Elementos de Derecho Penal III

UNIDAD II

Escuela de Policía
INSTITUTO DE SEGURIDAD PÚBLICA
Provincia de Santa Fe

Libro: **"Estupefacientes"**

de: Abel CORNEJO

Cuarta edición ampliada y actualizada
Rubinzal-Culzoni Editores
(2018)

CAPÍTULO 10

TENENCIA Y CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES Y DE HOJAS DE COCA

SUMARIO: *Artículos 14 y 15 de la ley 23.737.* 1. Concepto de tenencia. 2. Tenencia para el consumo: opiniones en pro y en contra de la despenalización del consumo. La jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. 3. Nueva jurisprudencia, el caso "Arriola": ¿nuevas tendencias? 4. Uso medicinal de la planta de cannabis. 5. El problema de las hojas de coca: contradicciones normativas actuales en la materia. 6. Evolución en la legislación sanitaria nacional. 7. Hojas de coca y error de prohibición. 8. Jurisprudencia. a) Tenencia de estupefacientes (art. 14, primera y segunda partes). b) Tenencia de hojas de coca.

> ***Art. 14 de la ley 23.737* – Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de $ 11,25 a $ 225 (multa según ley 23.975) 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.**
>
> ***Art. 15 de la ley 23.737* – La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes.**

1. Concepto de tenencia

Ninguno de los tipos penales descriptos por la ley 23.737 trajo aparejadas tantas discusiones como la tenencia de estupefacientes. Probablemente porque en ese tipo reside el mayor debate sobre qué hacer

en materia de legalización o prohibición del consumo de droga, como también si es una figura residual de los otros injustos de tráfico, o si en cambio es el primer eslabón de la cadena a partir del cual debe analizarse si las conductas resultan más o menos graves.

La penalización o despenalización de la tenencia de drogas es un debate que cada vez, con mayor énfasis, se instaló no sólo en el ámbito de la doctrina jurídica, sino en las políticas sanitarias de los distintos Estados. El expresidente uruguayo Jorge Batlle fue el primer mandatario sudamericano que planteó sin ambages la cuestión, postulando la despenalización del consumo. Ello es una muestra de los tiempos que se avecinan en la materia y el eje por donde girará la discusión. También delimita los rumbos a tomarse en pro o en contra. Sin embargo, cuando espasmódicamente se instala el tema en la escena nacional, las posturas no sólo se radicalizan, sino que tampoco se aborda la cuestión en forma integral, y multidisciplinaria, porque no es solamente un problema legal la penalización o despenalización de la droga. En el primer caso, el sistema carcelario argentino ha colapsado, no sólo por la falta de espacio, sino por lo vetusto y la falta de aplicación de penas alternativas, pues la prisión, por sí misma, nada resuelve. En la segunda hipótesis, tampoco se han elaborado programas educativos acordes a la toma de conciencia de lo nocivo del consumo, ni existe una red pública de tratamiento a los dependientes de la droga. Por el contrario, la reiterada receta es siempre la misma: penas draconianas, o el reconocimiento de la impotencia, como es la desfederalización de la droga, a fin de que las provincias se ocupen del denominado "microtráfico", que representa el fracaso de la política criminal.

Gustavo A. Beade[1] sostiene que el argumento corriente utilizado para justificar la criminalización del uso de drogas es el de la protección de la salud de quien las utiliza. En general, el argumento paternalista se desarrolla sobre la consideración de que el uso de drogas produce daños irreversibles en la salud de quienes la consumen, siendo ésta una razón para evitar este tipo de lesiones autoinfligidas. Por otra

[1] *La tenencia y el uso recreativo de drogas: acerca del interés público y los actos privados*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, Año II, Nº 7, agosto (2012), p. 39.

parte, otra variante del argumento se encuentra en la posibilidad de que quienes consuman drogas por un tiempo prolongado pierdan su voluntad y se vuelvan adictos irrecuperables. El paternalismo, básicamente, tiende a considerar la importancia individual de los miembros de una comunidad tratando de brindarle a cada uno la posibilidad de ser protegidos –en distintas intensidades– proporcionándoles ayuda para cuidar de ellos como si fuesen padres responsables. Así como los cuidados que brindan los padres son variados, los cuidados que pueden brindarse dentro de una comunidad también lo son; de allí se deriva la distinción entre paternalismo duro y paternalismo blando. Según una corriente –acota– del paternalismo duro, la criminalización de las conductas nocivas, como el consumo de drogas, constituiría la disuasión necesaria para que los individuos que tengan curiosidad en probar drogas o bien lo hagan moderadamente, o bien se abstengan completamente de hacerlo. Mientras que el paternalismo blando trata de armonizar las normas legales con el respeto a la autonomía individual de los ciudadanos. Las personas son respetadas en su voluntad de consumir drogas o de experimentar con ellas, siendo el objetivo de las normas brindar la información necesaria para que el individuo que quiera pueda actuar conociendo las consecuencias de sus acciones. Ningún individuo es obligado a hacer lo que voluntariamente ha elegido no hacer. Algunos autores –concluye– consideran que, más allá de estas dos posiciones basadas en determinados principios morales, se encuentra una tercera categoría que propicia la criminalización del uso de drogas con la finalidad de proteger a otros individuos que no consumen droga y al resto de la comunidad contra las consecuencias nocivas que se generan por quienes sí consumen drogas. Por último, postula que el uso recreativo de drogas forma parte de la autonomía personal, así como también otras cuestiones que conforman nuestros planes de vida. Es por esto que la utilización de drogas es un asunto íntimo que bien puede llevarse a cabo en un lugar privado o en un lugar público. La cuestión de la privacidad o publicidad del lugar –afirma– es irrelevante si se interpreta al artículo 19 de la Constitución Nacional sólo considerando el principio de autonomía y prescindiendo del concepto de daño, vinculado con estas conductas en concreto. Si esta interpretación es correcta –añade– la tenencia de estupefaciente

para consumo personal es inconstitucional. En este sentido, la diferencia con la posición liberal se centra en que la ostentación o no de la droga no hace una diferencia sustancial ni hace ingresar el daño como elemento limitante de la conducta. Por lo demás, la conducta es privada porque por el momento –dice el autor– no se encontraron razones plausibles, en una discusión democrática, para tornar a estas conductas públicas.

Ahora bien, básicamente, quien posee consigo droga, tiene estupefacientes según la descripción típica del artículo 14 de la ley 23.737. Cabe recordar que *tenencia* es la ocupación y posesión actual y corporal de una cosa, derivando dicho sustantivo del verbo "tener", cuya semántica refiere a la situación de asir o mantener asida una cosa, mantener o sostener, contener o comprender en sí, significando también, en otra acepción, guardar.

Recurriendo al Derecho Civil, para una mejor comprensión del término, el artículo 1909 del Código Civil y Comercial prescribe que habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. En la nota a dicho artículo, Vélez Sársfield, 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.

Ahora bien, uno de los puntos centrales en torno a la tipificación de la tenencia simple como delito reside en la controversia existente sobre si la tenencia de marras es el tipo básico a partir del cual debe partirse para analizar las otras conductas más o menos gravosas del tráfico ilícito o si, en cambio, es una figura de aplicación residual.

En este sentido, resulta oportuno recordar, antes de ingresar en el análisis concreto de la cuestión, que el tipo penal de los delitos dolosos contiene –en rigor– una acción dirigida por el autor a la producción del resultado[2]. Es decir que tiene que haber una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho, por cuanto lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor.

En abono de que la tenencia simple es el punto de partida de la

[2] BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 163.

imputación penal en materia de tráfico ilícito, se sostuvo que la figura prevista y reprimida en el artículo 14, primer párrafo, no es de aplicación residual. Tal tenencia constituye el núcleo de la ley 23.737 y, a partir de ella, se edifica la mayoría de las figuras que contiene[3].

Dentro de ese criterio, se dijo también que acreditada la figura básica se debe demostrar, mediante otros extremos, que corresponde la aplicación de la figura agravada, pero ésta es la excepción y debe ser probada[4].

Ocurre, empero, que no obstante lo plausible y atractivo de esta postura, tal exégesis no se compadece, ni con la organización sistemática, ni con el ánimo del legislador, quien evidentemente ubicó la tenencia simple como un delito residual, y previamente describe todos los otros delitos de tráfico que a su entender constituyen la médula de dicha actividad ilícita. De lo contrario, se hubiese comenzado por describir típicamente la tenencia como figura básica, y posteriormente, se hubieran agravado o atenuado las conductas, como sucede, verbigracia, en el ordenamiento penal español[5], actualmente vigente.

Pero además, la tenencia como núcleo de los tipos penales del tráfico ilícito no resulta compatible tampoco con la concepción que tuvo en miras el legislador al sancionar penalmente dichos injustos. Si se recurre a las distintas posturas que postula la dogmática podrá comprobarse esta aserción.

Así, verbigracia, para Welzel[6], dado que la finalidad de la acción

[3] T. O. Fed. Nº 2 de la Capital Federal, voto del Dr. Miguel Guillermo Pons, en la causa "P. G., C. E.", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 1, Nº 0, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, ps. 88 y ss.

[4] En oportunidad de emitir opinión en *Los delitos del tráfico de estupefacientes* cit., p. 183, se sostuvo –acorde con este criterio– que se debió haber distinguido, a partir de la tenencia o posesión como figura básica, distintos grados, a fin de que tanto los tribunales como el efectivo derecho de defensa tengan un margen para evaluar la gravedad de los procederes de quienes están involucrados en acciones de tráfico ilícito, habida cuenta de la envergadura de las penas mínimas de dichos delitos. Sin embargo, el sistema de la ley no permite partir de esta hipótesis, lo que implicaría, lamentablemente, forzar el texto sobre algo que no surge de ningún modo.

[5] Ver al respecto BERISTAIN, *La droga...* cit., ps. 40 y ss. Allí el destacado autor español distingue con lucidez los distintos grados de tenencia, pero como puede comprobarse, ése no fue el propósito que tuvo en miras el legislador argentino.

[6] *Derecho Penal alemán* cit., p. 54.

se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final.

Por consiguiente, la mera tenencia –como núcleo central del reproche– no se concibe desde la mirada del finalismo, y conforme a su ubicación en el texto legal. Quien trafica droga lo hace con una intención concreta, no con el mero hecho de poseer el tóxico per se, salvo que fuese para su propio consumo.

A su vez, si se analiza la cuestión desde un ángulo causalista, Mezger[7] dice que toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y, por ello, necesariamente es una conducta dirigida a un fin, a una meta. Como puede observarse, si la conducta está dirigida a una meta, las acciones de tráfico nunca pueden ser estáticas, porque la mera tenencia, que parecería traer aparejado un reproche menor, en realidad sería un umbral de peligrosidad inaceptable.

Ése fue el espíritu del legislador al no castigar el mero hecho de tener, como tema central del reproche, sino reprimir conductas más graves. Porque, además, si se vislumbra un haz de garantismo en partir de la mera tenencia es un grave error, pues por ese camino, mínimas cantidades de droga serán suficientes para justificar el reproche. El espíritu del legislador reposa en la convicción de que el tráfico ilícito es una actividad criminal organizada en pos de llevar droga desde los centros de producción hacia los sitios donde será consumida. Eso es lógico que así sea, debido a que quien en forma abyecta medra con la salud pública, no repara en la minucia sino en la cantidad.

Por último, para quienes siguen la teoría de la imputación objetiva, la cuestión fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. Sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico.

[7] *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general* cit., p. 87.

Por consiguiente, el juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos: como presupuesto, la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado; a su vez el resultado –segundo elemento– debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción[8]. Los conceptos anteriores demuestran que –según el sistema de la ley 23.737– la tenencia simple no puede ser el núcleo central del reproche penal en la materia, ya que bajo ninguno de los tres criterios principales de la dogmática se sostiene tal aserto.

2. Tenencia para el consumo: opiniones en pro y en contra de la despenalización del consumo. La jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia

En la cuestión de la tenencia para el consumo de droga, el legislador siguió un camino determinado, entendiendo que mediante el reproche penal se podía prevenir o disuadir a los consumidores o experimentadores. En todo caso, y a quince años de la sanción de la ley 23.737, lo que puede colegirse es que, una vez más, la antigua confusión entre delito y víctima quedó plasmada en un texto legal. Los resultados a la vista no pueden ser más desalentadores.

¿Por qué semejante aserción?: en virtud de que quien consume necesite una medida de seguridad curativa que lo aleje de la dependencia de la droga, debido a que poblar las cárceles –aunque sea por tiempos efímeros– de consumidores y adictos, evidentemente, envilece la razón de ser y el sustento del sistema penal. Siguen siendo –mientras tanto– una asignatura pendiente los centros públicos de rehabilitación de la drogodependencia y una política de educación para la salud tendiente a prevenir el consumo de droga.

El discurso que se sostuvo hasta el presente para criminalizar el consumo se sustenta en el sofisma según el cual quien consume conduce

[8] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 141. Nota: En el mismo sentido se expresó Bernd Schünemann en la conferencia *Consideraciones sobre la imputación objetiva*, pronunciada en oportunidad de celebrarse el 75° Aniversario del Código Penal, publicada por Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 219.