

La penalización de cultivo de marihuana. Sus problemas frente a la Constitución Nacional.¹

Por Fernando J. Sande

Es conocido el debate que se ha generado en distintos ámbitos (académicos, legislativos y judiciales) acerca de la constitucionalidad de la ley 23.737. Dichos debates abarcan distintas particularidades de la norma en cuestión. Aquí, en principio, se criticará dicha norma por las consecuencias que acarrea al proceso democrático, al ser una ley penal en blanco. Luego, se hará especial referencia al art. 5° inc. “a” por existir un colectivo social que clama por la despenalización de ese artículo, en particular, militan por la despenalización del cultivo y la tenencia de plantas de marihuana. Luego se evaluarán particularidades del auto-cultivo, así como el criterio cuantitativo para diferenciar la figura principal de la atenuada del artículo en cuestión. Luego, se evaluará la aplicabilidad de dicha figura penal frente al principio de lesividad. Se postulará que el auto-cultivo debe ser la presunción en los casos de siembra de plantas de marihuana. Que entonces cabe analizar si con el auto-cultivo hay daño a terceros. Se revalorizará el derecho a la intimidad, y de reserva del art. 19 CN.

¿De qué hablamos cuando hablamos de “estupefacientes”?

Según la Real Academia Española, es estupefaciente una “Sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad; p. ej., la morfina o la cocaína.”.

Ahora bien, según el Estado Argentino, *“El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.”* (art. 77, párrafo 9° del Código Penal).

¹ Trabajo final de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella.

A su vez, esas listas mencionadas en el párrafo anterior se encuentran incluidas en el marco de una regulación promulgada por el gobierno de facto de Onganía, normativa aún vigente (Ley N° 17.818). Dichas listas pueden ser modificadas por la autoridad sanitaria (el A.N.M.A.T.).

Es decir que cuando hablamos de estupefacientes hablamos de aquellas sustancias que el Poder Ejecutivo Nacional decide prohibir, cuestión que no tiene porqué ser argumentada, sino que con incluir una sustancia cualquiera en esa lista, mediante una resolución administrativa sujeta al mismo requisito que cualquier acto de gobierno (arts. 1 y 28 de la C.N.) alcanza para la prohibición.

Entiendo que la norma en cuestión tiene una baja legitimidad democrática, por ser una *ley penal en blanco*, con los problemas constitucionales que ello trae aparejado².

Especialmente se debe tener en cuenta que *“a través de las leyes penales en blanco, el legislador penal está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, que la transfiere a funcionarios y órganos del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, está incurriendo en el abandono de la cláusula de última ratio, propia del estado de derecho.”*³

Las características descritas, la transforman en una normativa con baja presunción de legitimidad y, por otro lado, con serios problemas frente al principio de legalidad, y al principio republicano de gobierno. El primero ya que este exige que la norma prohibitiva esté precisamente determinada, y la remisión observada lo impide. El segundo, dado que no son representantes del pueblo quienes determinan la norma penal/prohibitiva.

Los reclamos dados en el proceso democrático.-

² Al respecto, vale tener en cuenta el análisis de este tipo de normas que se realiza en “Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal Parte General”, Ediar, 2da edición, 2002, p. 115/116. La denominación se debe a Binding, Handbuch, p. 180, citado en la misma obra.

³Ob cit. p. 117.

Por otro lado, existe un colectivo en nuestra sociedad que se encuentra dispuesto a discutir la actual política de drogas del país. Fruto de esa lucha se han producido varios proyectos de ley modificatorios de la ley 23.737, los que aún no han sido aprobados por el Congreso de la Nación.

Asimismo, existe un colectivo de agrupaciones que se autodenominan como “cannábicas”, que reivindican las propiedades de una de las más de cien sustancias prohibidas por el estado, mientras que a su vez reclaman que éste no interfiera en su “ámbito de reserva”, garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional. Por su parte, reivindican el auto-cultivo de plantas de marihuana.

Es oportuno destacar que “La expresión de ideas, las críticas al poder público, no parecen merecer, en nuestro país, un cuidado especial⁴ y entiendo que urge cambiar esa dinámica. Asimismo, cobra especial relevancia dar una profunda discusión sobre los temas vinculados a los estupefacientes, dado que en los últimos meses, a partir de un documento de la “Conferencia Episcopal Argentina”, se reactivó un discurso en los medios masivos de comunicación en el cual “los estupefacientes” o el “narcotráfico” son entes abstractos para los que el sistema penal pareciera estar obligado a aplicar mecanismos claramente violadores de garantías internas y contenidas en los pactos internacionales de derechos humanos (hay sectores que impulsan la sanción de una ley que, por ejemplo, permita al estado derribar los aviones que resulten sospechosos de llevar consigo “estupefacientes”).

Ahora bien, en el presente trabajo se hará referencia a los artículos 5° inc. a) y el penúltimo párrafo de ese artículo, dado que son los que reprimen la siembra de plantas de cannabis, reclamo principal de los sectores antes aludidos. En esa línea además, entiendo fundamental en el tema estupefacientes particularizar de qué sustancia estamos hablando, a modo de contrarrestar la utilización unívoca del tema.

Los artículos que penalizan el cultivo.-

⁴Gargarella, Roberto; “El derecho a la protesta. El primer derecho”, editorial Ad Hoc, 2005, p.28.

El artículo 5° inc. a) de la ley 23.737 establece que: *“Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación”*.

Asimismo, el penúltimo párrafo del art. 5° de la ley citada establece *“En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”*.

Cabe resaltar que el artículo en cuestión prevee idéntica cantidad de pena en expectativa para diversas conductas. Esto lleva al ridículo de aplicar la misma pena a quien comercie, de quien produce plantas de marihuana. Aquí parece implicar especial relevancia la discusión de si las plantas son para consumo personal, o no, dado que la diferencia en cuanto a la punibilidad es enorme.

La desproporción punitiva. La interpretación.-

El espectro cubierto por la norma, pareciera obligar a establecer cierto número cuantitativo (de “dosis umbrales” posibles para consumir, en este caso, cigarrillos de marihuana o bien, cantidad de plantas) para definir su calificación.

¿Cómo se establece, en la praxis jurisprudencial, cual es la adecuación típica de los casos? En principio debe tenerse presente que la modalidad establecida por el art. 5° es idéntica a la del art. 14, es decir, existe una figura básica y una figura atenuada donde se exigen dos cosas “escasa cantidad” y, por otro lado, probatoriamente, que esa cantidad sea inequívocamente destinada al consumo personal.

La Corte en en el Fallo “Vega Giménez”(Fallos 329:6019), donde se analizaba este punto afirmó que al término “inequívocamente” debe interpretárselo, teniendo

en cuenta los principios “in dubio pro reo” y “favor rei” es decir: si el imputado es inocente y el acusador no puede probar, “inequívocamente” que la sustancia no era para consumo personal, corresponde la figura atenuada.

Ahora bien, ¿en qué elementos podría basarse un juez para decidir que el destino de la sustancia no es para consumo personal? La propia norma establece un **criterio cuantitativo** para establecer si la sustancia es para consumo personal, o no. Es preciso afirmar que el criterio cuantitativo utilizado, no es un criterio razonable para determinar si el consumo es personal, o no, por varias razones.

En principio, porque el nivel de consumo de cada usuario es, lógicamente, disímil. Por otro lado, el equívoco del criterio cuantitativo también radica en que se termina condenando, por ejemplo, por cantidad de plantas. La planta puede ser cultivada en interior o en exterior, y los tamaños que adquieren son también, disímiles. En este sentido, vale la pena destacar un fallo de la Cámara Federal de La Plata, en el que se estableció que *“debe advertirse que carece de sentido investigar, incluso por medios químicos, el rendimiento en THC (tetrahidrocannabinol) que podría obtenerse de las plantas secuestradas. Yace allí un profundo error, resultante de tratar a las plantas como si fuesen ya materiales producidos”*⁵. Y además, dependiendo del modo de cultivo, las plantas tienen diversos tamaños, con lo que establecer un número “razonable” de plantas, no es un criterio útil.

Afortunadamente, se han hecho considerables menciones sobre este criterio. En tal sentido, se ha expedido la Sala II de la Cámara Federal, en tanto estableció que: *“La evaluación de si la droga está destinada al consumo personal no puede ajustarse a parámetros cuantitativos rígidos, toda vez que idénticas cantidades podrán ser compatibles en un caso –y no en otro– con dicho fin, dependiendo del tipo de estupefaciente involucrado y las demás particularidades que envuelven cada actividad de consumo (cf. causa n°*

⁵ Causa N° 6602, caratulada: “M., M. A.; Z., M. M. s/ inf. Ley 23.737”, con sentencia del 21/11/12, cabe resaltar que en el caso se habían secuestrado 9 plantas de marihuana.

24.330 "MADROSTOMO" del 21/9/06, reg. n° 25.727; y causa n° 24.129 "CORSARO" del 10/10/06, reg. n° 25.837; entre otras)⁶

En la misma línea, entiendo que vale la pena reflexionar sobre ¿cuál podría ser el fin de la siembra, si no es para consumo personal? Recordemos que el inciso d) del artículo 5° penaliza a quien comercie con plantas o sus semillas.

A mi entender, si no se hallan elementos que den cuenta que la persona imputada se encuentra vinculada con el comercio de la sustancia en cuestión, se debe presumir que la misma es para consumo personal, amén del número de plantas (o dosis umbrales) que posea, por las razones expuestas precedentemente.

Entiendo que la previsión normativa que dispone una figura atenuada y una principal para los casos de siembra de plantas de marihuana deja al arbitrio del juez la subsunción típica del hecho en cuestión, cuando la diferencia de la pena en expectativa entre ambos supuestos es sustancialmente diversa: de un mes a dos años de prisión (la figura atenuada) y de cuatro a quince años de prisión (la figura principal).

Tal como se ha afirmado, entiendo que en los casos de siembra de plantas de marihuana, debe presumirse que dicho cultivo es para consumo personal, ya que el caso del comercio está previsto en otro artículo y, por otra parte, cuesta imaginar otro supuesto que no sea el consumo personal de la sustancia.

Imaginando el supuesto de que el imputado comparte su cosecha, a título gratuito, y la otra persona es un adulto, ¿podría penalizarse ese acto? Recordemos que en el voto del Dr. Lorenzetti en "Arriola" se afirma que *"toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea"* con fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional.

De este modo, parecería quedar un único supuesto en la norma, que sería la presencia de menores de edad en el ámbito privado donde se cultiven las plantas. Ahora bien, la sola presencia del menor en un lugar donde se tienen plantas de

⁶ Camara Criminal y Correccional Federal, "C.P.P. s/ procesamiento", con sentencia del 24/07/07

marihuana ¿afecta, de algún modo, al menor? El estado, a mi juicio, de valorar esa circunstancia, estaría entrando en una esfera moral. Al respecto, vale decir que luego de un destacado análisis, al que me remito, Nino afirma que *“mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para intervenir con ellos, es una posición lógicamente coherente”*⁷.

Sin embargo, en ciertos fallos el Estado, comete esta intromisión: *“en este caso, el cultivo de plantas destinadas a producir estupefacientes para el propio consumo (...) no quedó bajo la esfera personal o íntima de la imputada, puesto que en la vivienda en donde cultivó los dos ejemplares de cannabis no vivía sola, sino en compañía de otras personas”*⁸

Ante esa línea jurisprudencial cabe mencionar que: *“Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada.”*⁹

¿Es constitucional, entonces, la penalización del auto-cultivo de plantas de marihuana?

Así las cosas entonces, cabe preguntarse ¿es admisible la penalización del auto-cultivo de plantas de marihuana si, según lo expuesto, dicha conducta no afecta a un tercero?

La Corte tiene dicho, en “Arriola”¹⁰ que, con la reforma constitucional de 1994 y la inclusión de los pactos internacionales de derechos humanos se *“ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los*

⁷ Nino, Carlos, “Los límites de la responsabilidad penal, Editorial Astrea, 1980, p. 282.

⁸ Cámara Federal de General Roca “T., M. R. s/ ley estupefacientes”, con sentencia del 27/11/09.

⁹ CSJN, “Basterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”, con sentencia del 29/8/86.

¹⁰ CSJN, con sentencia del 25/8/09.

vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional”.

En otro extracto del fallo se afirmó que *“aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que –realizadas bajo determinadas circunstancias- no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional”.*

Luego, el Dr. Lorenzetti indicó que *“C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. La conducta realizado en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”.*

Con anterioridad, en el recordado fallo “Bazterrica”, el Dr. Petracchi sostuvo que *“deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda”¹¹.*

Debe tenerse presente que *“La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial.”¹²*

¹¹ CSJN, “Basterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”, con sentencia del 29/8/86.

¹² Nino, C., La Constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, 1999, p. 279.

Entiendo que si una persona cultiva plantas de marihuana, de generarse un daño, éste sería a la salud del individuo, y si él está autorizado a realizar maniobras que afectan su salud, debería tener derecho a sembrar esa sustancia.

Corresponde destacar, en este sentido que el caso máximo de auto-afectación a la salud en el orden social, lo constituye el suicidio, ya que termina con la vida del agente. Sin embargo, en nuestro orden jurídico dicha conducta no se encuentra sancionada. De esta manera, podemos observar la clara disparidad de criterios vigentes: se penaliza una supuesta (no probada) afectación a la propia salud, mientras que el suicidio, obviamente en su versión tentada, sería un caso impune.

Pero además, existe otro problema adicional, y es que al establecerse la prohibición de cierta sustancia, no es posible realizar estudios en órganos del Estado o en establecimientos privados, con muestreos de su uso, ya que dichos establecimientos no podrían justificar el origen de esas sustancias y por hacer un estudio médico estarían, a la vez, cometiendo un ilícito.

Por otra parte, el Estado permite el consumo, la tenencia y la comercialización de sustancias cuyo uso sí está probado que resulta dañoso (el caso del tabaco y las bebidas alcohólicas, por ejemplo). En los casos donde el producto produce un daño, resulta fundamental instrumentar una política que permita a los usuarios conocer qué es lo que consumen, siendo fundamental la información que permita generar una política de reducción de daños.

Al constatar, como se indicó, que no existe daño a terceros en el caso del cultivo de marihuana, debe prestarse especial atención a que la norma está enfrentada con el principio de lesividad.

El mentado principio actúa como una barrera de contención frente al poder estatal ya que, con él, *“es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los*

comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto de los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad”¹³.

Es decir, lo que se destaca de tal principio, es que para que el Estado persiga una conducta, debe existir afectación a otro. Además, se debe garantizar un ámbito de libertad al agente. Esa libertad, se encuentra garantizada por el derecho a la intimidad. En este sentido, vale la pena recordar un trabajo de Mario Magariños en el que afirmó *“el amparo normativo constitucional a toda decisión de voluntad no exteriorizada y a toda aquella que, pese a cumplir dicha exigencia, no reúna además el carácter público o socialmente lesivo requerido por la regla fundamental”¹⁴.*

En este sentido, cabe recordar que *“En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, **la salud mental y física** y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo”¹⁵.*

Pero además, lo cierto es que en nuestras sociedades el uso de estupefacientes es estigmatizante, con lo cual el usuario tiene que tener un derecho especial a que su consumo sea mantenido en reserva, si esa es la voluntad del agente. La persecución del estado a quien cultiva plantas de marihuana, redundará en una afectación al principio de lesividad y una violación al derecho a la intimidad del usuario.

Auto-cultivo como forma de combate al narcotráfico

¹³Ferrajoli, Luigi, “El principio de lesividad como garantía penal”, publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología, Año 2, Número 8, editorial La Ley, p. 8.

¹⁴Magariños, Mario “Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto”, Editorial Ad Hoc, 2008, p. 71

¹⁵ CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, con sentencia del 11/12/84.

En el caso de los consumidores de marihuana, cabe afirmar que la punición del cultivo obliga al consumidor a adquirir dicha sustancia en circuitos de tráfico. Por otra parte, al adquirir dicha sustancia, el consumidor desconoce la calidad de la misma. Habilitando la posibilidad del auto-cultivo, el usuario tiene la posibilidad de cuidar él mismo la planta, y decidir qué productos aplicarle o no. Cabe señalar que los tres poderes del estado han verificado el alto nivel de consumo de marihuana en nuestra sociedad. Desconocer esa realidad es mirar para otro lado. Reconocerla, permitiéndole a los cultivadores generar una sustancia de calidad, coadyuvaría a su salud. Cabe recordar además que *“el consumidor ocasional no puede depender de sus encuentros más o menos casuales con otros consumidores, y debe procurarse una fuente de abastecimiento más estable, lo que implica entablar relaciones con personas que están en el negocio de la venta de narcóticos”*¹⁶.

De este modo, bajo el argumento de proteger a la salud, se lo obliga al consumidor a tomar contacto con narcotraficantes, lo que claramente lo expone ante situaciones inconvenientes. Cabe recordar sobre el punto, lo sostenido en una entrevista en un medio público por el Dr. Zaffaroni, en tanto afirmó que *“si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón, no habría tráfico”*¹⁷.

En el mismo orden de ideas, vale la pena destacar un caso de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico “Causa N° 61.538, Folio N° 41, N° de Orden 27.152, con sentencia del 15/4/11”. Allí, los Dres. Hendler y Bonzón sostuvieron que el hecho de que el acusado tuviera en su haber plantas de marihuana, constituía un estado de necesidad justificante, en los términos del art. 34 inc. 2° del C.P., ya que ése era el modo de evitar el ingreso en circuitos de tráfico. Resulta por demás destacable el argumento esgrimido por los jueces de la Sala mencionada, ya que toma en cuenta una realidad social que no puede ser dejada de lado por los jueces.

¹⁶ Becker, Howard, “Outsiders, hacia una sociología de la desviación”, Siglo XXI Editores, 2009, p. 83.

¹⁷<http://www.infobae.com/2009/10/02/475562-zaffaroni-si-cada-consumidor-tuviera-una-planta-marihuana-el-balcon-no-habria-trafico>

Cabe mencionar que en un informe oficial, se ha dado cuenta que el 3,1% de la población entre 12 y 65 años reconoció haber consumido marihuana en el último año, previo al estudio¹⁸. Ante la existencia de ese hecho, el Estado debe arbitrar los medios que le permitan a los usuarios consumir una sustancia que resulte lo menos perjudicial posible a su salud. En el caso de la marihuana, al habilitar el auto-cultivo el usuario tiene la posibilidad de cultivar el mismo la planta, y de este modo conoce los productos que le aplica. En cambio, en los circuitos de tráfico se adquiere una sustancia de origen y composición desconocida.

Ahora bien, dejando sentado entonces que el auto-cultivo no genera daños a un tercero, restaría por definir qué se entiende por ese concepto. Tal como se ha expresado, en varios fallos se define un criterio cuantitativo para subsumir en el caso. Sin embargo, si entendemos que el consumo es una conducta amparada por el derecho a la intimidad, no parece razonable sostener que, tan sólo un criterio cuantitativo, indique el destino de “consumo personal”.

Con todo lo expuesto, considero que las consideraciones expuestas en los fallos “Bazterrica” y “Arriola”, por las que se consideró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no era constitucional, dado que no respetaba el derecho a la privacidad y reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, son enteramente aplicables al caso de siembra de plantas de marihuana.

¹⁸ http://www.observatorio.gov.ar/investigaciones/Estudio_Nacional_sobre_consumo_en_poblacion_general-Argentina2010.pdf