

# LA DELIMITACIÓN ENTRE TENENCIA SIMPLE Y TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL: INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DESAFÍOS LEGISLATIVOS EN ARGENTINA

  
por Dr. Matías Polero<sup>1</sup>

## SUMARIO

1. Estupefacientes .....	02
2. Bien jurídico tutelado .....	03
3. Tenencia de estupefacientes .....	04
4. Tenencia simple de estupefacientes .....	04
5. Tenencia de estupefacientes para consumo personal .....	05
6. Principio de lesividad .....	05
7. Fallo Arriola .....	06
8. Consideraciones finales .....	07
9. Referencias .....	08

**Resumen:** En el presente trabajo se analizará la norma prevista en el art. 14 de la ley 23.737, en cuanto a su concepto y alcance, ya que, por un lado, se prevé la represión de la simple tenencia de estupefacientes y, por el otro, la tenencia para consumo personal. ¿En qué casos se configura la simple tenencia de estupefacientes y en cuáles la tenencia para consumo personal? ¿Cuáles son las cantidades máximas que permiten distinguir un supuesto del otro? Intentaremos dar respuesta a estos interrogantes.

**Palabras clave:** estupefacientes- salud pública-tenencia simple-tenencia para consumo personal-principio de lesividad.

**Abstract:** In the present paper, the provision set forth in Article 14 of Law 23,737 will be analyzed, particularly regarding its concept and scope, since, on the one hand, it provides for the punishment of the mere possession of narcotics, and on the other, the possession

1. Abogado (Universidad Argentina John F. Kennedy, 2006). Especialista en Derecho Penal (UBA 2015). Egresado de la Escuela Judicial (2021). Diplomado en Teoría del Delito Aplicada: Reglas para la decisión de casos (UNSO 2023) y Diplomado en el CPPBA. (UNSO. 2024). Abogado Adscripto a la SCBA en UFLyJ n.º 5 Descentralizada de Escobar. Mail: [mpolero@mpba.gov.ar](mailto:mpolero@mpba.gov.ar)

for personal consumption. In which cases does mere possession of narcotics arise, and in which cases possession for personal use? What are the maximum quantities that allow one to distinguish between these situations? We will attempt to provide answers to these questions.

**Keywords:** narcotics- public health- simple possession- possession for personal consumption- lesivity principle.

## 1. ESTUPEFACIENTES

Nuestro Código Penal, en su artículo 77, define a las sustancias estupefacientes de la siguiente manera: “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”.

Científicamente, los estupefacientes y los psicotrópicos no son equivalentes, aunque ambos producen efectos sobre el sistema nervioso central y tienen capacidad para generar dependencia física y psíquica. Difieren en que algunos psicotrópicos pueden resultar nocivos, aunque en general poseen propiedades curativas, mientras que los estupefacientes carecen de esas propiedades y sólo sirven, en ciertos casos, para mitigar el dolor.

La ley penal no desconoce estas circunstancias, pero establece que tanto ellas como todas las sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas elaboradas y actualizadas periódicamente por el PEN, se consideran “estupefacientes” a los fines penales (Núñez, 2009, p. 173).

Por lo tanto, resulta claro que el tráfico ilícito de una sustancia que no se encuentre en la lista de estupefacientes a la que se refiere el art. 77 del C.P. —en este caso, en los listados del decreto 772/15— no podrá ser objeto de ninguno de los delitos previstos en la ley 23.737, al menos dentro de la categoría de estupefacientes (Donzelli, 2016, p. 173).

## 2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

En la ciencia del derecho penal, la necesidad de que se menoscabe los derechos de otros o de la generalidad se formula reiteradamente en el sentido de que las normas de conducta jurídico-penales tienen que servir a la protección de un bien jurídico. Bienes jurídicos pueden ser tanto intereses del individuo dignos de protección, como también intereses de la generalidad dignos de protección (Frister, 2022, p. 81/82).

La salud pública está comprendida por el concepto de bienestar general a que se refiere el preámbulo de nuestra Constitución Nacional. La 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, así 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.

Por lo tanto, 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 (Pravia, 2015 p. 189/190).

Los tipos penales receptados en la ley de estupefacientes pueden caracterizarse como de peligro abstracto, ya que la norma describe conductas que, por su sola comisión, representan un peligro –según la experiencia general– para una colectividad de personas (Righi, 2016, p. 204).

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, parr. 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 (Núñez, 2009, p. 439).

### 3. TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

El art. 14 de la ley 23.737 reza: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

### 4. TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES

Quien posee droga, tiene estupefacientes según la descripción de la norma. Cabe recordar que la tenencia implica la ocupación y posesión actual y corporal de una cosa. El sustantivo deriva del verbo tener, cuya semántica refiere a la situación de asir o mantener asida una cosa, mantener o sostener, contener o comprender en sí, significando también, en otra acepción guardar (Cornejo, 2014, p. 240). Para nuestro CCyC existe tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor, conforme lo normado por el art. 1910.

La mera tenencia de estupefacientes constituye un delito de peligro abstracto, que se perfecciona por el solo hecho de poner en riesgo o crear la posibilidad de peligro para la salud, bien jurídico tutelado por la ley penal. Ciertamente, no es de interés para la configuración del tipo penal el motivo de la tenencia, ya que el delito se formaliza con la sola circunstancia de tener droga en poder de uno y poner en riesgo la salud pública.

No es necesario el uso efectivo de la droga. La ley no castiga aquí a la persona porque se drogue o porque esté drogada (Núñez, 2009, p. 456).

Claramente, se advierte este concepto de la lectura del primer párrafo del art. 14, a través de la llamada tenencia simple de estupefacientes, figura de peligro potencial, encaminada a penar al simple tenedor de sustancias, sin importar la cantidad que tuviere en su poder (Pravia, 2015, p. 161).

## 5. TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL

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. 163).

En el derecho comparado dos son las soluciones que el legislador ha brindado para establecer la “ultrafinalidad de la tenencia de estupefacientes”: por un lado, el sistema de las dosis umbrales y por el otro el modelo flexible. En el primero se define de antemano la cantidad de sustancias que se presupone para consumo personal de la persona o la comercialización de estupefacientes, mientras que en el modelo flexible es el juez quien determina el tipo de tenencia según las circunstancias del caso concreto; este último criterio fue el receptado por nuestra legislación.

## 6. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

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).

Hay que 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).

## 7. FALLO ARRIOLA

La CSJN tuvo oportunidad de expedirse en cuanto a la constitucionalidad del tipo previsto en el art. 14 segundo de la ley 23.737 en varias oportunidades, siendo los casos conocidos como: Colavini; Bazterrica; Capalbo; Montalvo y Arriola.<sup>2</sup>

En este último pronunciamiento el máximo Tribunal del país estableció, por votación unánime, la inconstitucionalidad de la mencionada norma; citando como base de su fundamentación el precedente Bazterrica, ya que el tipo penal en cuestión afectaba el principio de reserva reconocido por nuestra CN en el art. 19, debido a que el Tribunal entendió que las conductas allí analizadas no afectaban o perjudicaban a terceros. En el marco de dicha investigación el Tribunal de Rosario había condenado, a la pena de prisión de un mes en suspenso, a cinco personas que fueron identificadas portando o teniendo a disposición escasa cantidad de estupefacientes.

El precedente citado por el máximo Tribunal, para fundamentar su posición al respecto, fue Bazterrica, estableciendo: “Que, de conformidad con los argumentos desarrollados, corresponde aplicar al sub lite el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en ‘Bazterrica’ ya citado. De ello se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad” (Lorenzetti, R. L., 2009, párrafo 18).

---

2. “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, CSJN 25/08/2009. A. 891. XLIV. RHE Fallos: 332:1963. Se da en el marco de una causa iniciada en el 2006 donde personal de la PFA realizó tareas investigativas que determinaron que en un domicilio de la Ciudad de Rosario se comercializaba estupefacientes. Llega el caso a la Corte por recurrir la defensa de los imputados la resolución del Tribunal Oral en Lo Criminal Federal Nro. 2 de Rosario con fecha 30/08/2007 condenó a Sebastián Eduardo Arriola o Eduardo Sebastián Arriola a la pena de seis años de prisión, más multa e inhabilitación, por considerarlo como autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en dos oportunidades; a su vez, se le impusieron penas a dos personas más por la misma calificación (una en calidad de autor y la otra de partícipe secundaria) Por otra parte, las otras cinco personas condenados por tener estupefaciente para consumo, se determinó su autoría por tener tan solo no más de tres cigarrillos con marihuana cada uno de ellos.

Asimismo, se destacaron los principios de autodeterminación y dignidad de las personas, siendo que, las víctimas más visibles son los consumidores (muchos de estos adictos) y sus familias; no siendo por ello legítima la respuesta punitiva por parte del Estado ante dichas acciones, ya que de aplicar la norma en cuestión se los estarían revictimizando.

La Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 cuando dicha circunstancia se dé en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos de terceros; así también, exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

## **8. CONSIDERACIONES FINALES**

De lo expuesto se desprende que la legislación argentina no establece cantidades máximas de estupefacientes que permitan distinguir con precisión la tenencia para consumo personal de la tenencia simple. La tarea de subsunción entre los hechos y la norma queda, por lo tanto, a criterio del juez, 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.

Con el precedente “Arriola” (CSJN, 2009), la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, por considerarlo contrario al artículo 19 de la Constitución Nacional y al principio de reserva. 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.

De allí que, más allá de la sanción de la ley 27.350, que regula el uso medicinal del cannabis, resulta urgente una reforma normativa en la materia. El Estado debería disponer sus recursos en la prevención, persecución y represión de la comercia-

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

Con el último precedente, conocido como el fallo Arriola (CSJN, 2009), el máximo Tribunal nacional declaró la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 14 de la ley 23.737 refiriendo que iba en contra sentido a lo previsto en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional “principio de reserva” y que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no afectaba al bien jurídico protegido en la norma que es la “salud pública”; por lo tanto, más allá de la sanción de la ley 27.350 que regula el uso medicinal del cannabis,<sup>3</sup> surge una modificación de la norma en este sentido debiendo disponerse todos los recursos del estado, en esta materia, para la prevención, persecución y represión de la comercialización ilegal de estupefacientes en todas sus formas, siendo este un flagelo global.

## 9. REFERENCIAS

Cornejo, A. (2014). Estupefacientes (3.<sup>a</sup> ed.). Rubinzal Culzoni.

Donzelli, M. L. (2016). Estupefacientes y precursores químicos (1.<sup>a</sup> ed.). Hammurabi.

Frister, H. (2022). Derecho penal. Parte general (2.<sup>a</sup> ed.). Hammurabi.

Pravia, A. (2015). Estupefacientes. Narcotráfico, microtráfico y los nuevos tipos penales. Cuestiones procesales específicas (1.<sup>a</sup> ed.). Bibliotex.

Núñez, R. C. (2009). Manual de derecho penal. Parte especial (4.<sup>a</sup> ed., actualizada por V. F. Reinaldo). Lerner Editora S.R.L.

---

3.La ley 27.350 regula la investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados.

A su vez se crea el Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN). En este Registro se inscribe el o la paciente que tenga indicación médica y haya firmado el consentimiento informado. El Registro es voluntario y los datos que se inscriben son confidenciales.

El REPROCANN otorga autorización a los/las pacientes que acceden a la planta de cannabis y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico o paliativo del dolor. Los/las pacientes pueden inscribirse en el REPROCANN para obtener la autorización de cultivo para sí, a través de un familiar, una tercera persona o una organización civil.

Righi, E. (2016). Derecho penal: Parte general (3.<sup>a</sup> ed.). Abeledo Perrot.

Sancinetti, M. A. (2022). Casos de derecho penal. Parte general (3.<sup>a</sup> reimp.). Hammurabi.

Zaffaroni, E. R., Slokar, A., & Alagia, A. (2017). Manual de derecho penal: Parte general (2.<sup>a</sup> ed., 10.<sup>a</sup> reimp.). Ediar.

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN]. (2009, 25 de agosto). Arriola, Sebastián y otros s/causa n.º 9080 [Fallos: 332:1963]. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6711401&cache=1740577756433>

Argentina.gob.ar. (s. f.). Cannabis medicinal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/cannabis-medicinal>