

Reforma de la Ley de Estupefacientes 23.737, sobre precursores químicos, determinación de multas y otras aventuras legislativas

Adriana Friedheim
Diana Londoño Barreneche

En noviembre del año pasado (2016) se publicó en nuestro país la ley -penal- 27.302 que **modifica** algunos de los artículos y agrega otros nuevos a la tan conocida, cuestionada, llevada y traída **Ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes**, “la” 23.737. El objeto principal de estos cambios legislativos es, entre otros no menos importantes, establecer o intensificar una serie de regulaciones y controles relativos a los **precursores químicos**, con mucha mayor precisión y detalle que en la anterior redacción de la ley. De modo que, necesariamente, nos enfrentamos a la primera pregunta, a la primera cuestión, la relativa a la materia regulada, al objeto de tanto quehacer legislativo: después de todo, ¿sabemos qué es un *precursor químico*? La palabra *precursor* suele calificar situaciones, hechos o sujetos que realizan una actividad pionera, sostienen ideas de avanzada, o, tratándose de hechos históricos, aquellos que marcaron un antes y un después, incluso, para gran parte de la humanidad. Desde ya que no definiríamos a esta persona o situación como un *precursor...“químico”*, pero sí como adelantado, un fermento, un anuncio de lo que vendrá. Pretendemos, en estas reflexiones, aproximarnos al sentido específicamente jurídico del concepto *precursor químico*, que no se forma en el vacío sino que consulta los saberes aportados por las ciencias químicas, entre otras disciplinas, y especialmente, abreva en los conocimientos relativos a la función que cumplen las diferentes sustancias en los procesos de producción de estupefacientes y sicotrópicos.

¿QUÉ ES UN PRECURSOR QUÍMICO?

Una aproximación sencilla y hasta cierto punto, lega, nos permite afirmar que el precursor químico es una *sustancia o compuesto químico simple necesario* para obtener otra sustancia o compuesto químico diferente, más complejo; esto es posible por medio de la reacción química llamada *síntesis*¹. Durante el proceso de *síntesis química* se producen estos compuestos complejos a partir de otros simples que llamamos **precursores químicos** y **sustancias químicas esenciales**. La humanidad ha adquirido profundos conocimientos relativos a estos procesos y, por medio de la síntesis química y de su creciente control no sólo se sintetizaron sustancias conocidas en su estado natural -como el ácido acetilsalicílico, que está presente en las hojas del sauce- o

¹ Sobre reacciones químicas, sustancias, reactivos, reactantes, precursores y otros conceptos usuales <http://www.quimica.es>

la vitamina C -ácido ascórbico, presente en algunos vegetales-, sino que también se obtuvieron y se obtienen, año a año, nuevas sustancias químicas, nuevos productos que no existen en la naturaleza, los cuales tienen una enorme importancia económica y usos más que corrientes: los adhesivos y tinturas, los plásticos, el acero, son apenas algunos ejemplos. Inmediatamente y sin más, podemos comprender la relevancia de estos conocimientos, del desarrollo de las ciencias químicas y sus aplicaciones en la fabricación de plásticos y otros derivados del petróleo, de fármacos de uso humano y veterinario, tinturas, pinturas y colorantes industriales, fertilizantes, combustibles, en la industria textil, la agricultura y prácticamente, en toda actividad productiva. Los así llamados **precursores**, tanto en la terminología de las ciencias químicas como en el lenguaje jurídico del derecho local e internacional, son caracterizados, en ambas disciplinas -y en los textos legales- por su **función**, en razón de su utilización: la de ser sustancias **necesarias** para obtener o elaborar “otras” -en el caso, un estupefaciente, un preparado o un sicotrópico-. Así surge claramente del Artículo 12 de la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sicotrópicos de 1988** y su **Anexo**, los Cuadros I y II, conocidos como la Lista Roja (*“Lista de Precursores y sustancias químicas utilizados frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas sometidos a fiscalización internacional”*)². En efecto, el nombre del Artículo 12, focal en la Convención de 1988, es *“Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas”*, verdadera definición jurídica, por su función y la finalidad de su empleo, de los conceptos *precursor* y *sustancias químicas esenciales*. Por supuesto, establece que *“las Partes adoptarán las medidas que estimen adecuadas -art. 12.1- para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas”*.

Ahora bien, trátase de *precursores* o de *sustancias químicas esenciales*, es claro que nos referimos a las genéricamente llamadas *“sustancias”* -reactivas o reactantes- cuya particularidad es la de ser **necesarias** para producir otras mediante una reacción química. Los precursores son aquellos compuestos químicos que se utilizan en una primera etapa del proceso y actúan como sustrato en las etapas posteriores, para, finalmente, convertirse en un *producto*. La única diferencia, que no es relativa a su función ni a ninguna otra cualidad química propia de la sustancia empleada, es que los *precursores* se incorporan, se “introducen” en la estructura molecular del producto final obtenido, mientras que las *sustancias químicas esenciales*, simples o compuestas, que también se utilizan en la síntesis o en los procesos de extracción y refinación de muchas de las drogas que aparecen en las listas y “cuadros” de sustancias fiscalizadas, no se

² La lista de precursores químicos, Cuadros I y II del Anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, puede consultarse en http://www.msp.gub.uy/sites/default/files/archivos_adjuntos/Lista%20Roja.pdf

incorporan, no se “introducen”, por así decirlo, en la estructura molecular del producto final obtenido. Con todo, hay una excepción, de gran importancia: se trata de una *sustancia química esencial* que se utiliza en la obtención de los clorhidratos, el *ácido clorhídrico*, uno de los pocos casos en que esta sustancia se incorpora al producto final *clorhidrato*. En la elaboración (ilícita) de productos como la heroína o las anfetaminas, metanfetaminas y las metilendioximetanfetaminas, la mayor parte de las sustancias químicas utilizadas son *precursores*, más allá de que aparecerán otras como *solventes*, *ácidos* o *bases* que no se incorporan al resultado final aunque son necesarias en las diferentes etapas de producción. Es por eso que el ácido clorhídrico está considerado un *precursor*, aunque en todos los demás procesos se comporte como *sustancia o producto químico esencial* que, como tantos otros, se utilizan en la elaboración clandestina de cocaína base y clorhidrato de cocaína e intervienen ayudando o facilitando el proceso de extracción, aunque no subsistan en la composición final de estos productos. En ambos casos, será la **función**, la razón del empleo en el proceso productivo de la sustancia en cuestión, la que determine la cualidad **jurídica** de *sustancia química esencial* o *precursor*, siendo esa función, exactamente la misma: la de ser necesaria para obtener otra sustancia, producto o compuesto -sujeto a fiscalización-, se incorpore o no al resultado final obtenido. A esta cualidad así definida en los textos legales internacionales y locales como propia del *precursor* o de la *sustancia química esencial* debemos agregar, con carácter puramente objetivo, la exigencia de su expresa incorporación en las respectivas **Listas** -son cuatro, dos de estupefacientes y dos de preparados, en la **Convención Única sobre Estupefacientes de 1961**; más otras cuatro de “sustancias” en el **Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971**- y **Cuadros** - son dos, de precursores y sustancias químicas esenciales, anexos a la Convención de 1988-. Después de todo, y tal como lo define la **Convención Única sobre Estupefacientes de 1961** en su Artículo 1; -Definiciones-, Inc. “J”: *Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales y sintéticas*. Del mismo modo, por *precursor*, se entenderá a las sustancias efectivamente incorporadas en los Cuadros, Anexo a la **Convención de 1988**.

PRÁCTICAS LOCALES E INTERNACIONALES: SISTEMA DE CONTROL DE SUSTANCIAS

Tanto la ley local -lo cual ya estaba bien establecido antes de esta reforma- como la internacional, instalan, en el sistema de control de sustancias fiscalizadas y precursores químicos, prácticas similares: la creación de una autoridad de aplicación -en el marco de la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988**, la **Comisión**, que estudia todos los asuntos relacionados con el cumplimiento de los objetos del **Convenio**- y, sobre todo, el establecimiento y la atribución de funciones a la poderosa **JIFE -Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes-** organismo que vemos aparecer en otros tratados también, y que, básicamente, está encargado de elaborar las listas de sustancias sicotrópicas, preparados y estupefacientes fiscalizados y de precursores y sustancias químicas esenciales, entre otras funciones. Existen, por otra parte, disposiciones

relativas a la fiscalización de sustancias frecuentemente utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en todas las Convenciones; sin pretensiones de agotar el tema, aquí mencionamos algunos ejemplos:

I) En el párrafo 8 del artículo 2 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes se dispone lo siguiente: *“Las Partes harán todo lo posible para aplicar las medidas de fiscalización que sean factibles a las sustancias no sujetas a las disposiciones de esta Convención, **pero que puedan ser utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes.**”* -el subrayado es nuestro-

II) En el párrafo 9 del artículo 2 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 se dispone lo siguiente: *“Las Partes harán todo lo posible para aplicar las medidas de supervisión que sean factibles a las sustancias no sujetas a las disposiciones de este Convenio **pero que puedan ser utilizadas para la fabricación ilícita de sustancias sicotrópicas**”.*

III) El artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 contiene disposiciones relativas a las cuestiones siguientes: *Obligación general de las Partes de adoptar medidas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención de 1988 y de cooperar entre ellas con ese fin; Mecanismo para modificar el alcance de la fiscalización; Requisito de adoptar medidas oportunas para vigilar la fabricación y la distribución: con este fin las Partes podrán controlar a personas y empresas; controlar bajo licencia establecimientos y locales; exigir autorizaciones para realizar las mencionadas operaciones; e impedir la acumulación de sustancias de los Cuadros I y II; Obligación de vigilar el comercio internacional para facilitar el descubrimiento de operaciones sospechosas; disponer incautaciones; notificar toda transacción sospechosa a las autoridades competentes de las partes interesadas; exigir que las importaciones y exportaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas; y velar por que esos documentos sean conservados durante dos años por lo menos; Mecanismo para obtener la notificación previa de toda exportación de sustancias del Cuadro I, de requerirlo el país destinatario y la presentación de informes de las Partes a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, entre otras.*

Como vemos, las convenciones internacionales y sus protocolos, asignan amplios deberes a los Estados parte, los que han ratificado su adhesión a los instrumentos regulatorios internacionales: son deberes de control, de información, de creación de entes estatales de regulación y registro, de fiscalización a personas físicas y jurídicas autorizadas a “tener”, importar, exportar, producir, comerciar y aplicar a procesos productivos, **estupefacientes, sustancias sicotrópicas, preparados, precursores y sustancias químicas esenciales sujetos a fiscalización internacional**, minimizando la posibilidad de desvíos y usos ilícitos.

LEGISLACIÓN ARGENTINA

En nuestro país, en el orden interno, es el Poder Ejecutivo Nacional el que elabora y actualiza las listas, tanto de “*estupefacientes, sicotrópicos y preparados*” -Decreto 772/2015-³ como de “*precursores químicos y sustancias químicas esenciales necesarias para producir otras, a su vez, sujetas a fiscalización*” -Decreto 974/2016-⁴. Las listas son actualizadas cuando el Poder Ejecutivo lo considera oportuno, especialmente en relación a cambios producidos en las listas internacionales, con las que guardan gran coherencia y, en muchos órdenes jurídicos nacionales, perfecta identidad. Integran la ley penal 23737 de modo tal que si un **estupefaciente, sustancia, preparado o precursor**, es decir, si una sustancia -dicho esto en general, se trata de una cuestión de hecho- no aparece en ellas o, en alguna proporción o con alguna condición determinada en la ley, expresamente, integrando un **preparado sujeto a fiscalización**, no se configurará conducta punible alguna, no al menos en relación a la ley local de estupefacientes (ni a las regulaciones internacionales si tampoco aparece en las respectivas listas. En relación a este punto, debemos señalar que es facultad privativa de cada Estado la de **agregar** sustancias o mezclas en las listas, como Francia, que lo hizo con la mezcla vegetal conocida como *ayahuasca* mientras que nuestro país, entre muchos otros, no la incluye en sus listas locales). No obstante, podrían estar en juego otros grados de ilicitud respecto de regulaciones administrativas, aduaneras, fiscales, o, incluso, podría estar vulnerándose el régimen de tenencia, transporte, importación, exportación y utilización **lícita** de sustancias sujetas a otros controles, a otras regulaciones, por razones de salud, ambientales, de manejo y transporte de sustancias peligrosas o de seguridad pública. ¿Recepta nuestra ley local este concepto de “*precursor*”, que, por otra parte y en líneas generales es el establecido en la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988**?. Podemos afirmar que sí y que, tal como sucede en el orden internacional, este modo de construcción del concepto apuntala su definitiva formulación: si bien es cierto que atiende y evoca al que de “precursor”, “sustancia” o “producto químico” a secas formulan las ciencias químicas, deviene, ahora sí, un concepto *específicamente jurídico*, casi idéntico al establecido por el derecho internacional. Y lo hace en el nuevo **artículo 44**, ley 23737 reformada:

“El Poder Ejecutivo Nacional elaborará y actualizará periódicamente, por decreto, listados de precursores, sustancias o productos químicos que, **por sus características y componentes, puedan servir de base o ser utilizados en la elaboración de estupefacientes**”.

El art. 44 remite, a su vez, a una futura reglamentación, el tipo de mezclas que contengan en su formulación dichas sustancias químicas y que estarán, a su vez, también sujetas a fiscalización. Tal como lo expresan los considerandos en oportunidad

³ La lista de estupefacientes, que integran la ley 23737, conf. Art. 77 CP, puede consultarse en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/246846/norma.htm>

⁴ La lista de sustancias clasificadas como precursores químicos en el orden local, puede consultarse en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/264956/norma.htm>

de la última reforma local de la lista de precursores, productos químicos y sustancias de agosto de 2016, *“la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, comprometen a las Partes a hacer todo lo posible para aplicar las medidas de fiscalización que sean factibles, de las sustancias no sujetas a las disposiciones de esos tratados pero que puedan ser utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”*. Con el tiempo, estas sustancias “no sujetas a las regulaciones de esos tratados” han sido objeto de una regulación internacional específica, la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988**, cuyo **ANEXO**, tal como lo comentáramos más arriba, contiene los Cuadros I y II, respecto de los cuales, nuestro Decreto 974/2016 es su reflejo local.

Mencionaremos algunas de las modificaciones introducidas por esta reforma (ley 27302) en la ley 23737, no sin antes afirmar que los cambios en el texto del artículo 5, incisos a) y c) -únicos modificados- **en nada alteran la actual y vigente criminalización del cultivo de cannabis aun cuando fuere para consumo personal, tal como lo establece el mismo artículo 5, a, anteúltimo párrafo y los artículos 17, 18 y 21 de la ley 23737**: esta figura penal sigue plenamente vigente y sin modificaciones, a pesar de las reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad, de las fundadas críticas por parte de numerosos jueces, fiscales y operadores del sistema penal y especialmente, de los reiterados pedidos de la CSJN en el sentido de proceder a su derogación lisa y llana. Abonan este criterio profundas razones constitucionales y permiten la aplicación de la misma doctrina surgida de los fallos “Bazterrica” y “Arriola” -entre otros- en lo relativo a los actos privados, y más que privados, íntimos, protegidos de la autoridad de los magistrados en las condiciones del art. 19 de la Constitución Nacional. Por otra parte, la figura penal de la tenencia simple, criminalizada aun cuando fuere para consumo personal, -art. 14.2-, tampoco ha sido modificada por esta reforma.

Aclarada esta cuestión que pareció encender alarmas en la comunidad cannábica, quizás por la cercanía con la discusión de una posible futura ley llamada de **“Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados”** -votada y aprobada a fines de 2016 por la Cámara de Diputados, solamente- con la que no está directamente vinculada esta reforma, haremos la breve referencia arriba mencionada a algunos de los nuevos o reformados artículos relativos a los **precursores químicos**:

1. El texto del artículo 5, incisos a) y c) se mantiene en los mismos términos aunque agregando, expresamente, el concepto de precursor químico. Así, el nuevo artículo 5 dice: *“Será reprimido con prisión de cuatro a quince años y multa de cuarenta y cinco a novecientas unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo..., (inciso a): “Siembre o cultive plantas o guarde semillas, **precursores químicos** o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines”*. En cuanto al art. 5; (inciso c), quien *“Comercie con*

*estupefacientes, **precursores químicos** o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o los de en pago, o las almacene o transporte”, será pasible de la misma consecuencia penal establecida al comienzo del artículo.*

2. La ley establece una nueva base de cálculo para la pena de multa, que impone con mucha frecuencia, además de las penas privativas de libertad. Se trata de las “unidades fijas” que reemplazan las cifras expresadas en moneda de curso legal y ponen a resguardo de la desactualización el monto de las penas de multa.
3. Algo similar ocurre con la reforma del artículo 6, referido a la introducción ilícita de estupefacientes en cualquier etapa de su fabricación y de precursores químicos habiendo hecho una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente, habiendo alterado ilegítimamente su destino de uso.
4. El artículo 7 reformado establece penas de prisión y multa para el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a las que se refieren los artículos 5 y 6 de esta ley y a los artículos 865, inciso h) y 866 del Código Aduanero:

Artículo 865: "Se impondrá prisión de 2 a 10 años en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando:

h) Se tratare de sustancias o elementos no comprendidos en el art. 866 que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la salud pública.

Artículo 866: "Se impondrá prisión de 3 a 12 años en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos. Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurriere alguna de las circunstancias previstas en los incs. a), b), c), d) y e) del art. 865 o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semi-elaborados que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional".

5. Y, a pesar de que hay otros pequeños pero importantes cambios que podríamos seguir comentando, queremos detenernos en el medular artículo 44 que sustituye en su nueva redacción al anterior y que reitera la antes mencionada facultad del Poder Ejecutivo Nacional de elaborar y actualizar periódicamente y por decreto, las listas de precursores, sustancias o productos químicos que, por sus características o componentes, puedan servir de base o ser utilizados en la elaboración de estupefacientes. También establece que toda persona física o jurídica que produzca, fabrique, prepare, elabore, reenvase, distribuya, comercialice por mayor

o menor, almacene, importe, exporte, transporte, transborde o realice cualquier otro tipo de transacción, tanto nacional como internacional, de sustancias o productos químicos incluidos en el listado al que se refiere este artículo, debe inscribirse en el **Registro Nacional de Precursores Químicos**. La misma obligación se impone a quienes almacenen, fabriquen, enajenen, adquieran, importen o exporten, máquinas para elaborar cápsulas, tabletas o comprimidos. Por todas estas consideraciones y ante la evidencia de frecuentes desvíos y usos ilícitos de estas sustancias, ya fueren clasificadas como “estupefacientes”, “sicotrópicos”, “preparados” o “precursores”, -los que nos ocupan especialmente en este artículo-, tanto los ordenamientos jurídicos locales como los internacionales postulan el objetivo de reducir a su mínima expresión el desvío de estas sustancias hacia usos ilícitos. Un cierto efecto paradójico, producto quizás de la ideología confrontativa, “guerrera” predominante en el siglo XX en materia de política de drogas, tanto en el escenario internacional como en los locales, lo constituye un factor que no acostumbramos a tomar en cuenta: estas sustancias, son, en su mayoría, empleadas, *también*, en una inmensa variedad de actividades productivas lícitas.