desde la óptica que nos ocupa, el conocimiento (la consciencia de la segura o casi segura producción del resultado).²⁷

En la doctrina argentina, Carlos Creus se encarga precisamente de resaltar el papel de esta presunta voluntad dentro del ámbito del dolo indirecto, pues entiende que esta

²⁴ Sancinetti, M., A., (1991) *Teoría del Delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi. Pg. 146

²⁵ Claus, R., Luzón, D., Díaz, M, Conlledo, G., Remesal, J. (1997), *op. Cit.* Pg. 424

²⁶ Welzel, H., Ramírez, J., B., Pérez S., (1987) *Derecho Penal Alemán Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pg. 99

²⁷ *Idem.*

especie de dolo se configura cuando el autor, dirigiendo su acción hacia una determinada violación típica, es consciente de que al realizarla necesariamente producirá otros hechos típicos; como consecuencia de ello, sostiene que la voluntad del sujeto se extiende hacia esos últimos resultados y, por ende, el dolo indirecto tiene en su aspecto volitivo la misma naturaleza que el directo, con la única diferencia de que se trata de un querer por extensión apoyado en el conocimiento de la influencia del proceso causal en el mundo exterior.²⁸

Se ha dirigido una interesante crítica contra esta presunta voluntad existente en el dolo indirecto, señalándose al respecto que sostener como integrante del dolo indirecto una voluntad con el alcance descrito en los párrafos que anteceden, deja entrever una manipulación de conceptos, pues mientras en el dolo directo las teorías favorables a la tripartición manejan un concepto de voluntad de neto carácter psicológico y descriptivo, en el ámbito del dolo indirecto tal concepto sufre un cambio de naturaleza, transformándose en una voluntad de tipo normativo, pues de esa forma es impuesta al sujeto actuante, quien no quiere el resultado en el sentido más auténtico de la palabra querer.²⁹

En una perspectiva opuesta abiertamente a la preponderancia del elemento cognitivo para la configuración de esta especie de dolo, se encuentra Winfried Hassemer, quien, conforme su noción global sobre el dolo, que será posteriormente analizada, entiende que el dolo directo de segundo grado o dolo indirecto -al que él llama dolo directo, pues al que se ha llamado dolo directo en este trabajo, Hassemer le da el nombre de intención- se ve también preponderantemente caracterizado por el elemento volitivo: El elemento de la cognoscibilidad es irrelevante en la constitución del dolo directo al igual que en la intención y en el dolo eventual. Para el dolo directo, la acción dolosa es voluntad, una acción de decisión. El componente intelectual es simplemente una condición necesaria de la decisión.³⁰

En numerosas obras se ha mostrado como ejemplo clásico de dolo indirecto, al famoso caso Thomas, por lo que entendemos conveniente describir los hechos que fueran objeto de análisis en el mismo:

²⁸ Creus, C.,(1996), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Astrea. Pg. 243

²⁹ RAGUÉS, VALLÈS, R.,(1999) *El Dolo y su prueba en el Proceso Penal*, Barcelona, José María Bosch Editor. pg. 47.

³⁰ HASSEMER, W., (1990), *Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia. pg. 920.

Alexander Keith, que se llamaba a sí mismo Thomas, se hospedó en un hotel de Bremen en diciembre de 1875, y preparó un gran tonel de dinamita, en cuyo interior colocó un aparato de relojería, que al funcionar, en un momento determinado, pondría en acción un émbolo de acero cuyo choque con la dinamita determinaría la explosión. Después de preparar Thomas el aparato de relojería y disponerlo en forma que debía operar luego de ocho días, transportó el tonel hacia el puerto de dicha ciudad. Thomas quería hacerlo expedir en el vapor -Mosela-, de la Compañía Lloyd, el 11 de diciembre de 1875, y mientras tanto contratar grandes seguros en Inglaterra sobre la supuesta mercadería contenida en el tonel, debiendo explotar la máquina infernal cuando el barco se encontrara entre Southampton y New York, después de lo cual podría cobrar su seguro, sin que se descubriera la causa del accidente. En el manipuleo del tonel del carro al muelle del puerto de Bremen, delante del Mosela, se deslizó dicho objeto de las manos de los trabajadores y resultó una terrible explosión. Ocho días después de la explosión recién se pudieron determinar las consecuencias de la misma: cincuenta y nueve muertos reconocidos, veinticuatro desaparecidos y cincuenta heridos; seis personas muertas y veinte heridas a bordo del -Mosela-, resultando además dañados tanto dicho buque como otra embarcación, el -Simson-, que se encontraba próximo al primero.³¹

2.5.4 El dolo eventual

Por último, aparece el dolo eventual, en el cual no se persigue tampoco la producción del resultado típico, no existe ese propósito con el que se ha caracterizado a la intención, y asimismo el autor percibe la producción del resultado típico sólo como posible o probable, pero no como segura (o casi segura). Por ende, la conformación de ambos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, es más débil que en las anteriores formas, lo que lleva en los casos extremos a su confusión con la imprudencia consciente.

El estudio de esta especie del dolo, por su particular relevancia, será objeto de un tratamiento en extenso en posteriores capítulos, pero sí en este momento cabe destacar que, dentro de las posturas tradicionales que han dado base a la analizada tripartición del dolo, el eventual encuentra fundamento último en la existencia de casos en que, sin

³¹ Zaffaroni, E., (1981), *op. Cit.* Pg. 350

concurrir propiamente la voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece sin embargo merecedora de la pena correspondiente a la infracción dolosa.³²

Su estudio ha ocupado principalmente a los penalistas germánicos, y a aquellos que han seguido, en la sistemática de la teoría del delito, a los primeros; los autores italianos no han prestado mayor atención a esta categoría, acudiendo a otras clasificaciones en la esfera del dolo; cuando algunos de ellos se han referido al dolo eventual, las concepciones que sostienen sobre éste tienen en común con la especie que aquí se estudia solamente el nombre.³³

Asimismo, cabe mencionar que, dentro del ámbito de la tripartición, algunos autores, al advertir sobre la magnitud de la diferencia entre el dolo directo y el eventual, por el más débil comportamiento en este último de ambos elementos constitutivos (cognitivo y volitivo), a efectos del merecimiento de pena han postulado de *lege ferenda*, y trasladando al derecho continental el instituto anglosajón de la *recklessness*³⁴, la conveniencia de crear un tercer título de imputación subjetiva, de carácter intermedio entre el dolo y la culpa, que abarcaría los casos tradicionalmente comprendidos como de dolo eventual, mereciendo una pena inferior a los delitos dolosos, y superior a los culposos.³⁵

Sin duda alguna, esta especie del dolo ha ocupado de manera especial el pensamiento de aquellos doctrinarios, partidarios de la sistemática que consagra la tripartición del dolo, que han encarado el estudio de este elemento. Las razones son obvias y saltan a la vista, y guardan estrecha relación con las sugeridas al analizar la importancia de alcanzar una adecuada definición del dolo en general: esta especie, tradicionalmente entendida como la menos grave de las tres, y la más cercana a la culpa, dada la especial configuración que en ella obtienen el conocimiento y la voluntad -en caso de que se considere ésta como integrante del dolo- debe ser particularmente tratada y delimitada, pues en su ámbito se presentarían los casos límite, que pongan en crisis toda propuesta realizada.

Teniendo en cuenta que es dolo y su clasificación, pasaremos a definir en cuál de estos tipos de dolos se encuadran en las figuras delictivas de estupefacientes previstas en la

³² RAGUÉS, VALLÈS, R.,(1999), *op. Cit.* 49

³³ Manzini, V., Sentís, S., *Derecho Penal Primera parte*, Buenos Aires, Ediar. Pg. 180

³⁴ Término inglés que en su traducción al español significa arrebatado, atolondrado.

³⁵ RAGUÉS, VALLÈS, R.,(1999), *op. Cit.* 49

Ley N° 23737 de la República Argentina.

Para ello debemos de identificar cuáles son estas figuras delictivas.

En los siguientes artículos se encuentran explicitadas dichas figuras:

Art. 14. *Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en sus poderes 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.

La tenencia simple tipificada en este artículo es de tipo base por cuanto el delito se representa de la manera más simple, considerando que no existen circunstancias agravantes que hagan que este delito sea mayor.

En la primera parte de este artículo menciona *el que tuviere en su poder estupefacientes* vemos entonces que la figura delictiva de este artículo consiste en la tenencia o posesión de estupefacientes, considerando que la tenencia de dichas sustancias puede ser destinada para consumo personal.

Sin embargo la ley no admite justificación así como lo menciona el maestro Zaffaroni cuando hace referencia a los delitos de peligro abstractos *juris et de jure* menciona que son delitos de desobediencia haciendo referencia al autor Binding.³⁶ Tomando en cuenta que para este autor no constituyen delitos. Hace referencia al principio de lesividad donde expone no se puede considerar como delito mientras este no haya afectado de una forma parcial o total sobre algún bien jurídico³⁷, Considera que dicha incriminación es irracional por cuanto violenta los principios de reserva amparados en el artículo 19 de la Constitución.³⁸

Sabiendo entonces que la Ley no admite justificación y cuando se desacata a la misma, esta interviene para sancionarla, dicha desobediencia haya sido o no voluntaria.

Un ejemplo claro consistiría que un individuo estuviere en un lugar alejado de la ciudad en una parte donde sea difícil el acceso, y este poseyere algún estupefaciente, entendiendo que dicha sustancia es para consumo personal, lo cual excluye la posibilidad de intervención de un tercero más sabiendo que se encuentra alejado de la población, sin embargo si algún ente coercitivo se enterase dicha conducta

³⁶ Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia A. (2002), *op. Cit.* Pg. 491,492

³⁷ *Idem.* Pg. 127,128,129

³⁸ *Idem.*

inmediatamente intervendría arrestándolo. En este caso se podría entender que la detención del mismo sería por desobediencia a la norma mas no por el peligro que pueda representar por hecho de poseer dichas sustancias.

Con respecto al dolo en esta situación

Francesco Carrara (1977) define: *“dolo en términos de intención, más precisamente como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley.”*³⁹

Es sabido entonces que cuando se realice algún acto que contrarié a esta ley, a sabiendas que dicha conducta estaba tipificada como tal, se está actuando con dolo.

En el siguiente artículo están en su mayoría dichas figuras delictivas

El Art. 5 de la Ley 23.737. Establece: *“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 de en pago, o la almacene o transporte;

e) entregue, suministre, aplique o facilite a otro estupefaciente 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.

En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y

³⁹ Carrara, F., Ortega, J., (1977), *op. Cit.* Pg. 73

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.

En este artículo el delito se representa de una manera agravada por cuanto el propósito de la tenencia de dicha sustancia es llegar hacia terceros por ende se verían más personas afectadas en tal virtud se considera como delito agravado (calificados)

Consideramos que en los incisos anteriores se encuentran varias figuras entre ellas están la fabricación, producción, comercialización, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes.

Como es sabido el objeto de estas actividades es llegar hacia terceros, en definitiva se considera que el propósito de todo es el tráfico ilegal de estas sustancias.

Con respecto al dolo en esta situación en algunos fallos se hablo del mismo de una manera singular a continuación exponemos el siguiente texto.

Esta doctrina se inicia en la jurisprudencia, se refiere a los delitos de tráfico de estupefacientes y apunta a la exigencia en el elemento subjetivo del tipo, de un dolo especial “el dolo de tráfico” o “dolo ilícito”.

Esta doctrina aparece con la causa 2320, “Rattoni, Hugo, R.”

El quehacer del procesado, que guardaba en un cenicero abierto, sobre un equipo radiofónico – en el dormitorio de su domicilio – un gramo y medio de semillas de cannabis sativa y también tenía en la terraza del mismo nueve macetas con plantas de dicho vegetal, configura el delito de tenencia de estupefacientes y no el de cultivo de plantas y guarda de semillas.

La circulación implica una conducta que denota envergadura o trascendencia, signos de que de ningún modo pueden reconocerse en aquellos casos en los cuales el marco e impulso volitivo no sobrepasan la expectativa de una utilización personal y localizada del narcótico.

Nace así en doctrina lo que se ha dado en llamar dolo de tráfico, al que se puede caracterizar como el extremo subjetivo surgido de la exégesis total del art. 2 de la ley 20.771 que hace a la diferencia del mencionado tipo legal con el del art. 6 – mera tenencia – (Cámara Criminal y Correccional, Sala VII, causa 2320, Rattoni, Hugo R”,23/1182, “J.P.B.A”, 51-28 fallo 1166).

Ya con anterioridad, en 18-980, la Cámara Criminal y Correccional, Sala V, había iniciado el rumbo hacia el mentado “dolo de tráfico”.

“Las conductas contempladas en el artículo 2 de la ley 20.771, deben entenderse como relacionadas con el “tráfico ilícito” o sea que la guarda de semillas debe ser en cantidad suficiente para dicho tráfico, y que existan indicios que demuestren que el procesado las conservaba para obtener el cultivo del vegetal y producir estupefacientes (Cámara Criminal y Correccional , Sala V, causa 11,724m “Díaz de Vivar”, 2/5/80, J.P.B.A., 42-10, fallo 8672, “L.L”, 1980-C-53; ídem, Sala II, causa 26.543, “Latzenelson, S.D”, 24/6/82, J.P.B.A., 50-113, fallo 1007, ídem Sala VI, causa 11.1°80, “Muinello, Daniel A” 31/8/84; “Subirama, Juan Carlos”, 11/9/75).⁴⁰

En definitiva en este texto se menciona un dolo llamado “dolo de tráfico” a nuestro parecer creemos que se lo implemento con el propósito de diferenciar entre el dolo de la simple tenencia de estupefacientes y el dolo de tenencia para tráfico.

Ya que el dolo en el caso de estupefacientes se lo considera de forma directa no existe distinción alguna.

2.6. Elemento Objetivo

Jakobs,⁴⁰ señala

“El tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como objetivo magnitud social, y por tanto penalmente relevante, aunque falte todavía el tipo subjetivo La teoría de la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”.

El autor citado al tipo objetivo lo concibe como al resultado de la acción la parte externa o material del delito, menciona que es de magnitud social y como tal es de importancia penal.

La tenencia o posesión de estupefacientes constituye para quienes se enrolan en esta posición una conducta típica del elemento objetivo, tomándose como referencia la cantidad y el propósito de dicha sustancia.

40

La tenencia simple tipificada en el **Art. 14** es de tipo base por cuanto el delito se representa de la manera más simple, considerando que no existen circunstancias agravantes que hagan que este delito sea mayor. Presuponiendo que dicha tenencia es para uso personal, mientras que en caso del **Art. 5** el delito se representa de una manera agravada por cuanto el propósito de la tenencia de dicha sustancia es llegar hacia terceros por ende se verían más personas afectadas en virtud de lo cual se considera como delito agravado .

2.7. Análisis de la estructura del Art 14 párrafo 2do (si es tipo de resultado, de pura actividad, si es delito común o especial, etc.)

Para hacer un análisis de lo previsto en el segundo párrafo de este artículo, debe determinarse si los delitos incluidos revisten las características de ser de actividad o de resultado, para ello resulta previo analizar la diferencia entre los delitos de mera actividad y de resultado.

En el objetivo de caracterizar y distinguir entre los delitos de resultado y los de mera actividad se ha expuesto:

2.7.1. Delitos de Resultado:

Requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta. Para que estos delitos se produzcan, debe darse una relación de causalidad a imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto.

2.7.2. Delitos de Mera Actividad:

*No existe resultado, la mera acción consume el delito.*⁴¹

Asimismo han expuesto sobre la cuestión:

Zaffaroni (2002) define: No se concibe una conducta típica sin que se exteriorice, o sea, sin que dé lugar a una mutación física en el mundo, que suele llamarse resultado. La Doctrina de otros tiempos ha pretendido distinguir en el resultado material y el resultado jurídico, pero este último es producto de una confusión conceptual, dado que no es otra cosa que es la propia lesión al bien jurídico, o sea, un requisito del tipo conglobante. Por eso, para evitar confusiones es preferible no emplear la expresión resultado jurídico, entendiendo que cada vez que nos referimos al resultado a secas, estamos haciendo mención al resultado material o mutación física, que en verdad es el único resultado.

*Hay tipos que exigen la producción de determinado resultado (como el homicidio, en que solo puede ser la muerte) y otros que no lo hacen, o sea, que precisan el resultado típico (como la injuria). Cuando no se exige la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, este puede ser cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva del bien jurídico. Se llamo a los primeros, es decir, a aquellos delitos en que el tipo exige un resultado determinado, delitos de resultado, y a los segundos de mera actividad. Esta terminología puede seguir empleándose, pero a condición de que no sea mal entendida, como en algunas construcciones idealistas que sostienen que los llamados delitos de mera actividad son delitos sin resultado. Los tipos son textos legales y, como cualquier texto, se ocupan de lo que mencionan, pero eso no significa que no exista lo que ellos no tratan.*⁴²

⁴¹ Universidad de Murcia (2006) *Derecho Penal I Capítulo 14. Clases de tipos penales*. Recuperado de : <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-14-Clases-tipos-penales.html> el 08 noviembre de 2011

⁴²Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia A. (2002), *Derecho Penal Parte General*, Argentina, 2º Ed. Ediar. Pg. 359, 360

El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina, señala que para que se configure un delito de resultado, tiene que exteriorizarse físicamente o materialmente, debe existir una afección sobre algún objeto material, y que pueda visualizarse, como en el ejemplo que menciona, en el homicidio el resultado vendría a ser la muerte. Debe tenerse asimismo presente que también existe un tipo de delito que no exige un resultado expresado de una manera física pero que sin embargo el mismo lesiona al bien jurídico en este caso hablamos del delito de mera actividad por ejemplo la injuria, este tiene una afección a un bien jurídico pero no de una manera material.

Por su parte, Claus Roxin (1997) menciona:

*Por **delitos de resultado** se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado es el homicidio: entre la acción (disparar el revólver) y el resultado (muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa, en la que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias o la provocación de escándalo público, en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo.*

*En cambio, son **delitos de mera actividad** aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. Así sucede en el allanamiento de morada, en el que el tipo se cumple con la intromisión, en el falso testimonio, que no requiere un resultado que vaya más allá del juramento en falso, o también en las acciones sexuales que llevan en sí mismas su desvalor y cuya punibilidad no presupone ningún resultado ulterior. El significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal, que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo, sólo desempeña un papel en los delitos de resultado. Es decir, que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia falta una parte de la cita-⁴³*

Este autor menciona que los delitos de resultado llevan consigo una lesión o una puesta en peligro separada por el espacio y el tiempo entre el autor y el delito, toma como

⁴³Claus, R., Luzón, D. M., Díaz, M, Conlledo, G., Remesal, J. (1997) ,*Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, S. A. pg.328

ejemplo al homicidio, donde una persona realiza un disparo con un revólver y que el producto de ese disparo trae consigo un resultado, que es la muerte, teniendo en cuenta que en el mismo acto la acción y el resultado estuvieron separados espacial y temporalmente.

Con ello se puede advertir que el delito no se consuma en el instante de realizar la acción, también pone como ejemplo a otros delitos como la estafa, donde expone que se lesiona el patrimonio después de haber incurrido en el engaño, aquí hacemos un cuestionamiento por cuanto este autor menciona que la injuria es un delito de resultado, lo cual contrapone al autor anterior, donde el mismo menciona que la injuria es un delito de mera actividad.

Roxin cuando analiza los delitos de mera actividad sostiene que se consuman en el mismo acto de ejecutar la acción. En ese sentido explica la cuestión con el delito del allanamiento de morada, ya que al momento de ingresar a la morada se incurre en el delito y se consuma el mismo. Por lo tanto notamos que no existe un resultado posterior a la acción, sino durante la acción misma, también pone como ejemplo al falso testimonio, que al momento de realizar dicha acción se comete el delito, la posición de este autor, en cuanto al resultado expresa que este pertenece y que recae sobre el objeto, mientras que la mera actividad carece de este resultado.

Teniendo como referencia a los autores citados se puede definir que los de delitos de resultado son aquellos que se producen después de la acción.

En consecuencia, para que se consuma el delito debe haber un distanciamiento de tiempo y espacio en cuanto a la ejecución de la acción. Por otra parte estos se caracterizan por lesionar objetos materiales.

Los Delitos de Actividad no dependen de un resultado material posterior a la acción para su consumación, por el contrario este se cumple en la acción misma, así por ejemplo en el caso del allanamiento de una morada basta con ingresar al domicilio. El delito esta ejecutado. A diferencia de los delitos de resultado, que no necesitan lesionar a un objeto material.

En lo que se refiere a la tenencia de estupefacientes se analizara **Art. 14** segundo párrafo de la Ley 23.737 establece:

Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefaciente.

*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.*⁴⁴

Es posible deducir que en este artículo se encuentra tipificada la tenencia de estupefacientes, encuadrando dentro de los delitos de mera actividad, ya que no se tiene en cuenta si el mismo es para consumo o para su distribución.

Queda absolutamente claro que con la mera tenencia de alguna de estas sustancias se incurre en el delito.

2.8. PELIGROS ABSTRACTOS

En relación a los denominados peligros abstractos, señala Zaffaroni (2002):

*“Para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume juris et de jure; para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro de peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. Por eso Binding los caracterizaba como delitos de desobediencia, lo que hoy reaparece con el reconocimiento de que no pasan de ser meras desobediencias a la administración. En cuanto al peligro de peligro, basta pensar en las consecuencias que acarrea en caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea de clara tipicidad sin lesividad.”*⁴⁵

Lo que refiere el Profesor Zaffaroni a quien seguimos en el análisis de este concepto, es que se sanciona una conducta sin admitir prueba en contrario respecto del Bien jurídico que supuestamente se pondría en peligro o se lesionaría. Se castiga solo porque el Estado lo considera como una desobediencia a sus normas vigentes, faltando fundamento razonable alguno.

A Jakobs por su parte le suscita reserva este modo de legislar, y en este sentido apunta:

⁴⁴Ley 23.737. Estupefacientes (B.O 11/10/89) en: Código Penal (2011), op. Cit. Pg. 242

⁴⁵Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia A. (2002), op. Cit.Pg. 491,492

“los delitos de peligro abstracto invaden el ámbito interno, no respetan por tanto el principio del hecho y no son correctos en un Estado de derecho, desde el momento en que para fundamentar o agravar la pena se recurre a lo planeado o no por el autor”⁴⁶

Los delitos de peligro abstracto no se representan de una manera exteriorizada, entendiéndose por esto que solo se encuentran en la faz interna de una persona, sin que se pueda concretar algún hecho particular, por tal razón no debería considerarse como un delito, debido a que no corresponde en un estado de derecho, ya que se sanciona al autor independientemente de que lo haya planeado o no. Este castigo no tiene razón de ser, por cuanto no existe la intención de dañar o de lesionar a un tercero.

Refiriéndonos a la tenencia de estupefacientes decimos que se castiga de una manera injusta, ya que en este supuesto el riesgo no daña o de lesiona algún objeto.

2.9. El Bien Jurídico

“En su desarrollo individual y colectivo, el hombre necesita entrar en posesión de diferentes objetos tanto del mundo espiritual como del material. Cuando el ordenamiento legal reconoce esta necesidad humana como bienes dignos de protección para una convivencia social pacífica y organizada, dichos bienes se transforman en bienes jurídicos integradores y rectores, por sus contenidos.”⁴⁷

Este autor considera que los bienes jurídicos son objetos físicos e inmateriales que necesitan protección por parte del estado como ejemplo la propiedad, el honor, salud, etc.

Roxin (1997) define: *bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.*

⁴⁶Falcone, R., (2008), *La tenencia de estupefacientes en el Derecho Penal Argentino*, recuperado de :<http://procesalpenal.wordpress.com/2008/06/09/la-tenencia-de-estupefacientes-en-el-derecho-penal-argentino-roberto-a-falcone/> el 15 noviembre de 2011

⁴⁷Tozzini, C., (1995), *Los delitos de hurto y Robo*, Buenos Aires, Depalma. Pg. 76, 77

*Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.*⁴⁸

En otras palabras, las circunstancias o finalidades están dadas por la valoración social, y que los deberes de cumplimiento de las normas son creadas por la Constitución con el propósito de que los individuos se desarrollen dentro del sistema social global, concediendo al Derecho Penal facultades para que este se encargue de regularlo, respetando siempre el derecho penal la Carta Magna.

Zaffaroni (2005) define:

“Los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: la vida el honor, la libertad, la salud, el estado, etc. Son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo etc.

La ley Penal no crea bienes jurídico solo exige su lesión como requisito para la habilitación del ejercicio del poder punitivo.

(...) el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto. Si bien por lo común se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos (patrimonio, libertad, etc.), su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos.”⁴⁹

El autor precedentemente citado entiende por bien jurídico la posibilidad de disposición de distintos objetos como la propiedad, la salud, honor, libertad etc. Interviniendo la ley penal cuando se afecta esa posibilidad de disposición.

Del análisis realizado en orden al concepto de bien jurídico, se puede decir que los bienes jurídicos son funcionalidades que el estado concede a las personas con el fin de salvaguardar los intereses de las relaciones entre los individuos y la sociedad.

⁴⁸Claus, R., Luzón, D., Díaz, M, Conlledo, G., Remesal, J. (1997),op. Cit., Pg. 56

⁴⁹Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia, A. (2005), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar. Pg. 491,492

Desde nuestra interpretación podemos mencionar que los bienes jurídicos son objetos que el Estado tiende a proteger para el bienestar social, la inexistencia del mismo tendría como resultado el caos a nivel de convivencia, por tanto no habría un control estaríamos hablando de un salvajismo primitivo, diríamos que la vida del ser humano estaría equiparada, como la de cualquier animal silvestre o salvaje, vemos por otro lado que los bienes jurídicos tiene una gran trascendencia para el ordenamiento de una Nación.

2.10. Principio de Lesividad.

*“Otro principio básico garantista de un Derecho Penal Democrático, es el principio de lesividad. Esto es, que sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.”*⁵⁰

Según Zaffaroni (2002)

“Este principio establece que las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. Conforme a esta decisión por el estado moral (y al consiguiente rechazo del estado paternalista inmoral), no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)”.⁵¹

En la legislación Argentina este principio se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que consagra lo siguiente:

“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

⁵⁰Bustos, J., *Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático*, recuperado de: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA2008/Bustos08.htm> el 13 noviembre 2011

⁵¹Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia, A. (2002), *op. cit.* Pg. 127,128,129

la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En este sentido se señala:

Los conflictos penalizados sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie.⁵²

En la legislación argentina es posible observar con claridad en la no punición del suicidio – recuérdese que la muerte dada a si mismo se presenta a manera de conducta enteramente impune para el Derecho Penal -, atento a que no se afecta un bien jurídico de un tercero. Idéntica situación, y por las mismas razones lógicas, tampoco será punible la autolesión siendo solo potencial merecedora de reproche jurídico punitivo la heterolesión.

Zaffaroni (2002) define:

Esta opción constitucional se traduce en el derecho penal en el principio de lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.⁵³

Consideramos que es una garantía que el Estado brinda a los individuos con el fin que prevalezcan derechos, entendiéndose que no se puede legitimar un delito mientras este no lesione a un bien jurídico de una manera total o parcial.

Otro punto importante en la cuestión que venimos analizando es la afectación a terceros mientras no se incurra en esta afectación no debería considerárselo como un conflicto o daño susceptible de penalización.

Ello, en orden al principio de reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina en virtud del cual las acciones privadas de los hombres quedan exentas de la autoridad de los magistrados y quedan solo reservadas a Dios.

Bueno, es precisar, que queda asimismo absolutamente claro, siempre y cuando tales acciones no afecten a terceros.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

En definitiva necesariamente tiene que lesionar a un tercero para que se configuren dichos conflictos.

Según lo manifestado por el maestro Zaffaroni (2002) sobre los principios de lesividad consideramos que son garantías jurídico sociales, dentro de un proceso que ayuda a verificar y determinar si un bien jurídico fue lesionado, por otro lado excluye la responsabilidad de un supuesto delito que no tuvo afección sobre algún bien jurídico, quedando como beneficiarios todos los individuos.

2.11. Diferencias entre Derecho Penal de Acto y Derecho Penal de Autor

En orden a determinar las diferencias entre el Derecho Penal de Acto y el Derecho Penal de Autor, se ha expuesto lo siguiente:

Derecho Penal de acto:

“Supone castigar al sujeto por un comportamiento (acción u omisión) que produjo un daño o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley.

Se castiga al individuo por lo que hizo o por lo que no hizo y debería haber hecho; se le castiga por la opción que aceptó de hacer el mal pudiendo no hacerlo.”

Derecho Penal de autor

“Supone castigar al sujeto por su forma de ser, por sus antecedentes, por el tipo de vida que lleva.

No se castiga al acto en sí sino que el acto es la manifestación, el síntoma de una forma de ser, de una personalidad.

Lo prohibido, lo reprochable sería la personalidad y no el acto.”⁵⁴

Bacigalupo (1996):

⁵⁴Araújo, A. (2 de marzo del 2008). De: Derecho Penal [Derecho Penal de Acto – Derecho Penal De Autor] recuperado de: <http://arancoaraujo-derechopenal.blogspot.com/2008/03/derecho-penal-de-acto-derecho-penal-de.html> el 19 de noviembre del 2011

*“En el derecho penal de hecho, este es contemplado en primer término: Lo primario es la lesión del orden jurídico o del orden social; el autor, es decir, sus características personales, sólo entran en consideración en forma secundaria. Ello significa que las características personales del autor carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos los presupuestos para la aplicación de una pena.”*⁵⁵

En el Derecho Penal de hecho, se toma en cuenta la lesión al bien jurídico; no importando la personalidad del individuo. Elemento que no se valora para la aplicación de la pena, siendo esta la parte secundaria y relevante.

Con respecto al derecho penal de autor expone:

Roxin (1997):“ (...) (vagabundería, mendicidad, embriaguez, ociosidad) han sido derogados por la reforma del Derecho penal (desde el 1-1-1975).El tipo del rufianismo, si bien ha sido mantenido frente a múltiples propuestas de supresión, no obstante se ha modificado en el sentido de un Derecho penal del hecho, en cuanto que ya no se castiga el modo de vida asocial-parasitario del rufián, sino que se protege la independencia personal y económica de las personas prostituidas.”⁵⁶

Pone como ejemplo la vagabundería, mendicidad, embriaguez y la ociosidad considerando que alguna vez se sancionaron estas características o personalidades de los individuos. Aunque este autor aclara que estas sanciones fueron reformadas en esta legislación, sin embargo en otras legislaciones se sigue penando como por ejemplo en la legislación Ecuatoriana.

El Código Penal del Ecuador, en su artículo 385.- menciona: *“El mendigo que hubiere sido aprehendido disfrazado de cualquier modo, o que fugare del establecimiento en que le hubiere colocado la autoridad, será reprimido con prisión de dos meses a un año”*.⁵⁷

Del artículo citado es importante destacar cuando se refiere al mendigo que *hubiere sido aprehendido disfrazado de cualquier modo*, el cuestionamiento de esta parte, es como se puede distinguir a un mendigo que estuviere disfrazado, ya que es sabido que por lo general un mendigo tiende a utilizar ropa vejestorio o extravagante, no se podría

⁵⁵Bacigalupo E. (1996), *Manual de Derecho Penal*, Bogotá³ Temis S. A. Pg. 8

⁵⁶Claus, R., Luzón, D., Díaz, M., Conlledo, G., Remesal, J. (1997), op. Cit. Pg. 184

⁵⁷ Código Penal Ecuador recuperado de:

<http://www.miliarium.com/Paginas/Leyes/Internacional/Ecuador/General/cp.pdf> el 01 de diciembre 2011. Pg. 61

distinguir como tal, creemos entonces que esta sanción se da a la personalidad del individuo, un ejemplo claro de Derecho Penal de autor.

Es posible advertir que la diferencia que existe entre derecho penal de acto y derecho penal de autor, estaría dada que en el primer caso se penaliza al delito la afección al bien jurídico mientras que en el segundo caso se sanciona la forma de ser del individuo la personalidad que lo caracteriza.

En el caso de la tenencia de estupefacientes lo que se sanciona por el delito es la tenencia de dichas sustancias, por lo que sería por derecho penal de acto.

2.12. Tenencia De Estupefacientes Para Consumo. Nivel de afectación.

Desde esta perspectiva vamos a adentrarnos al consumo de Estupefacientes donde determinaremos si representa una lesión o no hacia los Bienes Jurídicos.

Para ello tomaremos en cuenta el siguiente párrafo de Zaffaroni (2002).

“(...) lesividad, el estado no puede imponer una moral, o sea que el estado paternalista -inmoral- queda excluido por imperio del art. 19 de la Constitución. En consecuencia, no es admisible la moral como bien jurídico; por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente. En general, en la legislación penal comparada se observa la desaparición de tipos penales autoritarios o con contenidos morales como pretendidos bienes jurídicos. En la doctrina y jurisprudencia argentina, el caso más notorio de inconstitucionalidad lo constituye el tipo de tenencia de tóxicos prohibidos para propio consumo, que da lugar a un extenso y curioso debate. La punición del suicidio con la nulidad del testamento se ha borrado de los códigos modernos y la autolesión sólo es punible en el ámbito penal

*militar cuando se la causa para eludir los deberes del servicio. En tal caso el bien jurídico no es la propia integridad física de la persona autolesionada”.*⁵⁸

El autor citado expone que la moral no es de incumbencia del Estado, ya que la misma está reservada solamente a los individuos, encontrando amparo en el Art.19 de la Constitución de la Nación Argentina cuando expresa que las acciones privadas están expuestas al juicio de Dios y quedan exentas de ser sancionadas por las autoridades.

Asimismo interpreta al Estado como inmoral, por cuanto trasgrede la norma constitucional, violentando el principio de reserva cuando trata de sancionar la tenencia de Estupefacientes para consumo personal.

Menciona además, este autor, que la autolesión no es punible ya que la misma fue abolida, en el caso del suicidio alguna vez fue punido. Solo en el derecho canónico aun en la actualidad en cierto modo se la sigue sancionando en un sentido religioso por ejemplo excomuniación o la expulsión de la Iglesia Católica, sin embargo en el ámbito legal ya no es considerada como un delito.

Sostiene asimismo Zaffaroni en este punto la autolesión con relación a la tenencia para consumo personal por cuanto considera que el único daño que puede ocasionar la tenencia de sustancias es a la misma persona que consume.

2.13. Que se entiende por salud pública? Como se vería afectada la salud pública, con la tenencia para fines de consumo?

En la búsqueda de la respuesta a estos interrogantes, se ha expuesto:

Salud Pública:

“Se entiende por salud pública, la salud de todos, la de la población en general, de manera indeterminada y que va más allá de la suma de las saludes individuales de los habitantes.

La salud pública fue, es y deberá ser siempre una preocupación del Estado y por eso mismo, no debería dejar en manos del mercado sin un control profundo de cada una de estas etapas es decir, todo lo que hace a su elaboración, distribución y consumo cuando

⁵⁸Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia, A. (2002), op. cit.Pg. 127,128,129

el peligro no es, ni más ni menos, que el posible perjuicio de la salud de la población en general.”⁵⁹

Podemos interpretar que la salud pública debe ser considerada como uno de los tantos bienes jurídicos protegidos por el Estado por ende se debe organizar distintos medios de control efectivos y eficaces para lograr bienestar social.

2.14. Delitos contra la Salud Pública.

Cabe preguntarse, cual es el Bien Jurídico en la ley 23.737?

En el Capítulo 4 del Título 7 Delitos contra la Seguridad Pública, el Código Penal Argentino, en el Art. 201 establece:

*“Las penas del artículo precedente, se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.”*⁶⁰

Al referirse a los medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, consideramos que aquí se cuadran los estupefacientes, por cuanto el consumo de estas sustancias tiene una repercusión no favorable hacia la salud.

Asimismo, en orden a fijar el sentido y alcance de lo que ha dado en denominar Salud Publica, menciona Carrara:

“La salud pública está comprendida por el concepto de bienestar general a que se refiere el preámbulo de nuestra constitución nacional. Resulta obvio que no puede promoverse el bienestar general del país sin una adecuada tutela y protección de la

⁵⁹Hocsman, H., *Adulteración De Alimentos - Delitos Contra La Salud Pública*, recuperado de : http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitos_salud_publica.htm el 17 noviembre de 2011

⁶⁰ Código Penal (2011),op. Cit. Pg. 80

salud de sus habitantes. La protección de la salud pública es el objeto de tutela de las leyes 23.737 y 24.424.''⁶¹

En tal virtud de lo analizado y expuesto es posible sostener que el bien jurídico tutelado dentro de la Ley 23.737 de Estupefacientes es la Salud Pública, asimismo es en el sentido que se ha expresado la Jurisprudencia argentina.

2.15. Posible afectación a la salud Pública referente a la tenencia de estupefacientes para consumo personal Art. 14 segundo párrafo Ley 23.737

Existiría la posibilidad de incurrir en dicho delito relacionando el art. 14 segundo párrafo donde menciona la tenencia para consumo personal, con el siguiente artículo: Art. 5 de la Ley 23.737 inciso: *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*⁶².

En el Art. 5 inc. Se hace referencia a la entrega de algún estupefaciente de manera onerosa o gratuita considerada como un agravante para dicho delito. Relacionando los artículos anteriores vamos a poner el siguiente ejemplo: un individuo se encuentra en un lugar desolado consumiendo algún estupefaciente, tomándose en cuenta que se encuentra dentro de la esfera personal (art. 19 CN), inesperadamente llega un amigo de este individuo el mismo que le pide que le convide un poco de la sustancia que se encuentra consumiendo, entonces este cede y le convida al amigo, creemos que incurriría en este delito.

Esta sería la posibilidad de afectar el bien jurídico salud Pública, considerando que la tenencia de estupefacientes no estaba destinada para consumo personal.

Otra posible afección, sería que el consumo lo realice en lugares públicos, donde habría riesgo en la salud pública, ya que sería una mala influencia para las demás personas.

⁶¹Cornejo, A. (2003), *Estupefacientes*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni. Pg. 27.

⁶²Ley 23.737. Estupefacientes (B.O 11/10/89) en: Código Penal (2011),op. Cit. Pg. 242

**CAPITULO II: ANALISIS DE CASOS
JURISPRUDENCIALES**

3 .Introducción

En el presente capítulo se analiza la evolución de la Jurisprudencia Argentina en orden a la tenencia de estupefacientes para consumo personal y su penalización, particularmente la correspondiente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La jurisprudencia Argentina ha variado con el transcurso del tiempo sus decisiones respecto de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina en este tema ha sido oscilante. Comenzó en el año 1978, mientras transcurría la última dictadura militar, con el fallo “Colavini” donde se declaró la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal.

Recuperada la democracia, en 1986 con el fallo “Bazterrica”, se declaró su inconstitucionalidad. Luego, en 1990, mediante el fallo “Montalvo”, se volvió al criterio de “Colavini”. Con este nuevo fallo (“Arriola”) se vuelve, aunque con ciertos límites, al criterio de “Bazterrica”.

3.1 Fallo Colavini

En el caso COLAVINI, ARIEL OMAR. Del 28 de marzo de 1978, el máximo tribunal cuando todavía estaba en vigencia la anterior ley 20.771 sostuvo que no era violatoria de la garantía establecida por el artículo 19 de la Constitución Nacional la represión de la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieren destinados al consumo personal.

No es ocioso, afirmo la Corte Suprema en ese momento, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras o las pestes, ni es sobreabundante recordar sus tremendas consecuencias, tanto en la práctica aniquilación de los individuos como en su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducida en ociosidad, delincuencia común y subversiva, incapacidad de

*realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.*⁶³

En este fallo se analizó la tenencia de drogas y estupefacientes para consumo, se advierte que se legitimó dicha penalización por cuanto se consideraba a este delito como un riesgo social donde se le imputaba al individuo por las consecuencias que este acarrea, como la delincuencia, calamidad social, guerras, también se consideraba un factor que influía mucho en los problemas familiares y económicos desde el punto de vista negativo.

En consecuencia en este fallo se lo considero como un delito punible con respecto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

3.2. Fallo Bazterrica

*Posteriormente en el caso **BAZTERRICA GUSTAVO MARIO** 29 de agosto de 1986, el más alto Tribunal de la Nación, adoptó una postura absolutamente opuesta a la anterior, afirmando que el artículo 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden, y en la moral pública y en los derechos de terceros.*

Tales limitaciones genéricamente definidas en aquella norma, no fueron precisadas por el legislador, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir en todos los supuestos que ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí -se afirmo- la ética privada de las personas, cuya trasgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva, en la que aparecen bienes custodiados bienes o intereses de terceros. Por ello es que la protección de estos bienes se dirigen al orden y la moral pública, abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 de la Constitución Nacional, señaló la Corte Suprema, impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta

⁶³Cornejo, A. (2003), op. Cit.págs. 197, 198, 199, 200.

que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida esta no como de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan solo contra el mismo quedan fuera del ámbito de prohibiciones.

Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse “de acuerdo a los datos de la común experiencia” no se justifica frente a la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de la privacidad, como la inducción al consumo; la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito; la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados con probables trascendencia a terceros. No se encuentra probado que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio, eficiente para el problema que plantean las drogas.⁶⁴

En definitiva en este fallo se ve desde otra perspectiva la tenencia para consumo, ya que la misma se encuentra custodiada por el artículo 19 de la Constitución, que consagra que las acciones privadas de los individuos quedan al juicio de Dios y por ningún motivo la intervención de algún ente regulador. Se consideró la tenencia de estas sustancias como una autodeterminación de cada individuo, y que por lo tanto se debería respetar como tal, siempre y cuando no afecten a terceros, también se sostuvo que la penalización a dicho consumo no era una alternativa viable por cuanto no resolvería el problema, queda claro entonces que la tenencia para consumo no se considera como un delito, en otras palabras el artículo 6 de la ley 20.771 se declaró Inconstitucional.

3.3. Fallo Montalvo

*La postura adoptada caso **ERNESTO A. MONTALVO** el 24 de diciembre de 1987, en donde se sostuvo que era improcedente el recurso extraordinario contra la sentencia que condenó por tenencia de estupefacientes, si no se han rebatido los argumentos del*

⁶⁴*Idem.*

fallo referentes a que no se había vulnerado el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional habida cuenta de que el acusado fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público y a que existió peligro cierto y concreto en la acción prohibida, pues indujo a otros a consumir (voto de los Dres. José severo Caballero y Carlos Santiago Fayt).

Posteriormente cuando el número de Jueces de la Corte Suprema vario de cinco a nueve miembros, se pronunció nuevamente sobre el particular, adoptando un criterio que se mantiene siempre hasta la fecha. En efecto, en el caso “E. A. M.” se dijo que la garantía de igualdad ante la ley importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios y excepciones que excluyan a unos de los que se conceden a otros en iguales condiciones.⁶⁵

En este caso en particular nuevamente se adoptó la postura que reprime la tenencia para consumo, por cuanto consideró que no era procedente el recurso que se había solicitado amparándose en el artículo 19 de la Constitución, considerando que se había violentado el mismo artículo cuando hace referencia a la afectación de daños a terceros, ya que dicho ilícito lo había realizado en un lugar público, poniendo en riesgo a terceros, presumiéndose que este podría inducir a otros al consumo.

En resumidas palabras se volvió a penalizar la tenencia para consumo personal legitimando el artículo 6 de la ley 20.771, hoy 14 de la Ley 23.737

3.4. Fallo Arriola

A. 891. XLIV – “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080” – CSJN – 25/08/2009

La Corte señaló: “el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que

⁶⁵*Idem.*

no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”
(voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco).⁶⁶

En el fallo de Arriola se tomo como referencia algunos de los fallos anteriores en los cuales la tenencia para consumo tuvo una serie de criterios, primeramente se declaró la Constitucionalidad del Art. 6 de la Ley 20.771, que fijo la penalización de la tenencia para consumo en el fallo Colavini, luego en el Fallo Bazterrica declara la Inconstitucionalidad del Art. 6 de la Ley 20.771, más adelante Montalvo comparte el criterio de Colavini que volvió a pronunciarse por la constitucionalidad del Art. 6 de la Ley 20.771.

Finalmente en Arriola el mas alto Tribunal de Justicia de la República Argentina concuerda con Bazterrica, en donde define que la penalización por tenencia para consumo personal debe ser invalidada, porque trasgrede la esfera de la libertad personal, protegida por el artículo 19 de la Constitución.

Asimismo en esta oportunidad tuvieron en cuenta los tratados internacionales en el artículo 75 inc. 22 que fueron incorporados en la Constitución en el año 1994.

Por tal motivo se declara Inconstitucional la incriminación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realicen sin que dichas acciones no ocasionen ningún peligro concreto o daños a derechos o bienes de terceros.

⁶⁶ Diario La Capital (2009), recuperado de:<http://www.defensorsantafe.gov.ar/articulos/noticias-de-interes/la-corte-suprema-desincrimina-el-consumo-personal-de-marihuana> el 02 diciembre 2011

CAPITULO III:

**PENALIZACION DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA
CONSUMO**

4. Inconstitucionalidad Criterio Propio

Consideramos que el artículo 14 párrafo segundo de ley 23.737, es inconstitucional por cuanto violenta el principio de reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución, también los Derechos Humanos y Tratados Internacionales.

En orden a esta aseveración, en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** el Art.12 consagra “*Nadie será objeto de injerencia arbitraria en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataque a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias*”⁶⁷

Marcamos énfasis en el primer párrafo de este artículo donde expresa: *Nadie será objeto de injerencia arbitraria en su vida privada*, notamos entonces que este también protege el ámbito privado de las personas, donde se encuentra involucrado las determinaciones personales al igual que en el artículo 19 de la Constitución, con la diferencia de que este tiene mayor prevalencia, así lo constatamos en lo establecido en el siguiente artículo:

Art. 75- *Corresponde al Congreso:22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder

⁶⁷Declaración universal de los Derechos Humanos , recuperado de:<http://www.cinu.mx/onu/documentos/declaracion-universal-de-los-d/> el 01 de diciembre 2011

Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. ⁶⁸

Notamos que en la parte inicial de este artículo menciona que *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.* Es decir que están sobre cualquier ley, en tal virtud debería ser considerado como tal.

Por otra parte debemos considerar los principios de legalidad en relación al Art. 1 de la constitución donde trata del sistema republicano.

Cruz define “*Él es el “principio de los principios”. Es el valor mayor que conforma todo ordenamiento jurídico en el cual el interés de muchos o de todos suplante siempre el interés de pocos o de uno: el Principio Republicano es un inestimable instrumento para la consecución de la Justicia, en su tríplice aspecto (conmutativo, distributivo y social)*”.⁶⁹

Partiendo de esta interpretación, donde constatamos que el Principio Republicano es *el “principio de los principios”,* en otras palabras esencia primordial del ámbito jurídico ya que de este parte la administración de las leyes, en consecuencia ninguna ley ni ninguna norma debe estar sobre este principio, por la representación que este tiene, que es la de regular aspectos conmutativos, distributivos y social. A nuestro parecer creemos que es una garantía a las personas.

Por otra parte Zaffaroni: (2002) expresa:

*“(…) política es la ciencia o el arte del gobierno, y uno de los poderes de todo gobierno republicano es el judicial. Nadie puede gobernar sin tener en cuenta de qué poder disponer para programar su ejercicio en forma racional.”*⁷⁰

Entendiéndose por gobierno republicano aquel que tiene como base el sistema judicial, sabiendo que para gobernar debe estar sujeto a estos principios fundamentales, entendiéndose entonces que dependerá de este para aplicar alguna sanción determinada o alguna administración en general y por ende tener una coherencia en cuanto a su

⁶⁸Constitución de la Nación Argentina (2005), recuperado de <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm> el 05 de diciembre 2011.

⁶⁹Cruz, M. P. (2009, enero-junio), Sobre el principio republicano, *Redalyc Vol. 6, Núm. 1.*, recuperado de: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129012572002> el 02 de diciembre 2011.

⁷⁰Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia, A. (2002), op. Cit. Pg. 86 , 112, 113,114,115

forma de regular, en otras palabras esta manera de administración debe ser de forma racional.

Zaffaroni (2002) menciona:

“La legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva (art. 19 define CN): Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1° CN).”⁷¹

Entendido que para que se pueda dar la legitimidad penal tiene que regirse a al principio republicano de gobierno mencionado en el Art 1 de la Constitución que tiene la función precautelar dos principios de legalidad y de reserva establecidos en los artículos 18 y 19, de esta misma Ley añadiéndole uno más artículo 75 inc. 22 donde menciona los Tratados Internacionales. Para determinar la racionalidad cuando se tenga que emitir una sanción, creemos entonces que son garantías constitucionales que el estado brinda a los individuos con el propósito de impartir una justicia verdadera.

Volviendo al tema penalización de la tenencia de Estupefacientes para consumo personal por parte del artículo 14 segundo párrafo, de la Ley 23.787 de Estupefacientes, creemos sin duda alguna que es inconstitucional por cuanto este violenta a los principios de reserva estipulados en el art 19 de la Constitución también transgrede al principio de legalidad que tiene como fundamentación el Art. 1 de la Carta Magna Argentina donde se constata el principio republicano y no solo conforme con eso viola los tratados Internacionales

⁷¹ *Idem.*

Análisis comparativo en cuanto a la penalización de la tenencia para consumo personal entre las legislaciones de Argentina y Ecuador.

En la legislación de Argentina se encuentra penalizada la tenencia para consumo personal lo que se encuentra tipificado en el Art. 14 segundo párrafo de la Ley 23.737 de Estupefacientes donde se expresa lo siguiente:

“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”.*⁷²

En el Ecuador no existe la penalización la tenencia para consumo personal, no lo establece la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas simplemente esta obviada esta situación ya que en la mencionada Ley de Sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas también en la Constitución se prohíben rotundamente la detención de los consumidores.

Es precisamente lo que surge de lo establecido del artículo 364 de la Constitución del Ecuador, que se transcribe a continuación:

Constitución Art. 364.- *“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.*

*En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.”*⁷³

Notamos que en este último párrafo se prohíbe la criminalización a la personas que consumen estupefacientes en otras palabras no se le impondrá pena alguna por el hecho de consumir alguna de las sustancias mencionadas en el artículo referido.

⁷²Ley 23.737. Estupefacientes (B.O 11/10/89) en: Código Penal (2011),op. Cit. Pg. 242

⁷³ Asamblea Nacional (2008). op. Cit. Pg. 167

Ecuador Ley de Sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas

Art. 30.-*“Prohibición de detención del usuario.- Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización.”⁷⁴*

Si una persona afectada por el uso de sustancias sujetas a fiscalización hubiere sido conducida a un centro de detención, el Director o funcionario responsable del mismo deberá enviarla, dentro de las seis horas siguientes a su ingreso, al instituto asistencial correspondiente, con notificación al Juez de la Niñez y Adolescencia, si se tratare de un menor de edad, o a la oficina más cercana de la Dirección de Migración, si se tratare de un extranjero.”

En este artículo se prohíbe de igual manera la detención de una persona que se encuentra bajo los efectos de alguna de estas sustancias.

En este caso se la llevara algún centro asistencial donde se le dará todas las atenciones necesarias.

En el siguiente artículo se descarta la posibilidad de punir la tenencia para consumo personal.

4.3. Ecuador Ley de Sustancias de Estupefacientes y Psicotrópicas Art. 63.-

“Calificación de la persona dependiente.- El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes de juicio, previo peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la

⁷⁴ Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas Ecuador (2008), recuperado de:<http://abogadosecuador.wordpress.com/2008/12/27/estupefacientes-y-psicotropicas-ecuador/> el 1 de diciembre 2011

*dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere.*⁷⁵

En este último se le hará un peritaje con la finalidad de determinar cuál es el nivel de tolerancia y cuanto sería la dosis indispensable para dicho consumo.

Esto se realiza con el propósito de determinar si la tenencia de estas sustancias estaba destinada para el consumo, caso contrario se presumiría que dicha posesión tenía otra finalidad como lo es el caso de comercialización, entonces sería un delito pasible de pena o sanción.

Constitución de Ecuador similitudes en cuanto a acciones privadas

Derechos de libertad

Art. 66(...)

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) integridad física, psíquica, moral y sexual

En este literal vemos que se el estado garantiza la integridad física, moral, sexual

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

El Estado hace de la facultad natural que toda persona tienda a ser como quiere ser, sin coacción, controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El objetivo es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por cada cual, de acuerdo con su temperamento y carácter propio, y cuyas únicas limitaciones provienen de los derechos de las demás personas y del orden público.

De aquí se deduce por tanto que la forma de vestir, el cuidado del cabello y la decisión de llevar un “piercing” (abertura en el cuerpo humano para colocar un pendiente), hace parte de la estética personal, y los gustos individuales de cada cual. y se concretan con la imagen que cada cual quiera exteriorizar de si mismo. Es así como todos tenemos el derecho a escoger diversos estilos de vida, con libre autonomía y con todo aquello con lo que uno se sienta más a gusto.

⁷⁵*Idem.*

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

Nadie podrá coartar el derecho a opinar de una forma libre, cual quiera que sea su medio ya sea escrito oral o televisivo etc.

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.

El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia.

Esto quiere decir en cuanto a la elección de alguna religión o creencias lo podrá hacer de una forma libre como también podrá profesar en público o privado, tomándose en cuenta el respeto a los derechos de las demás personas.

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

No habrá discriminación en cuanto a la elección sexual, pudiendo entenderse que no habrá segregación en cuanto se refiera al lesbianismo o homosexualidad cualquiera que sea su inclinación sexual.

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.⁷⁶

La libertad de asociación consiste en la facultad de las personas para constituir agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos. Por su parte, el Estado, está en la obligación de reconocer la personería jurídica de estas asociaciones y garantizar su funcionamiento de manera autónoma sin injerencia de ninguna naturaleza.

⁷⁶Idem. Pg. 47

4.5. Constitución del Ecuador en relación al consumo

Constitución Art. 364.- *“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.*

En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.”⁷⁷

Del último párrafo del artículo transcrito surge que se prohíbe la criminalización en otras palabras no se le impondrá alguna pena por el hecho de consumir alguna de las sustancias mencionadas en el mismo artículo.

⁷⁷ *Idem.* Pg. 167

CONCLUSIONES

El consumo de estupefacientes, constituye sin dudas uno de los problemas mas álgidos que enfrenta la sociedad actual y que ha generado diferente regulación en orden al criterio de su tipificación como delito.

En orden a esta cuestión, las Legislaciones de la Republica Argentina y la del Ecuador han seguido criterios diferentes, es lo que se puede concluir del análisis realizado en el presente trabajo.

Asimismo, en la Republica Argentina la interpretación que la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia le ha dado al uso de estupefacientes para consumo personal ha sido dispar en orden al sentido y alcance que en esa legislación ha tenido el Principio de Reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

Tal como se desprende del análisis realizado en la Legislación Ecuatoriana la tenencia de drogas para consumo personal no se halla tipificado como delito, se considera al consumidor un enfermo que requiere asistencia.

En la Legislación Argentina en cambio el art. 14 de la Ley N° 23737 que regula la Tenencia, Suministro y Tráfico de Estupefacientes la tipifica como delito.

La interpretación que el más alto Tribunal de la Republica Argentina ha sido dispar y ha variado en orden a relacionar el consumo de drogas con el derecho a la intimidad.

En el caso Bazterrica que ha sido referido la Suprema Corte de Justicia de la Republica Argentina declaro la inconstitucionalidad de la disposición que incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal, en razón de que dicha figura no establece un nexo razonable entre dicha conducta y el daño que se presume implican: de esa manera se hace caso omiso a la protección a la intimidad consagrada por la Carta Magna de ese país en el Art. 19.

En el referido fallo, el voto de la mayoría de los jueces sostuvo que el criterio de la Ley implica castigar actos generadores de perjuicios potenciales y peligros abstractos y no daños concretos a la comunidad o a terceros.

La mayoría asimismo argumentó en su voto: *“El estado no debe imponer ideales de vida a los individuos; si el estado puede penar cualquier conducta que afecte la moral individual, estaría imponiendo una moral determinada lo cual colocaría al borde del totalitarismo”*.

La minoría por su parte, entendió que

“La figura en cuestión protege no solo la salud pública sino valores morales de la familia, de la sociedad, de la Nación y hasta la humanidad toda. No se sanciona al poseedor por su adicción, sino el peligro potencial que ha creado la mera tenencia del estupefaciente. Es el legislador el competente para determinar cuando una acción privada puede afectar la moral pública”.

Por su parte el Procurador General en el mismo fallo sostuvo que en toda tenencia esta implícita la posibilidad de la extensión del hábito por vía de la imitación o del ejemplo.

Cabe preguntarse coincidiendo con Quiroga Lavie⁷⁷ ¿La drogadicción no interfiere con la moral colectiva?

Es la cuestión central, se puede coincidir o no. La respuesta a la misma nos lleva a preguntarnos también si la penalidad del consumo de drogas resuelve el problema, colabora en su prevención o en su defecto lo alienta.

No caben dudas, que la cuestión es grave y es de difícil solución y que asimismo no tiene fronteras ni países.

Siguiendo a Bidart Campos⁷⁸ en su comentario al Fallo Barterrica, es posible distinguir tres cosas:

- a) Que existan otros modos de luchar contra la droga (cuestión política)
- b) Que el medio usado (prohibir la simple tenencia para uso personal) sea o no idónea para el fin buscado y
- c) Que dicha incriminación afecte o no la intimidad, cuando también se incrimine la tenencia de cantidades mínimas para uso personal.

➤ En la legislación Argentina, Por un lado a los consumidores, se los ha visto como una lacra de la sociedad causante de todos los males como la delincuencia, vandalismos, etc. Por otra parte al consumidor se lo ve como un individuo que toma decisiones de una forma libre con respecto a su autodeterminación.

En la legislación Ecuatoriana al consumidor se lo ve como un enfermo que requiere ayuda.

➤ En la legislación Argentina se encuentra penalizado la tenencia de estupefacientes para consumo personal, tipificado en el artículo 14 segundo párrafo de la Ley 23.737.

⁷⁷ Quiroga Lavie, H. (1995) *Los Derechos Humanos y su Defensa ante la Justicia*, Temis, Santa Fe de Bogota, Pag.55

⁷⁸ Citado por Quiroga Lavie H. *op. Cit.* , Nota 77, Pag. 54

En la legislación de Ecuador no se encuentra penalizada la tenencia para consumo personal, ya que al consumidor se lo ve como un enfermo que necesita ayuda para su problema, de esta forma el estado interviene brindándole todas las garantías necesarias.

No caben dudas, que la cuestión abre muchos interrogantes que la Legislación no ha resuelto y que nos involucra a todos.

Efectivamente, esta cuestión como tantas otras exige el compromiso de todos los sectores sociales, que nadie se excluya, políticos, legisladores, educadores, estudiantes, todos sin distinción de razas ni de países de credo ni de religión debemos sentirnos parte para encontrar cuales son las acciones mas adecuadas y convenientes en la lucha contra este grave flagelo que se extiende y que azota a la sociedad en que vivimos.

Estamos convencidos que de la suma de voluntades en pos de un objetivo serán posibles las mejores soluciones que nos permitirán a todos el disfrute de los derechos que todos tenemos en igualdad de condiciones, sin exclusiones.

6. BIBLIOGRAFIA

- Código Penal (2011), compilado por Zamora F., Argentina, Editorial Víctor P. de Zavalía.
- Ley 23.737. Estupefacientes (B.O 11/10/89) en: Código Penal (2011), compilado por Zamora F., Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía..
- Bacigalupo E. (1996), *Manual de Derecho Penal*, Santa fe, Temis S. A.
- Carrara, F., Ortega, J., (1977), *Derecho Criminal Parte General*, Bogotá, Temis
- Claus, R., Luzón, D. M., Díaz, M, Conlledo, G., Remesal, J. (1997), *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, S. A.
- Cornejo, A. (2003), *Estupefacientes*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni.
- Creus, C.,(1996), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Astrea.
- Hassemer, W., (1990), *Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- Manzini, V., Sentís, S., *Derecho Penal Primera parte*, Buenos Aires, Ediar.
- Mir, P., S., (1996), *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Código Penal.
- Nuñez, R. C.,(1965) *Derecho Penal Argentino Parte General*, Buenos Aires, Omeba.

- Ragués, Vallés, R.,(1999) *El Dolo y su prueba en el Proceso Penal*, Barcelona, José María Bosch Editor.
- Sancinetti, M., A., (1991) *Teoría del Delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi.
- Soler, S., Fierro G. J., (1992), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA,.
- Tozzini, C., (1995), *Los delitos de hurto y Robo*, Buenos Aires Depalma.
- Welzel, H., Ramírez, J., B., Pérez S., (1987) *Derecho Penal Alemán Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia, A. (2005), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires Ediar.
- Zaffaroni, R., Slokar, A., Alagia A. (2002), *Derecho Penal Parte General*, Argentina, Ediar.
- Zaffaroni, R., (1981), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires. Ediar.

LINKOGRAFÍAS

- Araújo, A. (2 de marzo del 2008). De: Derecho Penal [Derecho Penal de Acto – Derecho Penal De Autor] recuperado de: <http://arancoaraujo-derechopenal.blogspot.com/2008/03/derecho-penal-de-acto-derecho-penal-de.html> el 19 de noviembre del 2011

- Asamblea Nacional (2008), *Constitución del Ecuador*, recuperado de: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf> el 01 de diciembre 2011.
- Bustos, J., *Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático*, recuperado de: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/Bustos08.htm> el 13 noviembre 2011
- Código Penal Ecuador recuperado de: <http://www.miliarium.com/Paginas/Leyes/Internacional/Ecuador/General/cp.pdf> el 01 de diciembre 2011.
- Cruz, M. P. (2009, enero-junio), Sobre el principio republicano, *Redalyc Vol. 6, Núm. 1.*, recuperado de: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129012572002> el 02 de diciembre 2011.
- Diario La Capital (2009), recuperado de: <http://www.defensorsantafe.gov.ar/articulos/noticias-de-interes/la-corte-suprema-desincrimina-el-consumo-personal-de-marihuana> el 02 diciembre 2011
- Declaración universal de los Derechos Humanos , recuperado de: <http://www.cinu.mx/onu/documentos/declaracion-universal-de-los-d/> el 01 de diciembre 2011
- ¹Constitución de la Nación Argentina(2005), recuperado de: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm> el 05 de diciembre 2011.
- Editorial Estudios (2008), recuperado de: <http://www.todoiure.com.ar/jurisprudencia/montalvo.htm> el 02 de diciembre 2011 revisar
- Falcone, R., (2008), *La tenencia de estupefacientes en el Derecho Penal Argentino*, recuperado de: <http://procesalpenal.wordpress.com/2008/06/09/la-tenencia-de-estupefacientes-en-el-derecho-penal-argentino-roberto-a-falcone/> el 15 noviembre de 2011

- Hocsman, H., *Adulteración De Alimentos - Delitos Contra La Salud Pública*, recuperado de : http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitos_salud_publica.htm el 17 noviembre de 2011

- Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas Ecuador (2008), recuperado de:<http://abogadoecuador.wordpress.com/2008/12/27/estupefacientes-y-psicotropicas-ecuador/> el 1 de diciembre 2011

- Torres, A., *Sentencia de Cámara Nacional de Casación Penal, 20 de Junio de 2000 (caso Recurso de Cámara de Casación Penal nº 317.00.3 del 20 de Junio de 2000.)*, recuperado de: <http://ar.vlex.com/vid/recurso-camara-casacion-penal-n-00-3-20-35240182> el 10 de noviembre de 2011

- Tráfico de Estupefacientes y Modalidades - Análisis De La Ley 23.737. recuperado de : <http://www.consejosdederecho.com.ar/129.htm> el 13 de diciembre de 2011

- Universidad de Murcia (2006) *Derecho Penal I Capítulo 14. Clases de tipos penales*. Recuperado de : <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-14-Clases-tipos-penales.html> el 08 noviembre de 2011