



Nuevas sustancias psicoactivas: Los desafíos para su control en la legislación penal

María Emilia Rovira

Abogada, profesora titular de la asignatura Derecho Penal y profesora titular asociada de la asignatura Aspectos Legales del Peritaje de la carrera Licenciatura en Criminalística, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica de La Plata.

Resumen

Se ha definido a las nuevas sustancias psicoactivas como sustancias de uso indebido, ya sea puras o en preparados, que no están fiscalizadas por los tratados internacionales sobre drogas, pero que pueden plantear una seria amenaza a la salud pública. En general, nuevas sustancias psicoactivas es un término genérico que incluye sustancias o productos psicoactivos no reglamentados que tratan de imitar los efectos de drogas sujetas a fiscalización (UNODC, 2013). La penalización ha sido la respuesta globalmente utilizada para ocuparse del problema. Es por ello por lo que se analizarán diferentes modelos de fiscalización adoptados a nivel local y en el derecho comparado: sistema de listas, sistema de grupos químicos y sistema de análogos, así como algunas respuestas alternativas que ha ensayado la jurisprudencia nacional.

Palabras clave: drogas de diseño; nuevas sustancias psicoactivas; sistemas de fiscalización.

Abstract

New psychoactive substances have been defined as substances of abuse, either pure or in preparations, that are not controlled by international drug treaties, but that may pose a threat to public health. In general, new psychoactive substances is an umbrella term that includes unregulated psychoactive substances or products that attempt to mimic the effects of controlled drugs (UNODC, 2013). Penalty has been the response globally used to address the problem. That is why different control models adopted at the local level and in comparative law will be analyzed: system of lists, system of chemical groups and system of analogs, as well as some alternative responses that national jurisprudence has tried.

Key words: design drugs; new psychoactive substances; inspection systems.

1. Introducción

Desde comienzos del siglo XXI, las nuevas sustancias psicoactivas (NPS) han devenido en una situación seria e internacionalmente compleja. Durante la última década, el panorama mundial se agravó con la aparición continua de nuevos compuestos en el mercado de drogas recreativas. En muchos países, tales compuestos no suelen incluirse rápidamente en la legislación del control de drogas, pues son predominantemente derivados sintéticos y análogos de fármacos controlados ya existentes (Ferrari, 2016).

En primer término, cabe señalar que la definición de *estupefaciente* se encuentra contemplada en el art. 77 del Código Penal (CP) de la Nación Argentina, que reza: «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» (Ley nro. 23.737, 1989).

La definición legal no aporta demasiado para la aprehensión del concepto de *estupefaciente*; así que podría sostenerse que los estupefacientes son sustancias químicas naturales o sintéticas capaces de producir efectos sedantes, analgésicos, depresores, estimulantes o alucinógenos, y que se caracterizan por ser susceptibles de causar dependencia física o psíquica (Donzelli, 2016a).

Cabe señalar que el legislador ha delegado en el Poder Ejecutivo Nacional la elaboración del listado de sustancias que serán consideradas estupefacientes para nuestro régimen penal.

La mayoría de los delitos reprimidos por la Ley 23.737 constituyen normas penales en blanco para algunos doctrinarios, o tipos penales abiertos para otros. En otras palabras, ese listado de sustancias incluido en un decreto del Poder Ejecutivo adquiere capital importancia, en tanto delimita el objeto de muchos de los delitos reprimidos por la Ley 23.737 (Donzelli, 2016a).

El antecedente legislativo de la actual Ley nro. 23.737 fue la Ley nro. 20.771, que otorgaba al art. 77 del CP una redacción similar a la norma vigente, salvo que establecía que resultaba competencia de la autoridad sanitaria nacional la confección de la lista de estupefacientes.

La Secretaría de Salud Pública dictó la Resolución nro. 162/74, modificada por la Resolución nro. 845/75, 242/88 y 22/89; esta última introdujo el listado de estupefacientes hasta la sanción de la Ley nro. 23.737.

Desde la entrada en vigor de la Ley 23.737 en 1989, se dictaron solo cuatro decretos que enumeraron las sustancias prohibidas a tenor de lo dispuesto por el art. 77 del CP. Ellos fueron el Dec. 722/91, el Dec. 299/10, el Dec. 722/15 y el Dec. 560/19.

El Dec. 299/10 constituyó uno de los más grandes avances en el control de la oferta de estupefacientes, toda vez que actualizó un listado que no había sufrido modificaciones en casi dos décadas. En él se incluyeron la ketamina, el GHB, la 4MTA, el MDE, entre otras sustancias de diseño (Donzelli, 2016a).

Ya en el Dec. 772/15, se cambiaron las denominaciones de más de veintitrés sustancias (alfa-cetilmetadol por acetilmetadol, dexanfetamina por anfetamina, etc.), se incorporaron ochenta y dos nuevas al listado (butilona, popper, el grupo NBOme, etc.), y se incorporó el sistema de fiscalización por grupos químicos (Donzelli, 2016a).

Finalmente, el Decreto vigente 560/19 permitió incluir dentro del concepto de *estupefacientes* a muchas de las llamadas nuevas sustancias psicoactivas (NSP). La norma cuenta con el Anexo I, que contiene la enumeración individual en la que se incluyeron 134 sustancias nuevas, y el Anexo II, que las identifica mediante grupos químicos. El sistema de fiscalización por grupos químicos procura controlar sustancias que compartan una estructura química determinada, aun cuando presenten algunas variaciones taxativamente descritas en la norma. En consecuencia, la fiscalización de un determinado grupo químico permitiría, en principio, contemplar un número mayor de sustancias que podrían resultar objeto de tráfico ilícito.

Pero el dato de realidad es que ambos sistemas presentan serias falencias. En el tradicional sistema de listas, la legislación debe definir claramente qué sustancias son captadas por la prohibición penal, por lo que el descubrimiento de cualquier sustancia ajena al ámbito de control jurídico genera un grave inconveniente respecto de la subsunción en el tipo penal y el principio de legalidad.

Factores como la síntesis de sustancias químicas orgánicas, el intercambio de información y las facilidades de comercialización que ofrece internet han contribuido a que la disponibilidad de nuevas sustancias psicoactivas aumente a un ritmo sin precedentes. La velocidad con la que se distribuyen las NSP resulta un desafío para la actualización de los sistemas de control, y pone en crisis el sistema de listas creado por la Convención Única de Estupefacientes de 1961 y por el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971 (Donzelli, 2016b).

La legislación penal debe definir claramente las sustancias sometidas a control, por lo que el descubrimiento de una sustancia psicoactiva ajena a dichos listados hace posible que los proveedores obtengan un importante beneficio económico, lo cual genera serios riesgos para la salud de los consumidores.

Hasta que no existan estudios que den cuenta de la aptitud de una sustancia para generar dependencia, no podrá ser incorporada a los listados de control. Es por ello por lo que el surgimiento continuo de nuevas sustancias psicoactivas hace que el sistema de listas resulte cada vez menos eficiente.

Para enfrentar este problema, denominado internacionalmente «la crisis del sistema de listas», los Estados han intentado tres tipos de soluciones: a) incluir individualmente sustancias en los listados de control, procurando agilizar los procedimientos de incorporación; b) incluir en la listas grupos de sustancias que compartan su estructura química (modelo de fiscalización por grupos químicos); o c) someter a control sustancias no enumeradas por su «similitud» con alguna de las incluidas en el listado (sistema de análogos).

La elección de los grupos químicos contemplados para ser sometidos a fiscalización en nuestro país se basó en la clasificación de las NSP establecida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD); los grupos seleccionados fueron los siguientes: aminoindanos, arilciclohexilaminas, cannabinoides sintéticos, catinonas sintéticas, fenetilaminas, piperazinas y triptaminas.

Finalmente, el sistema de análogos es utilizado en países de tradición jurídica anglosajona, como es el caso de Estados Unidos y Canadá. Este sistema permite someter a fiscalización sustancias sin referirse a ellas expresamente en la legislación; se alude al concepto de *similitud química* con una droga ya sujeta a control. La fiscalización de análogos es mucho más amplia que la genérica, pero la aplicación de este método tiene sus limitaciones, en la medida en que no se describen con precisión cuáles son las conductas objeto de reproche penal. Es por ello por lo que, incluso en los Estados Unidos, algunas cortes estatales han decretado la inconstitucionalidad de la ley de análogos, por su vaguedad en la descripción de la conducta prohibida (Donzelli, 2016b).

Pareciera que las alternativas más idóneas para sortear este obstáculo serían, dentro de nuestro actual sistema de control, agilizar los procedimientos de incorporación de compuestos a los respectivos listados, como asimismo avanzar en la definición de nuevos grupos químicos.

De esta forma, los esfuerzos, tanto en un marco de cooperación internacional como nacional, deben estar orientados a promover la investigación científica, a fin de detectar nuevas sustancias que constituyan una amenaza para la salud pública, y que no se encuentren sometidas a fiscalización. En esta línea, han avanzado países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Hungría, Israel, Japón, Noruega, Reino Unido, Suiza, entre otros (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015).

2. Las nuevas sustancias psicoactivas y el problema de legalidad penal. Análisis en la jurisprudencia nacional

El problema de relevancia jurídico-penal se suscita cuando son incautadas en un procedimiento sustancias no previstas en los listados. Es entonces necesario determinar si esta conducta es atípica o si, por el contrario, es posible subsumirla en otra figura de la parte especial del CP. La doctrina y la jurisprudencia nacional han entendido que, en el caso de que la sustancia incautada no integre los listados de control, podría eventualmente apelarse, en forma residual, a la figura contemplada en el art. 201 del CP.

El art. 201 del CP establece: «Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo» (Ley nro. 26.524, 2009).

Asimismo, la Cámara Federal ha sostenido, en relación a la norma de mención, que:

Aquí se tipifica la conducta de quien, de acuerdo a alguna de las modalidades indicadas en el texto legal, pone al alcance de un número indeterminado de personas las mercaderías peligrosas para la salud. En lo concerniente al objeto material, se refiere no sólo a medicamentos, sino también a mercaderías, en cuyo concepto se hayan comprendidos, tal como surge del artículo 77 del Código Penal de la Nación, «toda clase de efectos susceptibles de expendio». Si bien no es necesario que se trate de productos envenenados o adulterados, éstos deben ser idóneos para dañar la salud del público en general por cualquier circunstancia, ya sea que el carácter nocivo resulte de una característica esencial de la sustancia misma, o bien que éste haya nacido por el transcurso del tiempo, o por las condiciones de su almacenamiento. («Cocca Eduardo y Otros s/ Procesamiento y Embargo», 29/3/2009)

Cabe señalar que cualquier sustancia psicoactiva no incluida en el listado formulado por el Decreto nro. 560/19 podría eventualmente motivar la aplicación del tipo penal previsto en el art. 201 del CP. Ello, en la medida en que se verifiquen los siguientes extremos:

1.- La sustancia debe ser susceptible de causar daño a la salud de la población. En el caso de las nuevas sustancias psicoactivas, existen numerosas publicaciones que asocian su consumo con severas intoxicaciones, en algunos casos, mortales.

2.- Al tratarse de un delito doloso, se requiere el conocimiento del carácter nocivo del objeto y querer transferirlo disimulándolo. Asimismo, debe adicionarse un especial elemento subjetivo distinto al dolo. No basta con que el agente conozca esa nocividad, debe disimular tal carácter. Esta falta de información puede consistir en actos positivos —borrar una leyenda— o actos negativos —no consignar los daños a la salud que puede causar su ingesta— (Creus y Buompadre, 2018).

La lógica indica que nadie, al distribuir o almacenar sustancias para la venta, publicitaría que resultan potencialmente mortales, ya que no existiría mercado posible para su colocación. En cuanto a la disimulación del carácter nocivo mediante actos positivos, algunas nuevas sustancias suelen comercializarse como sales de baño, hierbas aromáticas, productos para jardinería..., con ese preciso objetivo de enmascaramiento (Donzelli, 2016b).

3.- Las conductas reprimidas por la norma en análisis deben perseguir un ánimo de lucro. Nótese que la norma hace referencia a quien «vendere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere, o almacenare con fines de comercialización».

En otro precedente del Tribunal Federal Oral nro. 4 de San Martín, se condenó a los encartados como coautores penalmente responsables del delito de contrabando agravado de sustancias que podrían afectar la salud pública, conforme lo normado por el art. 865, inc. h de la Ley nro. 22.415 (TOF San Martín nro. 4, 10/8/2012).

Referencias

- Creus, C. y Buompadre, J. E. (2018). *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires: Astrea.
- Donzelli, M. L. (2016a). *Estupefacientes y Precursores Químicos*. Buenos Aires: Ed Hammurabi.
- Donzelli, M. L. (2016b). Estupefacientes: Crisis del sistema de listas y posibles soluciones. La ley 2016-D, 1306. Cita *online*: AR/DOC/1943/2016.
- Ferrari, L. A (2016). Nuevas drogas de diseño psicoactivas (NSP). Estado actual del conocimiento. *Ciencia e investigación*, 66(2), 33-57.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013). *Resumen ejecutivo. Informe mundial sobre las drogas*. Disponible en http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2013/Executive_Summary_translation_-_Spanish_-_V1383706.pdf.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2015). Respuestas jurídicas a las NSP: múltiples enfoques aplicables a un problema complejo. *Global Smart Update*, 14.

Jurisprudencia

- «Cocca Eduardo y Otros s/ Procesamiento y Embargo». Reg. 43.380. CNCCF (29/10/2009).
- Ley nro. 23.737 (1989). Sobre tenencia y tráfico de estupefacientes. Promulgada el 10/10/1989. B.O.: 11/10/1989.
- Ley nro. 26.524 (2009). Sustituye los artículos 200, 201, 201 bis, 203, 204, 204 bis, 204 ter, 204 quater, y 204 quinquies del Código Penal Argentino. B.O. 5/11/2009
- TOF San Martín nro. 4, Causa nro. 2560, Reg. 94/12 (10/8/2012).