

Tenencia de estupefacientes para consumo personal: Análisis jurisprudencial, político y legal

Marcos Gabriel Jabbaз¹

Resumen: En la presente obra, se explica el régimen legal y tipo penal de la "tenencia de estupefacientes para consumo personal". Luego, se incluye un análisis histórico jurisprudencial de la C.S.J.N. y, para finalizar, procede una reflexión sobre el consumidor.

Palabras clave: estupefacientes – tenencia - jurisprudencia

Dedicatorias

*A la memoria de mi amado padre, Néstor,
por ser mi ejemplo a seguir y criarme con los mejores*

¹ Estudiante de Abogacía en la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.). Ayudante alumno en la materia Elementos del derecho penal y procesal penal, cátedra Beloff-Zalazar, comisión 7712 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.). Autor de diversos artículos jurídicos. Asistente en múltiples seminarios de Derecho. Correo electrónico: jabbazmarcos2002@gmail.com

valores. Tu último deseo fue que estudie, y así ocurrió.

*A mi madre, **Mabel**, la mejor que me pudo tocar y quien da todo por mí día a día. Te elegiría infinitas veces más.*

*A la memoria de mis abuelos, **Esther y Eduardo**, quienes me ayudaron desde que nací facilitándome la vida y el estudio. Siempre los recuerdo con inmenso amor.*

*A **Alejandro**, mi segundo padre, por ser mi sostén. Sin vos, nada de esto sería posible.*

*A mis **amigos**, los de toda la vida y los que conocí en la Facultad. Gracias por apoyarme en todos mis proyectos. Son parte fundamental de mi trayectoria.*

Marcos Gabriel Jabbaз

Palabras previas

Con mucho interés por el régimen penal de estupefacientes, decidí escribir la presente obra, en la cual pretendo mostrar cómo evolucionó a lo largo del tiempo, en Argentina, la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El análisis se hará a partir de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contextos políticos y legislaciones vigentes al momento de cada fallo.

El trabajo está dirigido tanto a estudiantes como a profesionales del Derecho que deseen obtener las bases de este delito y, por supuesto, conocer mi posición doctrinaria.

Al final, daré mi punto de vista respecto de la relación que tiene el consumidor con el ordenamiento legal de drogas y cómo ello se ve reflejado tanto en el proceso penal como en cuestiones penitenciarias y de seguridad.

Deseo que, cada persona que lea el texto saque también sus propias conclusiones y se

lleve interés en seguir profundizando la temática.

Régimen Legal

No se podría comenzar la lectura sin tener en claro a qué nos referimos con “estupefacientes”. El Código Penal, en su artículo 77, modificado por el art. 40 de la Ley 23.737 menciona:

“El término ‘estupefacientes’ comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”.

Como vemos, no hay una definición taxativa de “estupefacientes” en el Código. En su lugar, el P.E.N.², mediante decreto, realiza un listado con los grupos químicos que conforman a los estupefacientes. El último realizado, fue el Decreto 560/2019.

Lo cierto es que muy rápidamente surgen nuevas variantes químicas ya que los narcotraficantes deben usar su ingenio para no ser detectados al movilizar las drogas. Además, buscan crear nuevos químicos que no estén comprendidos en los decretos para que, de esta forma, no sean considerados como “estupefacientes”.

Ya teniendo la noción de “estupefaciente”, es clave comentar al artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. De allí, surgieron -y siguen existiendo al día de hoy- los grandes debates jurisprudenciales y doctrinarios.

La Carta Magna dice:

“Artículo 19- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de

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

El texto indica que no se juzgará a quienes no afecten a terceros. Pero, en el caso del consumo de estupefacientes: ¿el consumidor afecta a alguien consumiendo en su casa? ¿Si lo hace en una plaza donde hay niños? ¿En un establecimiento bailable? En torno a este artículo se genera la gran discusión donde todos tenemos posiciones diferentes.

En el año 1974, entró en vigencia la Ley 20.771 -actualmente derogada- que apuntaba al prohibicionismo americano de la “guerra contra las drogas” y, en su artículo 6º, decía lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º- Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$100) a cinco mil pesos (\$5.000) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.”.

Como se lee, esta norma sancionaba sin importar si la tenencia era o no para consumo personal. Gran parte de los fallos que se mencionarán, se realizaron con esta Ley³ en vigencia.

A partir del año 1989, la ley recientemente explicada quedó derogada y se dio lugar a la nueva Ley 23.737; la cual rige actualmente.

Dicha Ley de Drogas⁴, refiere en su artículo 14 a la tenencia incierta⁵ y a la tenencia para consumo personal⁶:

³ Ley N° 20.771.

⁴ Ley N° 23.737.

⁵ Primer párrafo.

⁶ Segundo párrafo.

² Poder Ejecutivo nacional.

“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 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”.

Ahora sí, la actual legislación diferencia la tenencia simple del consumo propio, dando para este último caso una pena mucho menor que el supuesto de tenencia simple.

De todas formas, hay un problema muy importante respecto a las palabras de la vigente Ley⁷. El hecho de que diga “por su escasa cantidad y demás circunstancias”, hace que la interpretación del artículo sea regida por la sana crítica de los jueces. A mi parecer, lo correcto sería que dicha legislación diera cantidades y circunstancias exactas.

Es de suma importancia aclarar que la mencionada Ley 23.737, busca proteger a la salud pública, como bien jurídico. Por lo tanto, hay que saber que “el término “salud pública” es una expresión que atañe a las personas que componen un grupo social tanto a nivel colectivo como a nivel individual. Por lo tanto, el bien jurídico protegido en este caso, es tanto la salud individual como la salud colectiva”⁸.

Con esta norma, queda resuelta la duda que suele haber en la sociedad: “¿La tenencia para consumo personal está permitida?” No, como se mostró, está prohibida y penada. Además, quiero dejar en claro, que lo ilegal es “tener”, no “consumir”. Pero,

⁷ Ley N° 23.737.

⁸ Asturias, Miguel Ángel; ESTUPEFACIENTES, Capítulo II Bien jurídico protegido: la salud pública, página 65; Hammurabi; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

¿Qué entendemos como tenencia? Para responder a esta pregunta se debe recurrir al derecho civil. El C.C.Y.C.N.⁹ expresa:

“Art. 1910 – Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.”.

Si bien el Código¹⁰ refiere principalmente a las relaciones reales; lo que acá importa es “ejercer poder de hecho sobre una cosa” que, en este caso, es el estupefaciente.

El tipo penal

No busco extenderme en este tema porque creo que un artículo no lo amerita, como quizá sí lo haga un libro. Igualmente, deseo hacer un muy breve análisis sobre las cuestiones básicas referentes al tipo penal para que el lector tenga una idea del análisis de esta.

El **sujeto activo** es el consumidor, quien está cometiendo el delito. Como **sujeto pasivo** encontramos a la sociedad en su conjunto que se ve afectada por el consumidor.

La acción típica es **tener**, como mostré en el apartado anterior respecto a las palabras del Código Civil y Comercial de la Nación.

El **objeto del delito** surge del mencionado dictado del Poder Ejecutivo nacional que refiere a los químicos considerados estupefacientes.

Como **aspecto subjetivo**, la persona debe saber que se encuentra en tenencia de los estupefacientes.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994.

¹⁰ *Idem.*

En estos casos no existe la **tentativa**, ya que se trata de un delito permanente y la **consumación** se da con la disponibilidad de los estupefacientes.

Jurisprudencia de la Corte

Habiendo esclarecido las cuestiones anteriores, es momento de analizar los principales fallos de nuestro Máximo tribunal. Como expondré los fallos en orden cronológico, primero estarán los referidos a la Ley 20.771 y, luego, los correspondientes a la Ley 23.737.

a. Caso Colavini¹¹

El señor Colavini fue detenido por la policía en una plaza y la misma le secuestró dos cigarrillos de cannabis que tenía en los bolsillos.

Este fallo, del año 1978 y juzgado con la actualmente derogada Ley 20.771, ocurrió en el contexto dictatorial de Argentina, con tinte conservador. Por tal motivo, considero que la Corte usó una visión siguiendo la línea ideológica del gobierno. Confirmó la sentencia de la instancia anterior condenando al imputado a dos años de prisión, más multa.

b. Casos Bazterrica¹² y Capalbo¹³

Estos fallos son del mismo día, 29/08/1986. Tal como la fecha lo indica, se juzgaron con la vieja Ley¹³.

Con la democracia recientemente recuperada, se buscaba una justicia garantista y maximizar los derechos. Así es

entonces que falló la Corte a favor del consumidor.

Resolvió por mayoría que la tenencia de estupefacientes, castigada por el art. 6° de la Ley 20.771 es una conducta privada que no ofende el orden ni la moral públicos ni perjudica a un tercero, por lo que, con arreglo al art. 19 de la Constitución Nacional, no es punible¹⁴.

c. Caso Montalvo¹⁵

Este antecedente es del año 1990 -si bien ya existía la Ley 23.737, al caso corresponde la Ley 20.771- y, para contextualizar la situación política del país; cabe destacar que Argentina había firmado recientemente el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas. Frente a esto, la Corte volvió a tomar la postura del ya mencionado “Caso Colavini”; condenando así al consumidor y considerando que, si este existe, entonces hay narcotráfico.

d. Caso Arriola¹⁶

Esta es la última postura que tuvo la Corte sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Si bien Arriola era el vendedor de drogas -mucho gente desconoce dicho rol- lo que en este fallo importa es la forma de juzgar a quien consume.

¹¹ C.S.J.N., 28/03/1978, “Colavini, Ariel Omar s/inf. Ley 20.771”.

¹² C.S.J.N., 29/08/1986, “Bazterrica s/Tenencia de estupefacientes”.

¹³ C.S.J.N., 29/08/1986, “Capalbo, Alejandro Carlos s/Tenencia de estupefacientes”.

¹⁴ Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl directores; De Langhe, Marcela y Terragni, Marco Antonio coordinadores del tomo 14A, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial; aporte de Goti, Jaime Malamud, ¿Qué pasaría si los magistrados no se tomasen en serio el art. 19 de la Constitución? Crítica al pensamiento del profesor Núñez; página 65; 1ª edición; Hammurabi; Buenos Aires, 2014.

¹⁵ C.S.J.N., 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto Alfredo psa. Inf. Ley 20.771”.

¹⁶ C.S.J.N., 25/08/2009, “Arriola, Sebastián y otros s/Recurso de hecho causa n°9080”.

Al tratarse del año 2009, se trabajó con la Ley 23.737.

La C.S.J.N.¹⁷ decidió que no se debe castigar al consumidor si no afecta a terceros; interpretando de esta manera, al artículo 19 de la Constitución Nacional a favor del consumidor.

Si bien en esta obra nuestro solo antecedentes de nuestro Máximo Tribunal, hacía algunos años -antes del “caso Arriola- que las instancias inferiores expresaban interpretaciones similares a esta y, finalmente, la Corte marcó dicha posición jurisprudencial.

Reflexión sobre el consumidor

Después de atravesar este recorrido de páginas, es momento de mostrar mi opinión sobre la cuestión.

La temática del consumo de estupefacientes no solo se debe abordar desde el derecho penal. Si bien este proyecto es jurídico, creo acertado señalar que otras disciplinas -como la medicina y la sociología- deben trabajar también sobre este tema.

Tal como lo consideró la Corte en el año 2009, comprendo que se debe entender al artículo 19 de la Constitución en favor del respeto por la privacidad del consumidor.

En cuanto a la afectación a terceros, lo cierto es que la Ley¹⁸ “castiga la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en la simple alusión a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad”¹⁹.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹⁸ Ley N° 23.737.

¹⁹ C.S.J.N., 29/08/1986, “Bazterrica s/Tenencia de estupefacientes”, voto del Dr. Enrique S. Petracchi.

Es errónea la idea de tratar al consumidor como un delincuente y, aunque la mayoría de las causas se cierran sin condena, el transcurso del proceso penal es realmente catastrófico para el mismo. Además, la misma policía se encuentra en una situación confusa al entender que su labor es aprehender al sujeto sabiendo que, muy probablemente, no será condenado. Penalizando al consumidor, el sistema penitenciario colapsa en vano y las fuerzas de seguridad pierden tiempo que debería ser útil.

Si realmente se lucha por la búsqueda de justicia, hay que modificar la legislación de drogas -que quedó atrás en el tiempo- para progresar y vivir en una sociedad más libre y justa.

Bibliografía

- Decreto 560/2019 del Poder Ejecutivo nacional.
- Ley N° 20.771.
- Ley de Estupefacientes N° 23.737.
- Asturias, Miguel Ángel; ESTUPEFACIENTES, Capítulo II Bien jurídico protegido: la salud pública, página 65; Hammurabi; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994.
- C.S.J.N., 28/03/1978, “Colavini, Ariel Omar s/inf. Ley 20.771”.
- C.S.J.N., 29/08/1986, “Bazterrica s/Tenencia de estupefacientes”.
- C.S.J.N., 29/08/1986, “Capalbo, Alejandro Carlos s/Tenencia de estupefacientes”.
- Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl directores; De Langhe, Marcela y Terragni, Marco Antonio coordinadores del tomo 14A, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y

jurisprudencial; aporte de Goti, Jaime Malamud, ¿Qué pasaría si los magistrados no se tomaran en serio el art. 19 de la Constitución? Crítica al pensamiento del profesor Núñez; página 65; 1ª edición; Hammurabi; Buenos Aires, 2014.

– C.S.J.N., 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto Alfredo psa. Inf. Ley 20.771”.

– C.S.J.N., 25/08/2009, “Arriola, Sebastián y otros s/Recurso de hecho causa n° 9080”.