

## **LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES**

### **EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO**

#### **Delitos de tráfico de drogas que se desfederalizan (ley 26.052).**

##### **1. Los delitos de tenencia.**

Los artículos 5 y 14 de la ley 23.737 castigan la tenencia de sustancias estupefaciente. En el artículo 14 primera parte el legislador lo hace prescindiendo de la finalidad del agente. Es ello correcto en un Estado de Derecho respetuoso de las garantías?

Ultimamente, autores como Eberhard Struensee al tiempo de calificar los delitos de tenencia como un traspié legislativo, señala que la expresión tener no describe conducta alguna<sup>1</sup>. En ellos se castiga el tener una cosa incriminada, en el caso, sustancia estupefacientes.

La técnica legislativa no es novedosa; la simple tenencia de armas o materiales explosivos resulta ser la conducta infringida en el artículo 189 bis del Código Penal; según ley 25.086 también se declara punible la simple portación de arma de fuego de uso civil o de uso civil condicionada sin la debida autorización. También en el artículo 299 se castiga a quien conservare en su poder elementos conocidamente destinados a cometer falsificaciones. El problema de todos estos tipos penales es que castigan la simple posesión, sin que resulte necesario verificar la intención de un empleo adicional del objeto detentado.

Volviendo a Struensee; afirma este autor que la conducta humana individual entra en escena sólo bajo dos formas: actuar u omitir:

Actuar es realizar, omitir no realizar movimientos corporales voluntarios<sup>2</sup>. Añade que el verbo tener expresa relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa. "A" tiene una casa, un auto, una empresa; pero "A" también tiene humor, comprensión, un conocimiento extraordinario de la lengua alemana, un gran talento musical, buen gusto...todos estos significados

---

<sup>1</sup> EBERHARD STRUENSEE, "Los delitos de tenencia" en *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, en coautoría con JAKOBS, G., Hammurabi, pág. 107 y sgtes.

<sup>2</sup> STRUENSEE E., ob, cit. pág. 111.

de la palabra tener no pueden ser considerados una conducta en el sentido de ejecución u omisión de un movimiento corporal voluntario.

Podría caracterizarse la tenencia como un hacer positivo; en tal caso la misma representaría un movimiento corporal realizado con determinadas intenciones, y ello sí podría estimarse como conducta peligrosa para un bien jurídico (salud pública).

Es que como señala Cornelius Nestler, la posesión de un objeto no representa peligro alguno. Dicha posesión sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto. Vgr. ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralleta o de un coche afectan por sí mismo, a los bienes jurídicos, sino, a lo sumo, el uso que de estos objetos se haga. Así, la utilización de automóviles se torna peligrosa cuando se la acompaña de la embriaguez del conductor, al igual que la gasolina cuando se la emplea como medio para un incendio<sup>3</sup>.

Como se ve tanto Struensee como Nestler sostienen a rajatabla la neutralidad de la posesión; más aún, Struensee en forma categórica rechaza que la tenencia pueda ser considerada como un “omitir” en el sentido de interrumpir o acabar la tenencia recordando a Jakobs en cuanto la conducta es “un no evitar evitable”.

No debiera discutirse que la peligrosidad que se atribuye a esos objetos (armas, estupefacientes) dependerá del empleo que se haga de ellos. Por ejemplo si el poseedor mismo concibe la posesión como preparación de una actuación delictiva, lo que significa que tan sólo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de la tenencia; en tal sentido no puede cuestionarse la punición del delito previsto en el artículo 5to.

---

<sup>3</sup> NESTLER C. “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 63 y sgtes; quien agrega “la punibilidad por la mera posesión de objetos supone un adelantamiento de las barreras de protección mediante la punición de una conducta cuyo riesgo para el bien jurídico tan sólo llegará a realizarse si lleva finalmente a cabo un delito en el que este objeto sea utilizado” ob. cit. pág 65.

inc, c) de la ley 23.737 “tenencia ilegítima de sustancia estupefaciente con fines de comercialización”<sup>4</sup>.

No todos los delitos de peligro abstracto conllevan un peligro para el bien jurídico que autoricen una consideración general. Como señala Nestler, la conducción de un vehículo en estado de ebriedad<sup>5</sup>, “es algo que el autor no controla en modo alguno”<sup>6</sup>. En cambio la posesión dependerá del plan del autor; de la decisión de emplear el objeto de modo peligroso.

Cuando se castiga al poseedor de un objeto con prescindencia de la finalidad que preside dicha posesión, en puridad se le está imponiendo una pena por la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico.

Sin embargo, con todas las dudas que suscita el castigo de la simple tenencia o posesión, los autores se ponen de acuerdo cuando dichos objetos pueden ser empleados delictivamente por alguien. Así Jakobs cuando sostiene *“Esta anticipación es ineludible en algunos casos por ej. cuando se producen prototipos de medios delictivos que al principio se guardan en el ámbito interno: armas, dinero falso, pasaportes falsificados, drogas, etc.; y es que en tales objetos existe el peligro aumentado de que los utilice delictivamente, si no el productor mismo, si cualquier otra persona (una ametralladora es más idónea para la realización de delitos que un cuchillo de cocina, así como el dinero falso lo es más que el papel de escritorio), a veces incluso sin la voluntad del productor. Lógicamente, esta consideración legítima sólo una pena dirigida a la creación de un peligro abstracto de que se faciliten delitos venideros a cualquier persona. No cabe preguntarle al autor que es lo que planea, porque ello aún*

---

<sup>4</sup> “No es posible sostener que el artículo 5to. inc. c) de la ley 23.737 no hace descripción de una acción prohibida, cuando lo que se castiga es tener estupefacientes con una finalidad determinada” C.N.C.P., Sala IV, febrero 21 de 2000. E.D. del 31 de agosto de 2000 págs. 5 y sgtes; en el mismo sentido NESTLER, C. ob. cit. pág. 66 con cita de la opinión de Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, págs. 314 donde se trata el ejemplo del que elabora un documento falso. En igual sentido MALAMUD GOTI, J. “En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado que en los delitos de tenencia no se ha satisfecho un **nexo racional** entre la situación prevista y la pena, pues ese nexo sólo existiría si el poseedor o tenedor pusiese de manifiesto su voluntad de delinquir con los instrumentos, en el caso, ganzúas y llaves falsas” con cita del precedente *Tor vs. United States*, 319 U.S. 463 (1943). Ver “ La tenencia de Estupefacientes para propio consumo: Objeciones a la estructura del Tipo”, *Doctrina Penal*, Año II, 1979, págs 859 y sgtes.

<sup>5</sup> BUSTOS RAMIREZ considera este delito como de peligro concreto contra la seguridad del tráfico, toda vez que es necesario demostrar el riesgo para la circulación; ver *Derecho Penal Parte General*, PPU, Barcelona, 1994, pág 185.

<sup>6</sup> NESTLER C., ob. cit. pág. 66.

*reside en su ámbito interno. Únicamente puede importar si realiza, sin tener en cuenta lo que planea, una situación de peligro*.<sup>7</sup>

Pero también a Jakobs le suscita reserva este modo de legislar, *“los delitos de peligro abstracto del último género expuesto invaden, pues 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”*.<sup>8</sup>

La misma preocupación se nota en Sancinetti cuando señala que *“la cuestión se restringe en estos casos, exclusivamente, a la discusión constitucional de la legitimidad de la norma”*.<sup>9</sup>

Es que aún en los ejemplos dados una conducta peligrosa con carácter general, puede resultar inocua en el caso concreto, por ej. el arma de guerra está deteriorada, o la cantidad de droga detenida es tan escasa que resulta improbable la afectación de la salud pública.

Provisionalmente podríamos decir que el Estado debería verificar cuando se trata de la posesión de objetos peligrosos, cuál es la finalidad que persigue el autor; y entonces sí la posesión será el antecedente que permita castigar la intención de uso, lo que a nuestro juicio constituiría un criterio válido.

Una concepción del bien jurídico basada en la libertad del ciudadano no puede separar la idea de bien de la facultad de disposición que sobre éste tiene el titular del mismo<sup>10</sup>.

Si ello no puede contestarse en un Estado de Derecho democrático, la posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando se abra la posibilidad de una transmisión no controlada a terceras personas; por el contrario cuando la adquisición y la posesión desde la representación del autor, resulte un acto preparatorio de su propio consumo, en tanto no afecta la salud de otros consumidores resultará atípica. Y esto se observa claramente cuando se

---

<sup>7</sup> JAKOBS G., *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 211/212.

<sup>8</sup> JAKOBS G., ob. cit. págs. 212.

<sup>9</sup> SANCINETTI M., *Teoría del Delito y Desvalor de la Acción*, Hammurabi, Bs. As., 1987, pág. 219.

<sup>10</sup> NESTLER C., ob. cit. pág. 74.

detentan pequeñas cantidades de estupefacientes para ser consumidas en un ámbito privado.

Según Nestler, es posible aún establecer una diferencia sustancial entre la tenencia de armas de fuego y la tenencia de drogas; en el caso del arma de fuego basta con que se emplee el arma para que terceros se vean puestos en peligro, mientras que en el caso de sustancias estupefacientes, aún después de haber abandonado la esfera del poseedor, sólo presentan riesgo si el tercero decide ponerse a sí mismo en peligro a través del consumo<sup>11</sup>. Esta manera de castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal desconoce la existencia de un derecho fundamental a la autopuesta en peligro voluntaria y debe recurrir ilegítimamente” a la puesta en peligro abstracta ajena doblemente mediata” para justificar la amenaza penal<sup>12</sup>.

De la misma opinión Jürgen Wolter; *“la conducta del consumidor ocasional queda excluida ya de principio del ámbito del merecimiento de pena y, consiguientemente, del de posibilidad de punición. Y es que dicha conducta no resulta jurídico-penalmente desaprobada, no es socialmente dañosa. No se da el tipo objetivo del injusto y, consiguientemente, tampoco la tipicidad en su conjunto. El autor ni siquiera entra en el primer nivel de la estructura del delito”*<sup>13</sup>.

Zaffaroni afirma en supuestos como los comentados que la tipicidad objetiva de la acción se afirma sólo cuando se hayan agotado las funciones sistemática y conglobante lo que permite descartar la existencia de un pragma conflictivo.<sup>14</sup>

Igualmente desde la consideración del derecho penal como última ratio cabe entender dicha conducta como socialmente adecuada, al crear un riesgo jurídicamente permitido con mínima relevancia para el bien jurídico, máxime si como en el supuesto bajo tratamiento – tenencia para consumo – la realización de dicha conducta importa el ejercicio de una libertad fundamental.

---

<sup>11</sup> NESTLER C., ob. cit. pág. 76.

<sup>12</sup> Así KREUZER; en contra NESTLER quien afirma que *“la participación en el consumo de drogas de un tercero se trata siempre de la participación en una autopuesta en peligro, mientras no pueda excluirse la propia responsabilidad del consumidor*, ob. cit. pág. 76.

<sup>13</sup> WOLTER J. “Las causas constitucionales de exclusión del tipo del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la Teoría del Delito en la Actualidad”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 11.

Cierto es que aquí se filtran criterios valorativos desde el bien jurídico, los que resultan necesarios para delimitar el alcance de la prohibición<sup>15</sup>.

Admitido que el concepto de bien jurídico implica una relación dialéctica entre realidad y valoración funcional, urge entonces una redefinición del concepto de daño. En esta medida disvalor de injusto y lesividad deben medirse con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico-penal del comportamiento (disvalor de acción) y de la mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico (disvalor de resultado-lesividad); valores que dependerán del bien jurídico-penal puesto en peligro y afectado como de la modalidad del comportamiento.<sup>16</sup>

De esta forma además se procura evitar una “administrativización” del Derecho Penal en tanto derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales. En otras palabras, descartar el “daño cumulativo” como criterio de incriminación de conductas que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas (peligro estadístico). En esta lógica de la acumulación los denominados “delitos cumulativos” (Kumulationsdelikte) no requieren la constatación de la efectiva acumulación de cursos causales como contribuciones al mismo daño concreto (causalidad cumulativa), sino que se trata de una contemplación absolutamente “global”<sup>17</sup>. Además, como enseña Zaffaroni, “no hay ninguna conducta, por inofensiva que sea, que universalizada no cause un caos: si todos pasásemos el día practicando gimnasia, se paralizaría la

---

<sup>14</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar “Derecho Penal”, Parte General, Ediar págs 433 y sgtes.

<sup>15</sup> Considera la adecuación social como causa de atipicidad BUSTOS RAMIREZ J, ob. cit., pág. 188. El magistrado del Tribunal Constitucional Federal Sommer aprecia en estos supuestos una causa material de exclusión de la punibilidad, ver WOLTER J., ob. cit. pág. 13.

<sup>16</sup> Esto indudablemente es posible de ser valorado en el ámbito de los bienes colectivos. En el caso concreto del bien jurídico Salud Pública y de los tipos previstos en la ley 23.737; no presentan idéntico disvalor de injusto ni tampoco análoga lesividad la tenencia simple (artículo 14), la tenencia con fines de comercialización (artículo 5 inc. “c”) y el comercio de sustancias estupefacientes (artículo 5).

<sup>17</sup> Así KUHLEN, L “Unweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *Zeitung für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, 1993, pag. 697/716; en el ámbito anglosajón se admite a partir del interrogante What if everybody did it? (Qué ocurre si todos lo hicieran?) Se responde que si bien la conducta individual es “harmless” (ilesiva) se afirma que “general performance would be harmful” (su generalización sería lesiva), cfr. FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law, Vol. One, Harm to others*, Oxford, 1984, pag. 225 y ss. ambos cit. por SILVA SANCHEZ, J.M. en *Expansión...*, pag. 108 y ss.

producción, de donde no puede deducirse que la práctica de gimnasia, constituya un peligro para la economía”.<sup>18</sup>

Resulta muy claro advertir los riesgos y las consecuencias alarmantes que conlleva adoptar esta perspectiva: la tipicidad formal automáticamente pasa a ser considerada material mediante criterios absolutamente lidiados con el efectivo riesgo o lesión del bien jurídico-penal y, para peor, se evidencia una notoria violación al principio de culpabilidad al fundamentarse la sanción del sujeto “*ex iniuria tertii*”.

## **2. La tenencia de drogas.**

Previo al tratamiento de otras cuestiones no menos relevantes debemos señalar que el concepto de tenencia a los efectos de la ley 23.737 nos revela algunas singularidades.

En general podría sostenerse que la tenencia implica el “*ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa*”; este es el concepto de tenencia utilizado por el legislador alemán en la ley de armas 52 a y 53.

Se entiende además que no se precisa un contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión. Es indiferente la lejanía física y transitoria de la cosa e incluso la ignorancia de donde se encuentra. A partir de aquí pueden vislumbrarse dos tendencias, una representada por quienes se contentan con una disponibilidad hipotética o ficticia y quienes consideran necesaria una disponibilidad real y actual<sup>19</sup>.

Si bien es cierto que en muchas ocasiones existen sujetos que en ningún momento llegan a detentar materialmente el objeto ilícito y no obstante manejan todas las operaciones relativas al tráfico, se cree conveniente en estos supuestos acudir a las estructuras generales de autoría – en sentido amplio,

---

<sup>18</sup> Zaffaroni, Slokar y Alagia “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, 2005 pág 372.

autoría mediata, inducción, participación necesaria – a fin de no desnaturalizar el concepto de tenencia, aun cuando se comparte que el mismo debe ser amplio. En suma el tenedor debe detentar el dominio funcional de la cosa.

En este último sentido Hernández Hernández señala que *“otra solución dejaría fuera del campo penal a cuantos manejan el destino de la droga en los múltiples medios que permiten las comunicaciones modernas, sin que jamás hayan tenido la posesión material de la droga...la posesión es un concepto esencialmente jurídico y, naturalmente, consiste en la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, pudiendo ejercerse dicha posesión por la misma persona que tiene la cosa o disfruta del derecho o por otra en su nombre y que se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o, por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad...”*<sup>20</sup>.

El tribunal Supremo español, Sala Penal, concluye sobre la tenencia en sentencia del 12 de enero de 1996, que *“la detentación de la droga puede revestir distintas posibilidades. Puede ser directa o inmediata, actual, material, física y de presente. Pero también mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico. Lo decisivo en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente. No siendo necesaria la detentación física y material del producto, sí concurre en cambio lo que ha sido igualmente definido como dominio funcional de la cosa, es decir, opción y posibilidad de disposición sobre la droga.”*

Si bien en líneas generales se comparten las conclusiones precedentes, no cabe prescindir de la parte objetiva de la tenencia, concretamente del juicio de imputación objetiva. En tal sentido para que al sujeto pueda imputársele la tenencia debe tener la disponibilidad real sobre la sustancia. Lo que no implica que la tenencia deba ser material.

Sin perjuicio de lo dicho oportunamente, podría afirmarse en consecuencia la posesión de la droga cuando:

---

<sup>19</sup> LUZON PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1989 pág 537.



- 1) Se aprehenda materialmente la droga en poder del autor;
- 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino; y
- 3) Por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga, aunque carezca momentáneamente de disponibilidad efectiva sobre la misma, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado<sup>21</sup>. Sólo en esos casos podría atribuirse el resultado –tenencia- al ámbito de organización del sujeto y responsabilizarlo por la creación de un riesgo no permitido –afectación de la salud pública-; sin embargo insistimos que el quebrantamiento del rol de ciudadano y la defraudación de una expectativa normativa debería requerir una indagación sobre los planes del autor, aunque ello represente entrar a considerar el aspecto subjetivo de la tenencia.

Lo precedentemente expuesto resulta perfectamente aplicable a los tipos legales de Almacenamiento y Transporte, en contra de la opinión dominante en Argentina de que ninguno de ellos requiere de elemento subjetivo alguno<sup>22</sup>.

Es que ambos tipos legales se estructuran mayoritariamente sobre la posesión de la droga, constituyen actos de autoría en el tráfico de drogas o en general de cooperación necesaria, por ello deben estar orientados al comercio ilícito.

Sin perjuicio de lo que diremos posteriormente, como habremos de distinguir la tenencia simple del artículo 14, del almacenamiento, y del transporte en los aspectos objetivos y subjetivos? En la primera cabe desechar el tráfico

---

<sup>20</sup> Trib. Supremo Sala Penal, 30 de mayo de 1994, Ar. 4063, cit. por UJALA JOSHI JUBERT, cit. pág. 194.

<sup>21</sup> JOSHI JUBERT, U., “Los delitos de Tráfico de drogas I un análisis del art. 368, Bosch”, Barcelona 1999., pág. 196.

<sup>22</sup> LAJE ANAYA, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino*, Lerner, 1992, págs. 102 y sgtes, en pág. 102 refiriéndose al almacenamiento dicho autor sostiene “La infracción es por su carácter permanente, y quedará consumada cuando por la cantidad tenida, la misma resulta incompatible con aquella que da lugar a la existencia del distribuidor. Subjetivamente el delito es doloso, no se requiere tampoco que el autor sepa que, por ej. acopia estupefacientes, no que sepa que la cantidad almacenada, constituya almacenamiento.” No estamos de acuerdo con el jurista cordobés; entendemos que es preciso el conocimiento sobre el objeto almacenado ya que de no concurrir cabrá apreciar un error de tipo. Pero además el almacenamiento es en general un acto de tenencia, distinguiéndose de la neutra prevista en el artículo 14 de la ley 23.737 en su

ilícito; el almacenamiento y el transporte, ambos tipos configurados como delitos de peligro abstracto sólo legitiman, como claramente expone Jakobs, una pena en relación con la creación de un peligro.<sup>23</sup> Pero si se los castiga con la misma pena del delito consumado (comercio de sustancias estupefacientes), resulta exigible desde el punto de vista del Estado de Derecho, comprobar la finalidad del autor; esto es, el almacenamiento o el transporte deben preordenarse al tráfico ilícito, está claro que ambas conductas facilitan el tráfico ilegal.

### **3. Almacenamiento de estupefacientes.**

Si bien este delito sigue siendo de competencia federal, y aun cuando los delitos relacionados con materias primas y plantas en ningún supuesto se delegan en la jurisdicción provincial, corresponde realizar un análisis de sus elementos configuradores ya que pueden confundirse con el delito de tenencia de estupefacientes cuyo juzgamiento corresponde a los tribunales provinciales.

El almacenamiento es una conducta de tráfico y como tal significa reunir, acopiar, guardar, tener, pero en mucha cantidad, con el propósito de poner en circulación por sí o por otro a dichos objetos en el tráfico ilícito de estupefacientes, por ello el autor es un traficante, y como tal se requiere que dicha conducta esté preordenada al tráfico ilícito; de allí la exigencia de un elemento subjetivo que permite diferenciarla de la simple tenencia.

En el sentido indicado precedentemente el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata ha sostenido:

*“El a quo y la fiscalía en su requerimiento de elevación a juicio no dudaron en calificar el hecho bajo juzgamiento como almacenamiento de sustancia estupefaciente (art. 5, inc. c, de la ley 23.737). El Sr. Fiscal del Tribunal agregó a esta calificación la de transporte de material estupefaciente incluida en la misma disposición legal. Tal como sostiene Laje Anaya (“Narcotráfico y Derecho Penal Argentino”) el significado de almacenar es reunir, acopiar, guardar mucha cantidad... con lo cual la conducta se refiere a lo que es abundante, numeroso, que excede lo ordinario. Esta expresión del autor indicado es claramente reveladora del criterio cuantitativo, al que*

---

aspecto objetivo por su cantidad y en el subjetivo porque dicho acto constituye un tramo del comercio ilícito. Ver acerca del error de tipo JOSHI JUBERT, ob. cit. pág. 183.

<sup>23</sup> JAKOBS GÜNTHER, ob. cit., pág. 212.

debe sumarse un componente subjetivo que hace al ámbito situacional en que el sujeto se desenvuelve. Este componente subjetivo se exige para una interpretación adecuada y coherente de la ley 23737 que permitirá distinguir la conducta de quien almacena de la de aquel otro que es un simple tenedor. El primero es un verdadero traficante porque su conducta se oriente a la reproducción del tráfico de drogas tal como bien sostiene Luis Rey Huidobro en "El delito de tráfico de Estupefacientes", Bosch, Barcelona 1987. Con ello, teniendo en vista la interpretación sistemática de la ley adelantamos la insuficiencia del criterio cuantitativo para definir el tipo de almacenamiento que describe el art. 5. Inc. c de la ley citada. Es por ello que sólo almacena quien tiene una cantidad considerable, inequívocamente destinada al abastecimiento indiscriminado, componente subjetivo que debe acreditarse plenamente. Esta consideración no viola el principio de tipicidad ya que los jueces deben atribuir las acciones humanas a ámbitos situacionales precisos, para conferirles un contenido material que recepte todas las formas de vinculación del sujeto, sean estas sociales, psíquicas o físicas. No se nos escapa que estas formas se encuentran ausentes en los esquemas analíticos de Von Litz y de Beling, receptados en nuestro país por la figura de Sebastián Soler, pero tampoco se nos escapa que este estrecho encasillamiento ha dado lugar a otros que se abren paso día a día en la práctica judicial, ya que contribuyen a solucionar mejor problemas que antes quedaban minimizados (cfs. Bustos Ramírez Juan, "Derecho Penal, Parte General, Ariel Barcelona, pág. 156 y sgtes). No se trata entonces dentro de la tipicidad de describir una actividad sino de hacerlo en su desvalor, esto es desde y en relación con el bien jurídico, por lo que éste tipo de interpretación no puede violar el principio de legalidad (en contra, Cornejo, "El delito de Tráfico de Estupefacientes", pág. 182, quien sin embargo reconoce la deficiente semántica legal en orden al delito que nos ocupa). Es por ello que la conducta de almacenar por se tributaria del tráfico de estupefacientes no puede escindirse del propósito de comerciar. En esta causa, Blanco, reconoció que adquirió los 2,700 kgrs. de marihuana para su consumo personal en razón de su fuerte adicción a esta sustancia. No existe dato objetivo alguno que permita inferir que la droga sería destinada al comercio, por lo que debemos rechazar la figura del almacenamiento, como así también la de transporte, tributaria de la misma disposición anímica como lo petitiona la fiscalía. El auxilio del criterio cuantitativo al que hizo referencia explícita nuestro fiscal es insuficiente para formular la operación de subsunción en consideración a las exigencias que el tipo requiere y que fueron señaladas precedentemente. Debe hacerse notar que esta problemática también se ha presentado en España, donde los tribunales han procurado establecer criterios objetivos que identifiquen la posesión para el tráfico con una cantidad concreta de droga. Así Sequero Sazatornil ("Las Drogas Tóxicas",

Actualidad Penal n° 20), partiendo de las dosis diarias normales del consumidor y analizando la doctrina del Tribunal Supremo, entiende que este sitúa la cantidad de notoria importancia –destino al comercio – en torno a los 1.000 grs. para el hachís, 3.000 grs. para la grifa (marihuana en nuestra versión), 50 grs. para la heroína, 125 grs. para la cocaína, 200 dosis de 20 micro grs. de L.S.D., 200 dosis de barbitúricos o anfetaminas. Esta postura es compartida por Javier Prieto Rodríguez (“El delito de tráfico de drogas”, Bosch, Barcelona, 1986). (Ver T.O.F. de Mar del Plata, “Blanco Rodolfo Mario s/ almacenamiento de sustancia estupefaciente”, del 19 de agosto de 1994).

Va de suyo entonces, que por todo lo dicho el almacenamiento requiere desde un punto de vista objetivo – en el caso de estupefacientes- la presencia de una cantidad importante, y que además, subjetivamente, esté preordenada a ser introducida en el tráfico ilícito, resultando indiferente quien lleve a cabo ésta última acción<sup>24</sup>. Si el elementos subjetivo del tipo no se da por

---

<sup>24</sup> La cuestión concerniente al elemento subjetivo del tipo legal del almacenamiento ha sido expuesta con argumentos irrefutables, a nuestro modo de ver por el Dr. Leopoldo Schiffrin, juez de la Sala III de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. En tal sentido, entendió el nombrado magistrado que: “si bien el lenguaje profuso de la sentencia en recurso no permite distinguir con facilidad el núcleo del razonamiento que la sustenta, estimo que el sentido rescatable subyacente de las afirmaciones del juez de primera instancia estriba en aislar dentro del art. 5. Inc.c.) la frase ‘los tenga (los estupefacientes) con fines de comercialización o los distribuya o de en pago, almacene o transporte’. La calificación referente al elemento subjetivo ‘fines de comercialización’ queda sólo ligada a la simple tenencia pero no a las restantes formas delictivas mencionadas entre ellas el almacenamiento. Estamos ante el famoso argumento a contrario: qui dicit de uno negat de altero; inclusionsione unius fit exclusio alterius. El argumento a contrario no es capaz en si mismo de demostrar nunca ninguna proposición jurídica, pues no importa un método para extraerlas sino que describe la conclusión a la que se arribará mediante el empleo de las reglas de la lógica jurídica respecto de las normas examinadas. En realidad, el argumento a contrario, es una manera de expresar que el resultado del proceso hermenéutico concreto restringe el ámbito de aplicación de la norma, lo cual depende de consideraciones lógicas, teleológicas y sistemáticas. Ahora bien, desde el punto de vista lógico resulta evidente que la tenencia de estupefacientes es el mínimo común denominador de todos los modos de actuación delictiva con estupefacientes a los que se refiere el entero artículo 5 de la ley 23.737; no se puede comercializar con estupefacientes sin tenerlos, directamente o por otros, ni distribuirlos, transportarlos o almacenarlos sin tenerlos. Ello sentado, recordemos como premisa mayor que los elementos esenciales del tipo básico, tenencia, no pueden hallarse ausente de las distintas modalidades que asuma el tipo básico. En consecuencia, como el elemento subjetivo ‘fines de comercialización’ es esencial, como lo reconoce el a –quo, para la aludida tenencia del inc.c) entonces surge que es esencial también para la modalidad del almacenamiento. Creo interesante subrayar que el juez de primera instancia ha captado la novedad legislativa que significa el nuevo texto aquí examinado en relación con el art. 2 de la ley 20.771, pero ha visualizado erróneamente la novedad del asunto, que consiste en que el legislador ha introducido explícitamente en la ley la exigencia del elemento subjetivo conocido como ‘dolo de tráfico’ que bajo la legislación precedente había sido deducido por la jurisprudencia de consideraciones sistemáticas de carácter más general relacionadas con la delimitación entre los artículos 2 y 6 de la citada ley 20.771.-

Desde otro punto de vista, el sistemático, también se advierte la deficiencia del razonamiento del a-quo. Tengamos en cuenta, al respecto, que el examen conjunto del art. 5 y 14 de la ley 23.737 arroja como inmediato resultado la existencia de los siguientes órdenes de tenencia: a) Tenencia de estupefacientes para uso personal: art. 14 párrafo 2; b) Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización: art. 5 inc.c); c) Tenencia de estupefacientes que no sea ni para uso personal ni con fines de comercio: art. 14 párrafo 1. Para el sentenciante cualquier tenencia que exceda los requerimientos del uso personal constituye almacenamiento, con lo cual deja sin ámbito alguno de aplicación la tenencia ‘neutra’ del art. 14 párrafo 1. Si es cierto, como lo afirma el pronunciamiento recurrido, que no debe suponerse imprevisión o inconsecuencia por parte del legislador y que, además, como lo afirma la Corte Suprema, la interpretación debe cuidar que se otorgue efecto a todas las disposiciones legales, aparece claro que los mismo principios en que se apoya esta parte de la argumentación del juzgador le impiden arribar a la conclusión criticada. El almacenamiento, pues, requiere la acabada prueba de la finalidad de comercialización. Ante las

acreditado cabe apreciar la tenencia neutra prevista en el art. 14 de la ley 23.737, delito de competencia provincial según la ley 26.052.

#### 4. Transporte de estupefacientes.

Aquí también cabe señalar que si bien este delito es de competencia federal, en general se asienta sobre la tenencia del estupefaciente, motivo por el cual debemos referirnos a las exigencias del tipo legal a fin de evitar innecesarios conflictos de competencia.

Los estupefacientes sobre los cuales recae la acción deben encontrarse en tránsito.

Por transporte debe entenderse el acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión. No es típico el transporte autorizado ni el de droga destinada al propio consumo; en éste último caso cabría apreciar tenencia de sustancias estupefacientes si lo transportado excede el consumo personal.<sup>25</sup>

El art. 1° de la Convención de 1988, u) dice: estado de tránsito se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II, de carácter ilícito y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivos de esas sustancias. De allí que la figura sea permanente ya que se prolonga en el tiempo –tránsito- hasta que los objetos lleguen a destino. El delito no se consuma en este sentido porque la mercadería llegue al final del viaje ya que el

---

*dificultades probatorias que al respecto puedan presentarse el legislador ha adoptado la política criminal de castigar sin la exigencia de elementos subjetivos particulares la tenencia que no sea encuadrable ni como de uso personal ni como almacenamiento. En este sentido, recordemos que el almacenamiento requiere, para su configuración, que la cantidad de estupefacientes sea de una magnitud tal que resulte apta para abastecer al comercio de drogas en forma casi indiscriminada".- Y concluye con una reflexión, que también debe ser compartida: "Me preocupa la tendencia observable en algunos juzgados de la jurisdicción a subsumir toda hipótesis de tenencia que no quepa calificar muy estrictamente como de uso personal en el art. 5 inc.c) –almacenamiento- y no en el art. 14, primer párrafo, cuando la desgraciada consecuencia procesal inmediata es impedir la excarcelación del imputado dado el alto monto de la pena máxima y mínima establecida en el art. 5. Esta perniciosa práctica revela un trasfondo en el cual la interpretación de las normas penales deja de ser una garantía de la libertad individual para adquirir el carácter de cruzada, no contra el narcotráfico, muy escasamente perseguido, sino contra elementos débiles y desventajados de la sociedad a los que se tiende a erigir en enemigos internos según la conocida tendencia neurótica colectiva que León Poliakov bautizó como 'causalidad diabólica'. Conf. causa seguida a Caro, José Alfredo S/ Infracción art. 5 de la ley 23.737 inédita.-*

<sup>25</sup> Ver JOSHI JUBERT U., ob. cit., pág. 184.

carácter permanente de la infracción determina que aún cuando se interrumpa el iter criminis antes de ese momento el transportista igualmente habrá transportado<sup>26</sup>.

No obstante lo dicho la acción admite tentativa; tal sería el supuesto en que se sorprende al agente cargando la mercadería antes de iniciarse el traslado.<sup>27</sup>

El traslado puede hacerse por sí o por otro, razón por la cual serán comunes la instigación y la coautoría.

El hecho de transportar la droga cuando se realiza dentro de un plan común constituye un acto esencial de coautoría. Así:

*“Es completamente ilógico que se proyecte un viaje desde la provincia de Pontevedra hasta Francia, cuyo punto concreto se ignora, portando dos paquetes de cocaína con un peso neto y total de un kilogramo y con setecientos sesenta gramos, con una pureza de un kilo y doscientos setenta y siete gramos de cocaína pura y suponer que el marido y conductor sea ignorante del destino y la finalidad del traslado. Uno de los paquetes fue ocupado a la coacusado que los transportaba en el bolso de mano y que se encontraba sentada en el asiento delantero junto a su marido que pilotaba el automóvil. El otro fue arrojado en las propias dependencias aduaneras por la coacusada. Tanto el recurrente como su cónyuge fueron detenidos a veinte o veinticinco metros de la frontera francesa. Si a ello se añaden las inverosímiles explicaciones de ambos acusados, aún se*

<sup>26</sup> En tal sentido la Cámara Nacional de Casación Penal ha sostenido que *“en cuanto a la falta de consumación del delito de transporte de estupefacientes.....el tipo contenido en la unidad textual del art. 5 inc.c.) de la Ley 23.737 consagra la acción típica de transporte, esto es, el desplazamiento del tóxico prohibido de un lugar a otro.- Este lugar puede ser indeterminado, pues lo único que sugiere es que se trate de un sitio ontológicamente distinguible de otro, tratándose de un delito de peligro abstracto en donde el bien jurídico puede verse afectado por el sólo hecho de llevarla, trasladarla o moverla exponiéndola potencialmente a terceros, aún cuando se realice sin mediar finalidad lucrativa”* Ver causa N. 739 caratulada “D. T., M.D. S/ Recurso de Casación”, Reg. N° 199/96.-

<sup>27</sup> Disiente con nuestra postura ABEL CORNEJO. Para dicho autor el delito de Transporte es de consumación instantánea y no permanente...”toda vez que lo que distingue a los injustos de carácter permanente es el mantenimiento de la situación ilícita por la exclusiva voluntad del autor, de modo que el tipo penal se concreta , no sólo al haber provocado la situación, sino también dejando que esta continúe, de manera que, en cierto modo, el hecho se renueva continuamente, tal es el caso, por ejemplo, de la privación ilegal de la libertad”.- Conf. “El delito de Transporte de Estupefacientes”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 1 número 0, págs 264/ 275.- En causa “García Fernández” que tramitó ante el T.O.F. N° 2 de Capital Federal, fallada el 12 de agosto de 1993, el juez que votó en último término también sostuvo que el transporte de estupefacientes es un delito de simple conducta y que no admite la posibilidad de tentativa.- Discrepa con esta última conclusión, y con acierto, Javier De Luca : “Aquí no se distingue el transporte personal de la sustancia prohibida, de aquellos casos en que se contrata a un instrumento para realizarlo. De ese modo se pueden llegar a confundir las clasificaciones de tipos de mera conducta con los de propia mano. En algunos casos de los primeros podrá haber tentativa y en otros no, ello sin entrar a considerar la problemática de estos delitos y las teorías de la tentativa, pues hay casos en que un delito de mera conducta admite la tentativa: por ejemplo, la injuria por carta que no llega a destino, o el caso de un sujeto que es detenido cuando está cargando el baúl de su automóvil con estupefacientes y se sabe cuál será su destino; o de un sujeto que está despachando una encomienda en una empresa de transporte, etc. En estos casos es por lo menos dudoso que no pueda aceptarse la tentativa”. Conf. DE LUCA, J. “El concepto de

*patentiza más la operación de transporte de droga montada por ambos cónyuges. María Josefa M. es una mujer casada de casi 48 años que ha vivido en el extranjero mucho tiempo, que habla el francés y resulta muy extraño que pueda aceptar transportar unos paquetes de tal peso y riqueza de un casi desconocido, un señor que en una cafetería pidió un café y le solicitó que transportara tales bultos, cuando los medios de comunicación, el cine, la televisión y el sentido común enseñan que la más elemental prudencia dicta que eso no debe realizarse. Resulta increíble, inverosímil. No puede aceptarse tal manifestación e igual es la expresa manifestación del recurrente preparada para confirmar la de su esposa". (Sentencia del Tribunal Supremo Español, causa "Carrero Ramos" de abril 23 de 1999).<sup>28</sup>*

Este delito se comete por medio del traslado del estupefaciente como acto constitutivo del ciclo económico del tráfico ilícito previo al consumo. Y puede llevarse a cabo por cualquier vehículo o medio de locomoción, ferrocarril, automóvil, embarcación, bicicleta o también mediante las llamadas "mulas", hombres o mujeres porteadoras que disimuladas debajo de sus ropas o en su organismo llevan la droga.<sup>29</sup>

Desde el punto de vista objetivo lo trasladado deben ser semillas, materias primas, plantas o estupefacientes quedando fuera del tipo el transporte de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, equipos, precursores que no revistiendo el carácter de materia prima no resultan alcanzados por la prohibición.

En muchas ocasiones la operación de transporte como conducta de tráfico de drogas será coordinada y planificada por quien no tenga en ningún momento poder de disposición material sobre el estupefacientes. Ello no obsta a considerar consumado el transporte si el agente tiene la disponibilidad funcional del estupefaciente.

Desde un punto de vista subjetivo se requiere que el sujeto tenga conocimiento y voluntad sobre: a) la conducta que lleva a cabo; b) el objeto del delito; c) dicha conducta requiere un elemento subjetivo dinámico o propagador

---

Transporte en la ley 23.737", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad Hoc, Año 0, Número 1, págs 278/298.-

<sup>28</sup> Ver JOSHI JUBERT, ob. cit. pág. 185/186.

que apunta a convertir al transportista en un engranaje del tráfico ilícito; él debe saber que la sustancia será distribuida a terceros con lo cual se difunde el consumo de estupefacientes, o que será comercializada; y d) la antijuridicidad de la conducta.<sup>30</sup>

Con relación a este último extremo –antijuridicidad- cabe apreciar error de tipo en la agencia de transporte que desconocía el contenido del paquete entregado. Es claro que en este supuesto no hay transporte ilegal sino una actividad comercial en la que un tercero –transportista- lleva a cabo la conducta típica sin conocer la sustancia que transporta.<sup>31</sup>

La exigencia del elemento subjetivo ha sido recogida en algunos precedentes jurisprudenciales; así el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata:

*“El transporte de sustancias estupefacientes requiere de un elemento dinámico o propagador que apunta a convertir al transportista en un engranaje del tráfico ilícito de estupefacientes. No basta con que alguien traslade de un lugar a otro droga para atribuirle dicha conducta; menos aún en el sub-judice, en tanto el encausado fue sorprendido accidentalmente en posesión de sustancia estupefaciente, pero nada indica que su accionar sea un tramo incardinado en una operación de tráfico, ni que le corresponda a Rojas como engranaje de él, proveer de drogas al traficante. Si así fuera prácticamente desaparecería la tenencia de estupefacientes cuando el enervante se secuestra del interior de un automóvil en marcha”<sup>32</sup>.*

<sup>29</sup> SOTO NIETO, “El delito de Tráfico Ilegal de drogas, su relación con el contrabando”, Grafal, Madrid 1989, cit., pág. 69.

<sup>30</sup> En contra de esta postura Javier De Luca, quien anota “no incide en la caracterización del transporte si está o no vinculado al comercio de estupefacientes o es un eslabón en la cadena del tráfico. Éstas son razones de política criminal que pudo haber tenido en cuenta el legislador histórico para punir una acción comprobable en la generalidad de los casos, pero que no han sido plasmadas en la letra de la ley, ni se derivan de su interpretación sistemática y teleológica, es decir, no se desprenden de la voluntad y sentido de la ley, ni esta conclusión resulta incoherente con las consecuencias que tal finalidad persigue”; op.cit. págs 296 y sgtes.- El mismo De Luca en su introducción al artículo comentado señala que al interpretar la ley ha de computarse “la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111, cons.8°), evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:300); por lo cual no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma; Fallos: 307: 108”; ob. cit. pág 277/278.- Ya hemos explicado que el ámbito situacional al que se refiere la tipicidad requiere indagar respecto de muchas circunstancias no siempre expresadas en el texto de la ley. Pero además, porque se insiste en castigar como traficante, con la pena del traficante a quien no lo es? La conducta del transportista está relacionada con el tráfico ilícito.

<sup>31</sup> En contra LAJE ANAYA, quien dice refiriéndose al dolo “pero este no requiere a su vez, que el autor tenga conocimiento que transporta lo señalado en el texto legal”, ob. cit. pág. 135. En sentido concordante con el texto Cámara Nacional de Casación Penal, voto del Dr. Madueño en la causa “Augier Guzmán, Oscar y otro s/ rec. de Casación, Sala II del 23-05-2001; ver Suplemento de Jurisprudencia Penal, Revista La Ley del 7 de setiembre de 2.001, pág 41,44.

<sup>32</sup> Causa Rojas Héctor Libertario, registradas bajo los números 714/723 del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, sentencia del 3 de noviembre de 1999; del voto del Dr. Falcone; el transporte se relaciona con el



Precisamente el transporte es la actividad que enlaza los centros de producción y de consumo y debe reputarse escasa por el grave riesgo que entraña, el cual asumen a veces los mercaderes de la droga, pero en ocasiones, justamente cuando lo protagonizan organizaciones de mayor entidad, la producción o cultivo, el transporte y la distribución son actividades que suelen estar en distintas manos, encomendando el transporte a sujetos mercenarios, que sin nota de antecedentes en los registros policiales pueden eludir con mayor facilidad la estrecha vigilancia en fronteras, puertos o aeropuertos, con la ventaja de dejar en las sombras de la impunidad, si la operación resulta fallida, a los jefes, dirigentes o coautores de las organizaciones de producción, distribución y financiación que intervienen en este pingüe a la par que sórdido y calamitoso negocio.<sup>33</sup>

### **5.Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.**

Los elementos subjetivos en la tipicidad, sea el dolo, u otros elementos de intención trascendente, importan atribuir un comportamiento conforme a su sentido dentro de un determinado ámbito situacional, y desde

---

comercio de estupefacientes. C.C.C., Sala IV “Rentería Mario” del 18/12/86 y “Santos Cesar” del 16/12/86 citadas por PURICELLI, ob. cit., pág. 181.

<sup>33</sup> Cfr. Tribunal Supremo Español, sentencia del 16 de mayo de 1985 quien exige un elemento subjetivo consistente en el propósito de ulterior transmisión de la droga a terceras personas; cfr. SOTO NIETO, ob. cit. pág. 74.

También relaciona el transporte con el tráfico ilegal de estupefacientes la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal.- En el caso “G.N. A y otros “ causa 1527, publicada en E.D, ejemplar del jueves 7 de diciembre de 2.000 págs 11 y sgtes. sostuvo que: *“Cualquier transporte que forme parte de la cadena de tráfico, estará ya abarcado y penado por el tipo que reprime la tenencia para la comercialización, desde que, si bien no siempre esta última contiene a aquél, contrariamente, todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente la tenencia para la comercialización (Conf. Causa N° 58 “V.J.A. s/ Rec. De Casación, rta. El 10-3-94, Reg. N° 91); y que esta alzada ha conceptualizado que el tráfico de estupefacientes concebido en la ley no es una acción única y específica, sino un proceso constituido de varios pasos sucesivos; y que el transporte constituye un eslabón dentro de esa cadena de circulación – ya sea oneroso o gratuito-, siendo una etapa previa a su distribución o venta”.- Conf. Causa N° 927 de la Sala III, S.M., P.C. y otros s/ rec. de casación”, rta, el 23-4-97, Reg N° 142/97.-*

En contrario al criterio aquí sustentado, el voto del Dr. Mitchel en cuanto expone: *“Para su configuración basta la mera traslación o desplazamiento de un lugar o paraje a otro portando a sabiendas los estupefacientes y , a diferencia de la posición sustentada por la defensa, no se exige el dolo de tráfico o los fines de comercialización, y ni siquiera importa el destino que posteriormente se le confiera a las sustancias”;* causa “Peralta, Hilario M.”. Ver Suplemento de Jurisprudencia Penal a cargo de Francisco D’Albora, La Ley, 22 de diciembre de 2.000 págs 31 y sgtes con nota de Héctor O. Sagretti.- Con esta interpretación cabría castigar por transporte al simple tenedor de drogas por el sólo hecho de subirse a un automóvil y emprender la marcha; creemos que ello es inadmisibles. Así también, debe rechazarse la idea que al exigirse el elemento subjetivo, el transporte, se superpone con la tenencia con fines de comercialización.- Se puede transportar por sí o por otro, en suma, se puede transportar lo que no se detenta materialmente siempre y cuando se tenga el dominio funcional del traslado.- Lo importante es que dicha conducta está

este punto de vista la primera categoría importante que aparece es el dolo, esencial para poder atribuir una conducta desde el punto de vista de su sentido. Sin embargo a veces se requieren, determinados elementos subjetivos que cumplen una función constitutiva del tipo legal, en cuya ausencia el tipo no se da. (ánimo de apropiación en el hurto, o de poner en circulación el documento que se falsifica), por lo cual corresponde indagar acerca de la presencia de este elemento que no siempre está expreso en la ley.

El delito de tenencia ilegítima de sustancias estupefaciente con fines de comercialización (art. 5º inc. "c" de la ley 23.737), requiere de un elemento subjetivo del tipo, de intención trascendente, toda vez que mira al futuro –fin de comercialización– pero que tratándose de un delito de resultado cortado, no es necesario que esa comercialización efectivamente se lleve a cabo. Estos elementos subjetivos reveladores de una disposición o tendencia anímica del agente, constituyen al decir de Winfried Hassemer *"complicaciones de la prueba en el proceso, ya que están ocultos tras una pared –generalmente el cerebro de alguien- y sólo con la ayuda de un instrumental se puede conocer detrás"* ( Ver **Hassemer W.**, *Fundamentos de derecho penal*, traducción del derecho penal alemán por Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 227).

Se ha dicho que no siendo tales elementos subjetivos observables sino sólo deducibles, se entiende que su acreditación debe apoyarse, como señala el autor citado en "indicadores", los que suministran los indicios acerca de la existencia de la disposición anímica del sujeto; indicadores que deben ser de carácter empírico, completos y claramente reveladores de la ya señalada tendencia anímica, aptos por sí mismos para ofrecer una narración coherente y racional de los hechos relevantes y probados en el juicio.

Lo expuesto con anterioridad obliga a tener presente, máxime en consideración a la gravedad de esta modalidad de tenencia, reprimida con una pena mínima de cuatro años de prisión, que la tendencia

---

presidida por el fin de comercialización, tributario del tráfico ilícito, porque ello permite distinguir al traficante del simple tenedor y someterlo obviamente a una pena más grave.

anímica trascendente –fin de comercialización- debe ser algo mayor que el mero pensamiento.

El delito que nos ocupa requiere por encima del dolo un elemento subjetivo de intención trascendente, que constituye un plus que se asienta sobre el ánimo del dolo. Pero en un Estado de Derecho democrático, tal actitud no podría tenérsela por acreditada sólo porque el agente en alguna oportunidad “haya pensado en ello”, es decir hubiera pensado comercializar la droga.

En auxilio de la postura esgrimida puede citarse a **Enrique Bacigalupo** en cuanto sostiene “la peligrosidad genérica de la acción requiere un fundamento en el tipo objetivo”, y ello sólo es posible si se distingue “tipo de la interpretación y tipo del texto”. El tipo de la interpretación requeriría de un fundamento en el tipo objetivo, ya que de lo contrario podría entenderse que toda tenencia de armas es ya un comienzo de ejecución de un homicidio.

Es que este delito es de los denominados delitos mutilados de dos actos, tener estupefacientes y luego comercializarlos. Sin embargo al legislador le basta con uno sólo, la tenencia del enervante hasta allí llega el dolo en cuanto voluntad realizada; el legislador prescinde del segundo acto, el comercio, y le basta con el aspecto subjetivo –con fines de comercialización- que por eso no puede ser dolo sino un elemento subjetivo específico del tipo legal (Bustos Ramirez).

Este delito debe ser visualizado respecto del “comercio” de estupefacientes como una forma de distanciar la consumación del agotamiento; aquí alcanza con la consumación anticipada, detentar estupefacientes con fines de comercialización con independencia de que el comercio se lleve efectivamente a cabo. Por ello, si la tentativa se admite aún con dolo eventual, ya que la referencia a “delito determinado” en el art. 42 del C.P. sólo pretende excluir en delitos contra la vida y la integridad física el dolo de ímpetu, entiendo que este delito debe ser interpretado como un acto de tentativa de comercio. Para quienes entendemos que la tentativa es admisible aún en los delitos de pura actividad ya que de lo contrario cabría enrolarse en la teoría formal objetiva

cuyas derivaciones han sido rechazadas mayoritariamente por la doctrina, no existiría ningún impedimento para entender que lo determinante es el peligro que para el bien jurídico supone la tenencia de estupefacientes con determinados fines; este es el signo exterior, real, no imaginario que autoriza su punición.<sup>34</sup>

**Este delito ahora es de competencia provincial cuando la droga se encuentra fraccionada en dosis para ser directamente entregadas al consumidor (ley 26.052. Entenderlo de otro modo llevaría al absurdo de habilitar la jurisdicción provincial cuando el vendedor fuera detenido luego de cobrar la droga y derivarlo a la justicia federal si es sorprendido antes de hacerlo. Esto es cuando el tenedor de la sustancia con fines de comercio sea sorprendido en un momento antes de que el comercio se consume. Nada más alejado de la idea del legislador nacional; la sanción de la ley 26.052 confiere a las provincias la facultad de perseguir el tráfico de drogas en pequeña escala en todas las modalidades que conducen al comercio ilícito, sean éstas tentadas o consumadas. Repito si el comercio es de jurisdicción provincial cuando el estupefaciente se encuentra fraccionado en dosis para ser entregados al consumidor, también la tenencia con dicha finalidad, que responda a las mismas características,(dosis fraccionadas) será de competencia provincial.**

Por lo tanto cabe valorar con carácter presuncional:

a)Circunstancias relativas a la droga intervenida :cantidad, variedad, pureza y presentación.

En tal sentido se exige una cantidad superior a la que el consumidor emplea para satisfacer su propio consumo. Esto es un problema de difícil solución ya que debe buscarse el equilibrio judicial. Para ello debe tenerse en cuenta el grado de habituación, asimilación y tolerancia del toxicómano.

También debe valorarse sus medios económicos. Y aquí existe una tendencia en los tribunales a analizar la cuestión según el tipo de droga intervenida. En el caso de la marihuana se exige una cantidad superior al clorhidrato de cocaína; en el caso de L.S.D. en España a partir de las cinco dosis

---

<sup>34</sup> Ver Zaffaroni, Alagia y Slokar "Derecho Penal, Parte General", Ediar, 2005 págs 644 y ss.

se ha considerado posesión preordenada al tráfico; respecto al MDMA (Extasis) a partir de 40 comprimidos con un peso total de 8,2 grs y una riqueza del 40%.

En función de la competencia delegada por el gobierno central a la Provincia de Buenos Aires en orden a este delito debe tenerse en cuenta la ocupación conjunta de distintas drogas, su presentación en pequeñas dosis a fin de que la operación de compraventa pueda realizarse con la mayor celeridad posible.

b) Circunstancias relativas al poseedor.

Aquí se debe tener en cuenta la condición de drogodependiente, politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor. La observación por parte de los funcionarios de policía de intercambios de drogas por dinero, visita frecuente por personas que se retiran casi inmediatamente después de haber ingresado a la vivienda del sospechoso o a escasos minutos.

En otras ocasiones el secuestro de drogas en poder de personas que acababan de egresar del domicilio luego allanado con resultado positivo.

c) Particularidades relativas a la ocupación de la droga.

Aquí debe valorarse la tenencia de instrumentos o material para la elaboración o distribución de la droga, o bien , por el contrario, para su consumo. ( por ejemplo la tenencia de básculas o balanzas de precisión, molinillos del tipo de los empleados para moler café, papelinas, bolsitas vacías, papel celofán , polvos de cualquier tipo utilizados para cortar la droga (glucosa, cafeína, lactosa, manitol, etc), documentos, agendas con anotaciones, teléfonos celulares, cucharas. También el secuestro junto a la droga de cantidades de dinero, en especial de bajo nominación.

## **6. Comercio de Estupefacientes**

El sujeto activo es un comerciante, que con ánimo de lucro, por cuenta propia y con habitualidad compra, vende o permuta las mercaderías a las que se refiere el tipo.

El objeto sobre el que recae el acto de comercio son los estupefacientes, no las materias primas que permiten obtenerlos por producción o fabricación que quedan en la jurisdicción federal . Caen fuera del tipo los elementos destinados a la obtención de estupefacientes.

Debe tenerse presente también que no resulta necesario que el autor posea la mercadería en cuestión ni que la entregue personalmente; esta es una conducta de tráfico ilícito, razón por la cual puede darse la intermediación.

Se consideró típico el acto de venta a través de intermediarios, incluso en el caso de que el vendedor no llegue a detentar materialmente la droga en ningún momento. Este sería por ejemplo el caso de los jefes de organizaciones destinadas al tráfico de droga que no detentan la sustancia, pero que sin embargo son los que acuerdan la operación de venta<sup>35</sup>. La nota característica es la habitualidad; por ello el suministro oneroso, aislado, no encaja en el tipo.

Resulta comprendido en el tipo la permuta, esto es cuando la materia prima, las plantas o las semillas se abona con algo distinto al dinero (joyas). Incluso podría recibirse a cambio estupefacientes, tal como fuera admitido por el Tribunal Supremo de España<sup>36</sup>. La provincia de Buenos Aires sólo está habilitada a perseguir la permuta de estupefacientes.

Debe tenerse presente que la voz “comercio” en el artículo 5to. de la ley de drogas representa un elemento normativo del tipo que debe ser valorado desde la órbita de lo jurídico.<sup>37</sup> Si bien últimamente Zaffaroni clasifica a los elementos del tipo en interpretables y no interpretables. Los primeros serían descriptivos y no dejan de serlo aún cuando requieran de una precisión jurídica. Los no interpretables serían remisiones valorativas del comportamiento, p.ej. el concepto “honestidad” en el delito de estupro. En realidad dice Zaffaroni estos serían los verdaderos elementos valorativos.<sup>38</sup>

El delito bajo análisis exige la existencia de un contrato criminal

---

<sup>35</sup> JOSHI JUBERT, U., ob. cit., pág. 146, El Tribunal Supremo Español, sentencia del 14 de diciembre de 1992, con voto de Enrique Bacigalupo, sostuvo “son típicas las conductas de entrega de droga y cobro de precio; es indiferente realizar estas acciones en nombre de una tercera persona: no modifica el carácter de autoría”.

<sup>36</sup> Del voto del Juez Martín Pallín, Sentencia del 5 de noviembre de 1994. Ello además con fundamento en la autonomía del derecho penal. Conf. REY HUIDOBRO, ob. cit. pág. 128.

<sup>37</sup> Ver Roxín, Claus “Derecho Penal”, Civitas; Madrid 1997, pág. 306.

perfectamente equiparable a los que se realizan en la vida civil; requiere que el vendedor le provea al comprador de estupefacientes a cambio de dinero o de cualquier otra conducta o cosa que satisfaga al vendedor. Esta conducta encuentra su antecedente en el artículo 36 de la Convención Única de 1961, al establecerse en las disposiciones penales “la venta de estupefaciente si se cometen intencionalmente”.

En ese orden, se ha resuelto que “el sólo dato proporcionado por las conclusiones de la pericia química de fs. 224/225 en cuanto atribuye identidad cualicuantitativa entre la droga hallada en poder de un presunto comprador y la intervenida en el domicilio de un supuesto vendedor confrontado a la luz de las restantes constancias colectadas durante la instrucción, en general no permiten tener por acreditado que se haya abonado suma de dinero lo que descarta la aplicación de la figura legal” (T.O.F. M d.P. “causa Ohaco” , número 1713. inédita).

#### **7. Entrega de Sustancias Estupefacientes a título oneroso o gratuito.**

La entrega de estupefacientes reprimida en el inc. e) del art. 5 de la ley 23737 con pena de reclusión o prisión de cuatro a quince años constituye una conducta de tráfico ilícito. La acción consiste en entregar el estupefaciente que pase así a poder del adquirente –relación bilateral- con la finalidad de favorecer, facilitar o promover el tráfico ilícito.

En tal sentido no se comparte la opinión de Laje Anaya en cuanto sostiene que *“cualquier finalidad trascendente a la conducta típica carece de relevancia a los fines de su integración, ya que éste no la requiere”*<sup>39</sup>. Justamente la grave penalidad con que se castiga el acto de entrega persuade de que se trata de un supuesto de tráfico ilícito, descartándose que pueda incluirse en este inciso el convite aceptado entre consumidores.

---

<sup>38</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar cit. pag 340.

<sup>39</sup> LAJE ANAYA J. , ob. cit., pág. 136.

El que recibe la droga responderá por su tenencia, motivo por el cual nos remitimos a lo expresado en orden a este delito.

A nuestro juicio el envío de estupefacientes en cuanto implica poner a disposición de otro la sustancia quedaría comprendido en esta figura.

Es común que el remitente realice actos a fin de poner a disposición del destinatario la droga; obviamente el agente debe conocer que envía estupefacientes<sup>40</sup>; dicha acción debe ser presidida por la finalidad de promover, facilitar o favorecer el tráfico ilícito.

El delito es instantáneo y admite tentativa.

En caso que el envío se realice al extranjero cabe analizar la vinculación de esta conducta con el delito de contrabando.

## **8. Suministro de sustancias estupefacientes.**

Suministra quien provee a otro la sustancia estupefaciente sabiendo que la necesita. Este conocimiento de la persona del usuario repercute claramente en la conducta de suministro que como todas las previstas en este artículo 5to. son de tráfico ilícito.

En el suministro el agente entrega la droga al usuario y éste por su parte la recibe.

El suministro oneroso se da cuando la entrega de la droga obedece a una contra prestación, que no necesariamente debe consistir en dinero.

En el aspecto subjetivo el agente debe conocer el carácter estupefaciente de la sustancia suministrada, pero además, y teniendo en cuenta

---

<sup>40</sup> La C.S.J.N. resolvió un caso que deviene interesante en orden a la repercusión del error sobre el carácter de la sustancia; en tal sentido el alto tribunal descalificó el pronunciamiento de la Cámara Federal de Mar del Plata que *"admite que el imputado incurrió en error de subsunción al haber vendido un medicamento sin saber que era un estupefaciente; el a quo debió analizar dicha circunstancia a la luz de las reglas del error de prohibición en el plano de la culpabilidad, a fin de llegar a una conclusión fundada sobre su posible aptitud excusante, pues incurre en arbitrariedad la sentencia que omite pronunciarse sobre un extremo que puede resultar conducente para la solución del caso"*. Luego afirmó *"que constituye una afirmación dogmática que descalifica la sentencia la conclusión acerca de que el desconocimiento de la calidad de estupefaciente de una medicina vendida sin receta es una circunstancia accidental, irrelevante a los efectos del dolo del delito del art. 8º de la ley 23.737"*. C.S. 14-03-2000 "Gebauer Guillermo y otro";



que la entrega se realiza a quien necesita la droga, dicho suministro debe estar presidido como conducta de tráfico –aún a título gratuito- por la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito de sustancias estupefacientes.

Lo precedentemente dicho resulta lógico si se tiene en cuenta que el suministro gratuito es generalmente un acto gravemente delictivo con el cual el traficante inescrupuloso va ganando la clientela.

Durante la vigencia de la ley 20.771 se entendió que el suministro de estupefacientes debía reservarse a aquellos episodios en los que el sujeto activo asuma una actitud inductora –con visos de permanencia y/o habitualidad- tendiente a captar el futuro usuario de drogas.<sup>41</sup>

Terragni señala, correctamente en nuestra opinión que *“no se trata de un mero aprovisionamiento sino de una entrega metódica, basada en la creación de una ulterior necesidad o dependencia del sujeto pasivo, ya sea para medrar con ella con el vituperable narcotráfico o con cualquier otro designio disvalioso. En el espíritu de la sentencia está presente el sentido de que la finalidad primordial de aquella ley sería la de reprimir el tráfico de estupefacientes; ante todo: el suministro en cualquiera de sus formas de las sustancias que más allá de su empleo legítimo por la medicina, pueden transformarse en materia de un comercio favorecedor del vicio con todas las secuelas que produce”*<sup>42</sup>

Lo requerido en el aspecto subjetivo de la tipicidad permite excluir el peligro de difusión del consumo ilícito cuando la entrega se hace a persona concreta *“ya consumidora inveterada de las mismas y se pretende evitarle los sufrimientos y angustias del síndrome de abstinencia, que sufrirá en caso de carecer de las drogas a cuyo consumo está habituada”*<sup>43</sup>.

---

Rev. La Ley del 5-8-2000, pág. 9. Las conclusiones del máximo tribunal resultan aplicables a todos los tipos que requieren el elemento normativo "estupefacientes".

<sup>41</sup> Ver TERRAGNI M.A., *Régimen penal de los estupefacientes*, Rubinzal-Calzoni, Santa Fé, 1989, pag. 98/99.

<sup>42</sup> Ver TERRAGNI M.A., ob. cit., pág. 99.

<sup>43</sup> Ver JOSHI JUBERT U., ob. cit., pág. 150.

Va de suyo entonces que el “convite”, entrega de drogas a un consumidor para ser consumidas en ese momento, en un ámbito privado no constituye un acto de tráfico ni afecta la salud pública.<sup>44</sup>

Del mismo modo el suministro de estupefacientes a un consumidor inveterado de los mismos, con el propósito de evitarle los sufrimientos y la angustiada situación generadas por el síndrome de abstinencia, cuando no se recabe contraprestación alguna, y el consumidor la usa en presencia del suministrador en forma inmediata.

Resulta evidente que en estos casos la conducta de suministrar no genera riesgo para el bien jurídico tutelado por la norma y que en base a una concepción material de la antijuridicidad cabe descartar que la misma pueda ser aprehendida por el inciso “e” del artículo 5to. comentado.

En base a lo precedentemente expuesto el Tribunal Supremo español, en sentencia del 12 de enero de 1995 revocó una sentencia condenatoria en el siguiente caso:

*“Olga María llevaba droga (una jeringuilla que contenía heroína y una pequeña cantidad de cocaína) en las prendas de abrigo que llevaba a su marido que se encontraba esperando en el cuartel de la Guardia Civil para ser conducido a la prisión. Pretendía evitar a su marido en la próxima reclusión a que se enfrentaba, los efectos de una forzada abstinencia, sin riesgo de uso público indiscriminado de la droga que le pretendía entregar. Esta Sala recoge en varias sentencias la no tipicidad delictiva de la tenencia de drogas tóxicas en los casos en que esa tenencia no determina peligro de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de las mismas, faltando en esos casos el sustrato de antijuridicidad del acto, y ello es lo que ocurre cuando se demuestra no existir posibilidad de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas y la entrega se destina a persona concreta que es ya consumidora inveterada de las mismas y se pretende evitarle los sufrimientos y angustias del síndrome de abstinencia, que sufrirá en caso de carecer de las drogas a cuyo consumo está habituado, lo que excluye, además, el elemento de culpabilidad para su sanción, siempre que, para descartar cualquier posibilidad de difusión pública de la droga, la*

---

<sup>44</sup> Cfr. SEQUEROS SAZATORNIL F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento Jurídico*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 114.

*entrega se hiciera sin exigirse contraprestación alguna. Tal era el caso de autos: la conducta es impune*<sup>45</sup>.

Conviene aclarar que en nuestro derecho en casos como el comentado cabría la posibilidad de apreciar el delito de tenencia simple de estupefacientes.

### **9. Aplicación y Facilitación de estupefacientes.**

Si bien la aplicación de estupefacientes queda en jurisdicción federal habremos de referirnos a esta modalidad con la finalidad de distinguirla de otras conductas afines.

*Aplica “quien, por el método adecuado que la clase de estupefacientes requiera, hace ingresar al organismo de un tercero, la sustancia en cuestión”*<sup>46</sup>.

La grave pena con que se castiga esta conducta persuade de que se trata de una conducta de tráfico ilícito. El agente no ayuda a que el consumidor se aplique sino que él aplica promoviendo, favoreciendo o facilitando el tráfico ilícito.

Y ello es importante que sea destacado toda vez que si alguien aplica estupefacientes a otro para evitarle los sufrimientos y angustias del síndrome de abstinencia, o como parte de un tratamiento de deshabituación, no podrá sostenerse que dicha conducta se encuentra atrapada en el inciso “e” del art. 5to. de la ley 23.737.

Resulta obvio además que la aplicación del estupefaciente debe realizarse con el consentimiento del usuario; en caso contrario la conducta se desplaza al art. 11 inc. “b” de la ley 23737.

---

<sup>45</sup> Ver JOSHI JUBERT U., ob. cit., pág. 158.

<sup>46</sup> LAJE ANAYA J., ob. cit., pág. 138/139.

Si bien no es necesario que la totalidad de la dosis haya sido empleada, cabrá apreciar tentativa cuando el iter criminis sea interrumpido antes de procederse a la aplicación del estupefaciente o inmediatamente después.

La figura en tanto requiera la presencia de un elemento subjetivo de injusto no admite el dolo eventual.

La facilitación de estupefacientes se da cuando el autor pone al alcance o disposición del tenedor la sustancia prohibida. El que facilita no entrega directamente.

En este caso la grave pena con que se castiga la facilitación –4 a 15 años de prisión o reclusión- exige que la misma esté presidida por un elemento subjetivo de injusto –promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito-; ello así porque se trata de una conducta de tráfico.

Este delito admite tentativa y por las mismas razones expuestas respecto de la aplicación de estupefacientes no admite el dolo eventual.

Debe enfatizarse que en todos los casos contemplados en el art. 5to. de la ley 23737 el destinatario del reproche penal es el traficante, no el adicto, verdadera víctima del flagelo de las drogas.<sup>47</sup>

Y en tal sentido debemos criticar, una vez más, la deficiente técnica legislativa de que hace gala la ley 23.737. Como enseña Zaffaroni *“a nadie se le ocurre tipificar conductas de homicidios, por ejemplo, a través de una previsión con abuso increíble de verbos, como sería, ‘apuñalar’, ‘prestar el arma’, ‘facilitar la casa’, ‘prestar el vehículo para el homicidio’, ‘transportar el cadáver’, ‘ocultar los rastros’, ‘engañar a la víctima’, ‘quemar el cadáver’, ‘instigar a matar’, ‘comenzar a matar’, ‘preparar una trampa’, ‘pagar para matar’, ‘colaborar en la emboscada’, etc. En nuestra técnica, basta con tipificar el homicidio y prever la tentativa y la participación como fórmulas generales. Menos aún se nos ocurriría definir cada una de esas acciones y establecer reglas diferentes de pena para la tentativa y la participación de cada tipo legal. Un código redactado en esta forma sería para nosotros un monstruo técnico y resultaría prácticamente inmanejable*

---

<sup>47</sup> Ver Cámara Federa de La Plata, Sala II, 3-12-85, “Altamirano Ramón M. y otros”, Rev. L.L. 1986 –A-410.

por los tribunales *..Es obvio que la expuesta técnica legislativa es ajena a nuestra modalidad legislativa, pero además, y dentro del contexto de nuestra doctrina, cabe que nos preguntemos cuál es su significado. Ante todo está revelando un afán por no dejar ningún hueco de punibilidad: quien tenga algo que ver con un tóxico prohibido comete delito. En este aspecto, no debe pensarse que las definiciones son cuidadosas, en el sentido de procurar una precisión de la legalidad típica, sino en el de cubrir toda posibilidad con punibilidad. Cada una de estas previsiones se amplía, lógicamente, mediante las fórmulas generales de la tentativa, participación o de preparación. Esto significa que, en tanto que para la generalidad de los delitos es punible la acción típica, su tentativa y su participación, reconociendo formas de menor pena para estas últimas modalidades, en los delitos referentes a tóxicos, es punible la acción típica, la tentativa, la participación y la preparación, todos como tipicidades principales. Además de la insólita extensión de la punibilidad que implica esta técnica, quedan equiparadas a los efectos de la punibilidad las conductas consumadas a las tentadas, las participaciones secundarias a la autoría e incluso los actos preparatorios a los consumados. Esta es una clara característica del derecho penal autoritario, que se hace evidente en el Codice Rocco, en las leyes nacional socialistas, etc.*<sup>48</sup>

#### **10. Tenencia de drogas para consumo personal. Breve comentario y evolución jurisprudencial.**

El artículo 14, 2da. parte, de la ley 23.737 dispone *...“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”*.

El artículo tiene como antecedente el artículo 6° de la ley 20.771 que reprimía con prisión de 1 a 6 años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieren destinados a uso personal.

---

<sup>48</sup> Ver ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, “La legislación antidroga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario” en *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, 1994, pag 133/146. En el mismo sentido AZZI P. “Sistema Penal: Cuestiones Fundamentales y Problemática Actual”, Buenos Aires, julio de 2.000, pág 9/14, Universidad de Buenos Aires, Departamento de Postgrado, inédito.

Debemos señalar que fue la ley 11.331 la primera disposición legal dictada en nuestro país que reprimió la tenencia de estupefacientes por parte de aquellas personas que no están autorizadas a ejercer dicha tenencia. Se agregó, como se dijo, al artículo 204 del C.P. el siguiente texto: *“Los que no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia, sufrirán la misma pena”*.

Desde los albores de la disposición comentada comenzó a cuestionarse si ella era aplicable a quienes poseen alcaloides o psicotrópicos con fines de uso personal. En 1930 el Dr. Luna Olmos en el plenario “González Antonio” votaba por la impunidad de la tenencia con fines de uso personal, cuando no estuviera destinada a la venta o difusión, en cuanto importa un ataque a la libertad personal garantizada por el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>49</sup>.

A fin de evitar lagunas de punibilidad se sancionó la ley 11.309 que castiga el expendio de drogas aún cuando quienes lo realizan no sean profesionales.

La insuficiencia de la norma fue advertida en la Memoria de la Policía de Capital de 1924, en la que se exponía que no obstante el secuestro de sustancia estupefaciente en numerosos procedimientos no se pudo comprobar la venta, entrega o suministro que es lo penado por la legislación vigente<sup>50</sup>. Por lo tanto concluye la Memoria solicitando la punición *“para los que tienen en su poder alcaloides sin causa justificada, modalidad ésta la más común entre los que se ocupan del tráfico clandestino de drogas”*.

La ley 11.309 fue sancionada sobre la base de un proyecto presentado por el diputado Bard ante la repercusiones sociales que originó el fallo dictado por la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal en el caso “Morgan”.

---

<sup>49</sup> Cámara Criminal y Correccional Capital Federal, Fallos Plenarios, 1-60; TERRAGNI, M. A., *Régimen Penal de los estupefacientes*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 1989, pág. 163.

<sup>50</sup> Diario de Sesiones del Senado, 1925-II, págs. 51/524.

El hecho que motivó el pronunciamiento judicial fue el siguiente: Morgan ingresó a un café de la Capital Federal denominado “La puñalada” y luego de entrevistarse con un sujeto, le entregó un paquete pequeño de los que comúnmente se usaban para envasar cocaína en cantidades menores. Luego de recibir el continente con lo que se decía contenía aquella sustancia, el desconocido se dio a la fuga, secuestrándosele a Morgan de entre sus ropas otros dos envoltorios que efectivamente contenían la droga, para aducir el detenido que eran para uso personal.

Los jueces que formaron mayoría en el tribunal concluyeron que “es una deficiencia de nuestra legislación penal que los jueces no pueden suplir haciendo aplicaciones analógicas...”*”Ni el artículo 201 ni ningún otro del código prevén el caso del que, a sabiendas, y sin engañar sobre las sustancias ni sobre sus bondades, venda o entregue a terceros, que también saben lo que compran, cocaína o cualquier otro alcaloides, por más nocivos que ellos sean”*.<sup>51</sup>

Finalmente el proyecto de la Cámara de Diputados que decía “Los que tengan en su poder las drogas comprendidas en el régimen de esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia, sufrirán la misma pena” fue modificado en Senadores por el siguiente: “Los que no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia, sufrirán la misma pena”.

Este texto legal impedía, según el criterio de aquel entonces de la Cámara de Apelaciones de Capital Federal, reprimir la tenencia de estupefacientes para consumo personal porque no se podía reprimir un acto privado, como era el consumo de sustancias tóxicas<sup>52</sup>.

Los doctores Coll, Ortiz de Rozas y Luna Olmos se mostraron renuentes al castigo de la tenencia para consumo personal, lo que fue avalado en dicha época por autores de la talla de Molinario, quien sostenía: “condenar a

---

<sup>51</sup> Gaceta del Foro, T 46, septiembre-octubre de 1923, N° 262, Morgan Ricardo, pág. 196 cit. por LAJE ANAYA, ob. cit. págs. 26/27.

<sup>52</sup> Gaceta del Foro, 74-192.

*un toxicómano por el hecho de serlo, significa lo mismo que castigar a un loco por el hecho de que lo es. Hay que curarlo*".<sup>53</sup>

La exposición de Motivos del Proyecto Peco muestra una postura totalmente contraria a la incriminación de la tenencia para consumo personal. El artículo 230 edicta: *"Al que ejerciere el comercio de sustancia estupefacientes o las tuviere en su poder con destino al comercio, las suministrare o las procurare a otro, sin autorización o con quebrante de la ley o los reglamentos, se le aplicará privación de la libertad de seis meses a tres años"*. Es evidente que Peco excluye al vicioso cuando la tenencia es para esos fines<sup>54</sup>. *"El Código ha de enfocar al delincuente no al vicioso"*, concluye.

La opinión de Peco seguramente influyó en Sebastián Soler quien en el Proyecto de 1960 desincrimina la tenencia de cantidades que no excedan un uso personal. Y añade *"obsérvese que la ley dice un uso, con lo cual en modo alguno queda autorizado el acopio bajo el pretexto de ser toxicómano el tenedor de cantidades apreciables...Nada impide, en efecto, que un toxicómano además de serlo, posea drogas en cantidades que abarquen o puedan abarcar no sólo el vicio propio sino también vicios ajenos, y que por tal motivo sea punible. El tema de la tenencia es grave, pero claro"*.<sup>55</sup>

La opinión del egregio penalista, se deja ver con argumentos inobjtables cuando al comentar el inciso 3ero. del artículo 204 del Código Penal, según ley 17.567<sup>56</sup> dice:

*"Pero el caso límite está representado por la tenencia para uso personal. A nuestro juicio, la tenencia para uso personal no debe ser alcanzada, porque no es punible la autolesión, para la cual la tenencia de tóxico constituiría un acto preparatorio. La cuestión consiste en alcanzar a los traficantes a quienes*

---

<sup>53</sup> TERRAGNI, M. A., ob. cit. pág. 169. Quien cita la opinión de Eusebio Gomez. *"desde el punto de vista científico es inadmisibile estatuir penas para reprimir la toxicomanía. Cualquiera que sea su origen, la toxicomanía reviste los caracteres de una enfermedad. Y si las toxicomanías constituyen verdaderas entidades nosológicas, que la psiquiatría ha caracterizado con precisión, y si los afectados por ellas son sujetos de innegable peligrosidad, no es su represión lo que corresponde, sino su tratamiento impuesto por una ley fundada, precisamente, en esa peligrosidad"*, cit. pág. 171.

<sup>54</sup> LAJE ANAYA, ob. cit. pág. 31.

<sup>55</sup> SOLER, S., *"Derecho Penal Argentino"*, Tea, T IV, pág. 575.

<sup>56</sup> Inciso 3ero. *"El que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que corresponden a un uso personal, sustancias estupefacientes o materias primas destinadas a su preparación;"*



*es posible sorprender con cantidades de drogas; pero es difícil sorprenderlos vendiéndolas. Desde este punto de vista, resulta claro que el tercer inciso constituye la incriminación de un acto preparatorio de la figura trazada en el inc. 4° (venta por persona no autorizada), de manera que cuando en concreto se demuestre lo contrario –y el consumo personal lo prueba- no es de aplicación este inciso. Por otra parte, castigar al tenedor en tales casos constituye una forma velada de castigar un vicio, procedimiento contra el cual se levanta la autoridad médica unánime, y el debate parlamentario no muestra que el legislador entendiera apartarse de tales principios, en los que concuerdan la ciencia médica y las razones jurídicas”.*<sup>57</sup>

Según se advierte desde antaño se enfrentan dos concepciones acerca de la incriminación de la tenencia de enervantes para consumo personal. Quienes la admiten porque a través de su castigo se combate el tráfico ilícito no alcanzan a contradecir el hecho cierto y notorio que el derecho penal termina castigando a la víctima de tráfico ilícito, a un enfermo que reclama tratamiento, no reclusión. Que la defensa de la sociedad en tales supuestos representa “una presunción de autoría que no se puede compartir”<sup>58</sup>.

La ley 20.771 retomó el criterio de la ley 11.331 castigando en su artículo 6 con prisión de 1 a 6 años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.

La cuestión como dice Terragni se volvió a reactivar, pero el castigo de la tenencia para consumo en un Estado de Derecho que se precie de ser democrático no puede admitirse bajo ciertas circunstancias. Ello amerita una aclaración porque en definitiva son estados de derecho también los totalitarios (Rechtsstaat) ya que el poder tiene en éstos una fuente y una forma legal.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> SOLER, S., ob. cit. quien critica la opinión de Ramos Mejía y remite en apoyo de su tesis al Código Penal italiano y a las opiniones de Zerboglio y Maggiore.

<sup>58</sup> FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo Perrot, Bs As., 1966, T VI, pág. 364. Critica el distinguido penalista a Alberto Loza Leguizamón, quien llega incluso a afirmar, no sin cierta ligereza, que la nueva ley absuelve también al traficante (Jurisprudencia Argentina del 12 de Agosto de 1968), olvidando que el inciso 4° del artículo 204 ter. prevé expresamente, amenazando el hecho con pena sensiblemente superior a la del anterior artículo 204, la venta, entrega, suministro o aplicación de estupefacientes por persona no autorizada, y que en el inc. 5° se aplica la misma sanción al que solamente facilite un local para que concurren a él personas con el objeto de consumir sustancias estupefacientes. (ob. cit.).

<sup>59</sup> Ver FERRAJOLI L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 856 y sgtes.

En otro sentido son auténticos “Estados de derecho” sólo los constitucionales, ya que en ellos, sus niveles normativos superiores incorporan no sólo límites formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

Este “Estado” nacido de las modernas, constituciones se caracteriza, entre otras cosas, por la funcionalización de todos sus poderes al servicio de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su “Constitución” de los deberes públicos correspondientes, es decir, la prohibición de lesionar los derechos públicos de libertad y las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.

Resulta superfluo recordar que *“el Estado moderno nació históricamente como Estado de derecho mucho antes que como Estado democrático, y que la democracia política más perfecta, representativa y directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo en ella fuese ilimitado. Sus reglas son las mejores para determinar quién debe decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión”*<sup>60</sup>. Como magistralmente destaca Ferrajoli, ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir que un hombre muera o sea privado de su libertad sin culpa. Los derechos fundamentales no pueden tener un contenido utilitarista, el bienestar general no constituye una buena base para recortarlos (Dworkin), o siguiendo a Tocqueville, en cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente, me importa poco saber quien me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten.<sup>61</sup>

Volviendo a Terragni, debemos suscribir su opinión: *“No es sólo el límite de la actividad del Estado y consiguiente reserva del ámbito de libertad de los ciudadanos lo que está controvertido, sino también la misma naturaleza del Derecho Penal argentino, cuya base constitucional debe ser respetada. Nuestro ordenamiento es derecho penal de acto. No se puede castigar una manera de ser, una característica personal, racial, religiosa, ideológica, o la enfermedad, sino la realización de una acción concreta. Por eso cuando el artículo 18 de al*

---

<sup>60</sup> FERRAJOLI L. ob. cit. pág. 858.

<sup>61</sup> FERRAJOLI L. ob. cit. págs. 659, 869, 861.

*Constitución Nacional, dice que nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, la palabra hecho identifica una acción humana, que la ley penal se encarga de identificar, dándole perfiles nítidos. Nunca nuestra ley penal podría castigar al toxicómano, sino que debe limitarse a incriminar acciones del hombre que sean políticamente dañosas, como enseñaba Carrara”.*<sup>62</sup>

La crítica doctrinaria y jurisprudencial ha girado en torno de hasta que punto la tenencia de enervantes para uso personal, constituye una acción privada intrascendente a terceros en función de lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Se estaría castigando en definitiva una forma de ser? Se afectaría de este modo el principio cogitationem poena nemo patitur? (las ideas no se punen).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse en diversas oportunidades. En uno de tales casos entendió que la letra y el espíritu de esta norma trascienden los límites del derecho a la intimidad, siendo lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieron derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal, salvo, obviamente, las destinadas a un empleo legítimo justificado por la medicina.<sup>63</sup>

Sin embargo la misma Corte Suprema, ahora con otra composición al resolver los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, afirmó la postura contraria. Sostuvo el más alto tribunal que:

*“El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir entre las acciones que ofenden la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del artículo 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción. Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la base de potenciales daños que puedan*

---

<sup>62</sup> TERRAGNI, M. A., ob. cit. pág. 177.

<sup>63</sup> C.S.J.N., 9-8-1979; E.D. 85-371.

*ocasionarse de acuerdo a los datos de la común experiencia no se justifica frente a la norma del artículo 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de 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 aún en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros”.*<sup>64</sup>

Los fallos de la Corte Nacional suficientemente conocidos por todos los operadores del sistema han desbrozado con enjundia el problema de la drogadicción, la inconveniencia del castigo del eslabón más débil de la cadena de tráfico, y que a pesar de haber sido modificado por el mismo tribunal –con otra composición- puede afirmarse que sus argumentos no han sido desvirtuados.<sup>65</sup>

Como se sabe la ley 23.737 castiga la tenencia de estupefacientes para consumo personal en su artículo 14 2da. parte. Dicha ley fue sancionada el 21-9-1989 encontrándose vigente la declaración de inconstitucionalidad formulada por la CSJN in re “Bazterrica” y “Capalbo”. Por lógica consecuencia se advertía una confrontación en aquel entonces entre la Corte Suprema y el Poder legislativo que volvía a insistir, como lo había hecho con el artículo 6 de la ley 20.771, con la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Se sabe también que la Corte Suprema con nueva composición afirmó la constitucionalidad del artículo 14 2da. parte de la ley 23.737. Pero así como el diputado Cortese, miembro informante de la comisión reivindicó *“la exclusiva e indelegable competencia del Congreso...cuando una conducta privada que se dirige al propio envilecimiento puede tener la entidad criminal de trascender y poner en peligro bienes jurídicos preponderantes para la vida en comunidad”*, cabe recordar como dice Ferrajoli que:

---

<sup>64</sup> Ver C.S.J.N. “Bazterrica, Gustavo M.” y “Capalbo, Alejandro C.”, Rev. L.L., 1986 “D” pág. 550 y L.L. “D” pág. 582; ver en especial el voto del Dr. Petracchi.

<sup>65</sup> La protección de los valores morales, la familia, la juventud, la niñez, la subsistencia de la Nación y toda la humanidad, amerita para la C.S.J.N. el castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Ver La Ley 1991, “C”, pág. 80.

*“El límite infranqueable que impone la Constitución y los Convenios internacionales sobre derechos humanos permite atribuirle un sentido preciso a la frase ‘existen tribunales en Berlin’ (j) y esto es que haya un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena, o a condenar cuando existan pruebas, aún cuando esa misma opinión quisiera la absolución”.* El límite sigue siendo la Constitución Nacional y los 105 votos a favor de la punición que registra la sesión en Diputados, dato insoslayable por cierto, no logra conmover – a nuestro juicio, se insiste- los fundamentos de algunas disidencias, vrg. la del diputado Nicolás Alfredo Garay quien alertaba de que *“se estaba penando al enfermo, al adicto, por el hecho de que consume y porque para consumir debe entrar en posesión de la droga, sino lo que estamos tratando de incriminar es ese contagio social que produce, es decir, el peligro que implica el consumo y la tenencia para el resto de los individuos de una comunidad”*<sup>66</sup>.

Vienen al caso las reflexiones de Esteban Righi cuando repara en que *...“todo individuo es soberano sobre sí mismo, su propio cuerpo y espíritu, por lo que sólo hay motivo legítimo para imponer una pena cuando se ejecuta un acto que perjudica a otra persona, es decir cuando existe un conflicto entre el autor y una víctima...aún el reconocimiento de la existencia de este conflicto no es razón suficiente para legitimar la punición, pues si no trasciende el plano de la decepción exclusivamente individual, no constituye un asunto público, y por lo tanto, no implica un motivo suficiente para la reacción estatal”*.<sup>67</sup>

En un ilustrado comentario a un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en el que se encuadró la tenencia de una pequeñísima cantidad de estupefacientes para consumo personal como una autopuesta en peligro que cae por fuera del ámbito de protección de la norma, el autor, Marcelo Colombo, señala que la argumentación es atractiva pero se apoya en un axioma

---

<sup>66</sup> Ver Diario de Sesiones de Diputados, 30-III-1989, pág. 7877 y sgtes.

que no es tal que deslegitima toda su posterior construcción lógica. Ello así porque la salud pública como bien jurídico tutelado es un bien jurídico plural, que como tal trasciende la disposición estrictamente individual que de él pueda realizar uno de sus ciudadanos cotitulares mediante su autopuesta en peligro<sup>68</sup>. Y dice bien Colombo *“para que opere el consentimiento de la víctima el sujeto debe ser titular del bien jurídico, debe tener una facultad de disposición absoluta sobre éste”*.<sup>69</sup> Pero es que en aquél caso se rechazó en base a las circunstancias de hecho que la salud pública, más allá de lo reconocido por la norma resultara afectada; por lo que sólo cabría analizar la posible afectación de la salud individual del tenedor o de un tercero, que en ese ámbito, recibiera parte de la droga suministrada por el tenedor para consumirla en ese momento. Si ello se omite estaríamos frente a un bien jurídico aparente. Es correcto analizar, entonces, dicho supuesto bajo el prisma de la autolesión y de tentativa de lesiones al suministrado como lo ha preconizado Enrique Bacigalupo en algunos fallos del Tribunal Supremo español, sala en lo penal y desde la doctrina Zaffaroni y Bustos Ramirez entre otros<sup>70</sup>.

De cualquier manera se se reafirma en compatibilidad con el Estado de Derecho democrático que la función fragmentaria del derecho penal nos alerta que el bien jurídico le viene tutelado por la Constitución Nacional, Derecho internacional y el resto de la legislación. El derecho penal no crea

---

<sup>67</sup> Ver *“Dogmática y política criminal de la víctima”*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*; -75 aniversario del Código Penal-, Ad Hoc, Bs. As., 1997, pág. 326/327.

<sup>68</sup> El carácter de bien jurídico colectivo de la salud pública es discutido por Roland Hefendehl. “La salud pública no es un bien jurídico colectivo, sino la suma de los bienes jurídicos individuales. Este descubrimiento tiene efectos decisivos, puesto que sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. La decisión de una persona de llevar una vida insana no justifica la intervención del derecho pena; el pensamiento paternalista debe permanecer ajeno a las reflexiones en torno a los bienes jurídicos. Ver Hefendehl Roland ¿“ Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros “? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

<sup>69</sup> COLOMBO, M., “Un valioso intento de Jaque mate a la tenencia de Estupefacientes para consumo personal”; *Suplemento Revista La Ley, Jurisprudencia Penal* a cargo de Francisco D’Albora, Bs. As. 4 de mayo de 2001, págs. 20/33.

<sup>70</sup> La pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y por ende es violatoria del art. 19 constitucional. Ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, 2000 pag.476; Bustos Ramirez, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel Derecho, 1991 pag 234. Se reitera, la designación del nombre del bien jurídico tutelado no puede impedir que se indague en el caso concreto su posible afectación, lo que evidentemente no ha captado el comentarista del fallo. Es que como señala Hefendehl “los delitos de peligro abstracto, deberían, además, ser aquellos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar (Zufallsbeherrschung). La intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores constituye un ejemplo de parcela predestinada a la aplicación de la figura del peligro abstracto. (op.cit.).

bienes jurídicos ni puede penalizar pragmas no conflictivos como enseña Zaffaroni.

DR. ROBERTO ATILIO FALCONE

JUEZ DE CAMARA

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Profesor Titular ordinario de Derecho Procesal Penal.