



Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N°8 – Diciembre de 2025

Capítulo de Derecho Penal y Criminología

www.aidca.org/revista

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL

Por Fanny Montiveros

INTRODUCCION

El fallo del Libro 10 As: 82/86: 2025 – 01 S Fecha: 11/02/2025 del Tribunal de Impugnación Sala III del Poder Judicial de Salta que analizaremos es uno de los más recientes y destacados en mi provincia. Si tenemos en cuenta la cadena de precedentes jurisprudenciales que giran en torno a la cuestión de que si la tenencia de estupefacientes para consumo personal- cualesquiera sean las circunstancias fácticas - es considerada un delito.

Para ello, hemos tomado como punto de partida considerar que; bajo el amparo constitucional de la garantía del Artículo 19, el artículo 77 de nuestro código penal y los artículos 6 de la ley N.º 20771 y al artículo 14 de la N.º 23.737 e inclusive la ley N.º 24424 a los fines de poder otorgarle sentido a esta nota para expresar nuestra postura respecto de la cuestión que aquí nos convoca.

Que, resulta necesario que podamos comprender y tener conocimiento del común denominador en la casuística argentina: N.º FPA 9510/2017/3/CFC1 “Salvini,



Marcelo Daniel s/recurso de casación”, “Rodríguez, Héctor Ismael” (Fallos: 344:2409), “Arriola, Sebastián y otros/ causa N. ª 9080”, A. 891 XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009 y arribar a una conclusión respecto del análisis en marras.

Cuestión Principal

La cuestión principal que pretendemos aclarar y analizar del fallo es si el autor penalmente responsable del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes en perjuicio de la Salud Pública (art. 5 inciso a) penúltimo párrafo de la ley 23.737), al que se le impuso una pena de cinco meses y veintidós días de prisión de ejecución efectiva y que posteriormente se modificó la calificación solicitando condena por tenencia simple de estupefacientes (art. 14 primer párrafo de la ley 23.737) en tanto que la defensa requirió la aplicación de la figura del art. 14 segundo párrafo (tenencia para consumo personal).

Fallo sub examine

Se tendría que haber encuadrado el hecho en el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal previsto en el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737, y no, incorrectamente como se efectuó, en el delito de siembra o cultivo de plantas sin autorización para consumo personal previsto en el artículo 5 inciso a) en conexión con su penúltimo párrafo. O a lo sumo, debería el a-quo haber declarado inconstitucional este último artículo por violentar la garantía de libertad personal (art. 19 CN).

Expresar, que coincidimos con la posición del vocal tribunal de impugnación incoando que se efectuó un “incorrecto encuadre jurídico de la conducta tenida por probada”, una errónea aplicación de la ley sustantiva, o, en otros términos, de la errónea valoración jurídica del caso, no siendo objeto de cuestionamiento la base fáctica.

Se justifica que la errónea aplicación consiste en la inexacta valoración jurídica del caso, ya sea por defecto en la selección de la norma (v.gr., lo que es hurto se califica como robo) o por defecto en la interpretación de ella. En este aspecto lo que se denuncia como inobservado o erróneamente aplicado, es la ley sustantiva, es decir la ley reguladora del fondo del asunto.

Que no resulta aplicable el tipo penal del artículo 5 inciso a en conexión con el



penúltimo párrafo, sino el de tenencia para consumo personal del artículo 14 segundo párrafo de la ley. En tanto que, en el segundo párrafo de este artículo 14 de la ley regula la denominada tenencia de estupefaciente para consumo personal sin trascendencia para terceros.

Efectivamente se advirtió un incorrecto encuadre jurídico de la conducta tenida por probada por el a-quo, ya que no resulta aplicable el tipo penal del art. 5 inciso a) en conexión con el penúltimo párrafo, sino el de tenencia para consumo personal del artículo 14 segundo párrafo de la ley.

Los tipos penales receptados en la ley de estupefacientes

Respecto del tipo penal, brevemente, diremos que el sujeto activo es el consumidor, quien está cometiendo el delito. Como sujeto pasivo encontramos a la sociedad en su conjunto que se ve afectada por el consumidor. La acción típica es tener, como aspecto subjetivo, la persona debe saber que se encuentra en tenencia de los estupefacientes. En estos casos no existe la tentativa, ya que se trata de un delito permanente y la consumación se da con la disponibilidad de los estupefacientes. 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. (Jabbaz Marcos, 2023)

Pueden caracterizarse como de **peligro abstracto**, ya que la norma describe conductas que, por su sola comisión, representan un peligro para una colectividad de personas. Sin embargo, a partir de la aprobación de la Convención de Viena (19/12/1988), ratificada por la ley 24.072 y con rango constitucional (CN, 1994, art. 75, inc. 22, par. 3), el tráfico ilícito de estupefacientes puede considerarse pluriofensivo, pues afecta no solo la salud pública, sino también las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, así como la seguridad y soberanía de los Estados.

Claramente, nuestro Código Penal, en su artículo 77, define a las sustancias estupefacientes: “El término 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.

Bien jurídico protegido

La salud pública está comprendida por el concepto de bienestar general a que se refiere explícitamente el preámbulo de nuestra Constitución Nacional. Esa protección de la salud pública es el objeto de tutela de las leyes 23.737 y 24.424, por tanto, es el bien jurídico lesionado y tutelado por las leyes que entienden sobre tráfico y comercio de estupefacientes. Este bien, lo debemos entender como de entidad colectiva, es decir, sumatoria de la salud individuales, consecuentemente lo que se protege es la salud colectiva, que significa la suma del bienestar tanto físico como psíquico de cada uno de los ciudadanos que integran nuestra sociedad.

El Dr. Alberto Pravia enfatiza que el fin perseguido es prevenir la nocividad y peligrosidad potencial que entrañan las sustancias estupefacientes, los psicotrópicos y drogas en general cuando son usados y consumidas con un destino ilegítimo y fuera del sistema de control sanitario. En cuanto a la tenencia para consumo personal requiere la acreditación de un componente objetivo de la relación del sujeto con la cosa, y de un componente subjetivo, a partir de la acreditación de un inequívoco destino de uso personal por parte del tenedor, verificándose por medio de dos extremos, uno cuantitativo, “la escasa cantidad”, y el otro cualitativo “las demás circunstancias del caso”(Pravia, 2015 p. 189/190).

Plataforma fáctica

Ingresando al análisis de la cuestión planteada, se advierte que los hechos tenidos por probados no son objeto de cuestionamiento por la defensa, dado que el tribunal de juicio sostuvo que el secuestro positivo realizado en el domicilio del inculso da cuenta que los elementos habidos eran para consumo personal, y no se acreditó que el agente haya estado consumiendo en la vía pública o con trascendencia a tercero, por tanto, se está ante una conducta realizada dentro del ámbito privado.

En este orden, Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró su inconstitucionalidad en el fallo “Arriola” sosteniendo cuando “el artículo 14,



segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. En esa línea, sostuvo que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no afecta el bien jurídico protegido por la norma, esto es, la salud pública.

Aunque la posible afectación de la salud individual del tenedor o de un tercero recibiera parte de la droga suministrada por el tenedor para consumirla en ese momento, ahí sí, estuviéramos frente a un bien jurídico aparente. Sería 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 Ramírez entre otros.

Por tal motivo en el considerando VI del fallo sub examine; se reconoce a la conducta de tenencia de estupefacientes es claramente más lesiva que la siembra o cultivo de planta, puesto que aquélla implica un mayor peligro para la salud pública dado que evidencia un mayor avance en el iter críminis y una mayor posibilidad de medrar con el psicotrópico ya secado y prensado. Es por ello, que, aplicando el principio de subsidiariedad, la conducta del incuso debería haber sido encuadrada en la del art. 14 segundo párrafo de la ley 23.373.

Se declara la inconstitucionalidad de la norma ut supra mencionada en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.

Resolución del Fallo

En la causa, dijeron los jueces salteños, que : se configura la misma circunstancia que habilitó la declaración de inconstitucionalidad en el precedente “Arriola” por lo que dijeron **“corresponde declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 14 de la ley 23737 por transgredir el artículo 19 de la Carta Magna que garantiza a todo habitante, la posibilidad de disponer libremente de su ámbito de autonomía personal, ello en la medida que no ponga en peligro o lesione los derechos o bienes de terceros, quedando fuera de la autoridad de los magistrados. Consecuentemente, el**



**imputado fue absuelto por “no constituir delito la conducta endilgada”.
(considerando VII)**

En otros términos, el primer párrafo del art. 19 CN consagra la limitación a la injerencia del poder más definitoria del modelo de estado que regula: las acciones que no lesionan a nadie están fuera de toda injerencia Estatal. Esta reserva está referida al ejercicio de poder estatal, aunque interesa principalmente el poder punitivo. Esto obedece a que es absurdo que se pretenda una coacción reparadora o restitutiva cuando nada se afectó; o que se quiera ejercer una coerción administrativa directa cuando nada está en peligro. (Zaffaroni, 2017, p. 109).ⁱ

También debemos demarcar una zona de libertad dentro de la cual el Estado no puede tener ninguna injerencia. A esto le llamamos aquí “principio de reserva”, aunque en la literatura penal argentina es frecuente el uso de esta expresión como sinónimo de “principio de legalidad”. (Sancinetti, 2022, p 63).

Casuística argentina

Como puede verse, las decisiones de CSJN en Arriola y Bazterrica responden a una doctrina común claramente discernible. Según esta doctrina, el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuando se trata de drogas en pequeña cantidad y la tenencia o el consumo no son visibles u ostensibles, es inconstitucional porque constituye una intromisión por parte del Estado en el ámbito de la privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional sin que haya una justificación razonable que muestre que ello es necesario para proteger los bienes jurídicos que la norma penal puede legítimamente apuntar a preservar (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico) y, por lo tanto, que se dañen los bienes o derechos de terceros protegidos por la norma penal. En Bazterrica¹¹ los estupefacientes fueron hallados durante un allanamiento al domicilio del imputado mientras que en Arriola fueron incautados cuando los imputados circulaban por la calle (...).

Explícitamente manifestamos y fundadamente debemos aclarar que los internos (personas privadas de libertad, se encuentran bajo la custodia del Estado en prisiones y otros establecimientos con la libertad ambulatoria restringida) NO



pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad. En consonancia con los artículos 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos claramente disponen que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Que los prisioneros son...titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las de todas libertades restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso (voto concurrente en Fallos: 318:1894). Fayt, Petracchi y Boggiano, de modo coincidente con lo establecido en la Convención, A los fines de evitar toda mortificación que no sea necesaria para la seguridad de los reos, resulta innecesaria la restricción de los derechos de los internos.No es aceptable en virtud del mandato insertado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

CONCLUSION

En casos como el sub examine, el hecho de que el artículo 14 de la ley N.º 23737 diga “por su escasa cantidad y demás circunstancias”, hace que la interpretación del artículo sea conducida por la sana crítica de los jueces. Debería ser lo correcto que: se especificara claramente las cantidades y circunstancias exactas en la mencionada legislación.

A criterio del juez queda la tarea de subsunción entre los hechos y la norma. Es quien deberá valorar las circunstancias particulares de cada caso: el tipo de sustancia, la cantidad, el eventual fraccionamiento, la existencia de elementos de corte o estiramiento y la realización de tareas investigativas previas.

Lo ilegal es “tener “no consumir, aunque como coincide la doctrina mayoritaria la temática del consumo de estupefacientes, es muy compleja que requiere una perspectiva o abordaje interdisciplinario y transversal; desde el derecho penal, la medicina y la sociología.

Que con la sanción de la ley 27.350, que regula el uso medicinal del cannabis, resulta clave y necesaria una reforma normativa en la materia. El Estado debería disponer sus recursos en la prevención, persecución y represión de la



comercialización ilegal de estupefacientes en todas sus formas, por tratarse de un flagelo de alcance global.

La CSJN nos encolumna al deber de entender al artículo 19 de la Constitución en favor del respeto por la privacidad del consumidor sea en contexto de encierro o no. Cerramos con la frase perfecta que el Dr. Atilio Falcone tomó del Maestro Zaffaroni: El derecho penal no crea bienes jurídicos ni puede penalizar pragmas no conflictivos.

BIBLIOGRAFIA

- Cornejo, Abel. ESTUPEFACIENTES 3.^a Edición. Editorial Rubinzal Culzoni Año 2014 y 5^o edición actualizada con Leyes 25246, 26683 y 27739 del año 2024.
- Figari, Rubén. (director) CODIGO PENAL COMENTADO.PARTE GENERAL y PARTE ESPECIAL.2^o Edición actualizada. Año 2023.5 tomos. Thomson Reuters LA LEY.
- Jabbaz Gabriel. Pensamiento Penal. Tenencia de estupefacientes para consumo personal: Análisis jurisprudencial, político y legal. Octubre de 2023, No. 487.
- Lascano, Carlos J.(h). DERECHO PENAL. Parte general. Libro de estudio. Ed Advocatus, Córdoba Año 2005. Lecciones 1 y 4. Páginas 15 y 103
- Medina Miguel Antonio. CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. Comentado, anotado y concordado.5 tomos. Editorial Bibliotex.
- Mir Puig. DERECHO PENAL. Parte general. 10^o edición. Euros Editores. Año 2016
- Pravia, Alberto. ESTUPEFACIENTES. Narcotráfico, microtráfico y los nuevos tipos penales. Año 2022. Editora Advocatus y Bibliotex. Cap. IX ley 23737., pags.281 a 235
- Silisque Antonio Omar. CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. Comentado, Anotado Fallos. Año 2021 Editorial Virtudes. III Tomos
- Silisque, Antonio Omar MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. Parte especial. Ediciones Librería del Profesional 1^o edición octubre de 2024.
- Zafarroni, Eugenio Raúl. Virgolini y García Méndez, Larrandart. EL SISTEMA PENAL ARGENTINO. Editorial AD HOC. Buenos Aires 1982 TIII.Pag.533.
- <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3043/La-Corte-Suprema-rechazo->



expedirse-sobre-la-constitucionalidad- de-la-tenencia-de-estupefacientes-para-
consumo-personal-en-carceles

-<https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arriola-sebastian-otros- recurso-hecho-causa-9080-fa09000059-2009-08-25/123456789-950-0009-0ots-eupmocsollaf>

-<https://cijur.mpba.gov.ar/doctrinas>. Dr. Matías Polero.

ⁱ (Zaffaroni, 2017, p. 109).